

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 247.832 van 18 juni 2020
in de zaak A. 230.752/XII-8901**

In zake: de NV BESIX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdende te 2600 Antwerpen-Berchem
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nathanaelle Kiekens, Ian Arnouts en Lieselotte
Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV ZIN IN NOORD
2. de NV BEFIMMO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo, Vincent Ost, Yves Delacroix en
Nicolas Goethals
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 mei 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van ongekende datum van de Vlaamse Gemeenschap zoals genoemd in het schrijven van de nv Zin in Noord van 5 mei 2020 en waarbij door de Vlaamse

Gemeenschap akkoord is gegeven tot vervanging van de [nv Besix] met betrekking tot de door de Vlaamse Gemeenschap in mededinging gestelde opdracht tot het ontwerpen, bouwen en terbeschikkingstellen (via een huur) van een ‘Gebouw’ voor de Vlaamse overheid in Brussel hetwelk een ongeoorloofde wezenlijke wijziging uitmaakt van de genoemde opdracht en waardoor deze beslissing aanzien moet worden als een gunningsbeslissing waarbij een nieuwe, niet aan de mededinging onderworpen opdracht wordt gegund aan de nv Befimmo dan wel de nv Zin in Noord, dan wel de beslissing van ongekende datum van de Vlaamse Gemeenschap tot wijziging van de opdrachtnemer in het kader van de hierboven genoemde opdracht in het voordeel van de nv Zin in Noord”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Er is toepassing gemaakt van het koninklijk besluit nr. 12 van 21 april 2020 ‘met betrekking tot de verlenging van de termijnen van de rechtspleging voor de Raad van State en de schriftelijke behandeling van de zaken’.

De verwerende partij heeft een nota en het administratief dossier ingediend.

De tussenkomende partijen hebben een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend.

De verzoekende partij heeft een zittingsnota ingediend.

De verwerende partij en de tussenkomende partijen hebben een zittingsnota ingediend.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend schriftelijk advies gegeven, dat aan de partijen met een e-mailbericht ter kennis werd gebracht.

Het debat is gesloten op 12 juni 2020.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp “Het ontwerpen, bouwen en terbeschikkingstellen (via een huur) van een ‘Gebouw’ voor de Vlaamse overheid in Brussel”.

De opdracht werd bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 19 juli 2017 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 22 juli 2017.

3.2. Het voorwerp van de opdracht wordt in het BAFO-bestek als volgt toegelicht:

“(i) het ontwerpen, bouwen en terbeschikkingstellen (via een huur) van een Gebouw.

[...]

(ii) het realiseren van de inrichtingswerken.

Hierbij wordt uitgegaan van het volgende:

- Het huurcontract zal gesloten worden met de Vlaamse Gemeenschap. Er wordt uitgegaan van een niet-verlengbare en niet-hernieuwbare huurperiode van 18 jaar. De huurovereenkomst bevat servicelevel agreements waarbij kwaliteitseisen tijdens de looptijd van de huurovereenkomst afdwingbaar worden gemaakt op straffe van huurvermindering en/of mogelijkheid tot het vorderen van de ontbinding van de huurovereenkomst. [...]

Bij dit bestek wordt als bijlage een ‘ontwerp van huurovereenkomst’ gevoegd dat integraal deel uitmaakt van de opdrachtdocumenten:

“Er is een ontwerp van huurovereenkomst opgesteld ter structurering van het contractueel kader van de opdracht. Hierin worden de aard en draagwijdte van de door de opdrachtnemer aan te gane verbintenissen, evenals de rechten en verplichtingen van de contractspartijen tijdens de uitvoering van de opdracht beschreven, met dien verstande evenwel dat

sommige bepalingen ervan op initiatief van de aanbestedende overheid het voorwerp kunnen uitmaken van onderhandelingen.”

De plaatsingswijze is de mededingingsprocedure met onderhandeling. De gunningscriteria zijn: kwaliteit, totale kost en ligging.

In hoofdstuk IV van dit bestek worden de minimale eisen vermeld waaraan de offertes moeten voldoen alvorens ze aan de gunningscriteria worden getoetst. Er is onder meer sprake van een locatievereiste en een vereiste aangaande zakelijke rechten met betrekking tot het gebouw. Zo moet het gebouw “op minder dan 1.000 meter radius gemeten vanaf het middelpunt van het rond punt op de kruising tussen de Koning Albert II-laan en de Simon Bolivarlaan” liggen en is de inschrijver “gehouden aan te tonen dat hij de nodige titels of rechten heeft of gedurende het verder verloop van de plaatsingsprocedure zal kunnen verwerven teneinde het voorgestelde Gebouw te realiseren. Inzonderheid moet hij uiterlijk bij gunning daadwerkelijk en onvoorwaardelijk kunnen beschikken over de nodige zakelijke rechten op het projectterrein”.

Volgens artikel I.8 van dit bestek moet de inschrijver werken met een zogenaamde bouwteamformule:

“De aanbestedende overheid benadrukt dat de Inschrijver voor de realisatie van het Gebouw, de inrichtingswerken en het latere onderhoud moet werken volgens een bouwteamformule. De doelstelling en de concrete invulling van deze formule wordt nader omschreven in artikel 3.2. van het ontwerp van huurovereenkomst (Bestek_III1_Bijlage_Huurovereenkomst).”

Aangaande de concrete invulling van deze bouwteamformule wordt in artikel 3.2 ‘Verloop van de bouwwerf’ van het ontwerp van huurovereenkomst bepaald:

“Voor de realisatie van het Gebouw, de IWH en het latere onderhoud moet gewerkt worden volgens een ‘bouwteamformule’ en dit om het project kwalitatief, kwantitatief, uitvoeringstechnisch, exploitatiegericht en financieel te optimaliseren. De bouwteamformule is niet enkel gericht op het zo performant mogelijk realiseren van de werken maar moet ook

gericht zijn op het optimaliseren van de levenscycluskost van het project. Hiertoe zullen alle partijen betrokken bij de ontwerp-, uitvoerings- en beheerfase in een zo vroeg mogelijk stadium met elkaar overleg plegen, informatie uitwisselen en zo goed mogelijk samenwerken in het algemeen, met als uitgangspunt een zo goed mogelijke onderlinge afstemming van de door elk van deze partijen uit te voeren werkzaamheden opdat het gebruik in optimale omstandigheden kan benut worden door de Huurder. Elke partij van het bouwteam is gehouden de uitvoering van zijn taak ten gronde te vervullen met bekwaamheid en met inachtneming van de beroepsethiek. De Verhuurder zal zijn ontwerpteam in het bijzonder de opdracht geven tijdens de uitvoeringsfase nauwgezet toezicht uit te oefenen op de kwaliteit van de uitgevoerde werken.”

In de definitieve huurovereenkomst is deze bepaling identiek.

Inzake de aannemer wordt in dit bestek onder het kopje ‘V. Bijkomende aan te leveren informatie’ vermeld:

“Indien de Inschrijver niet zelf de aannemingswerken zal uitvoeren, zal de Inschrijver een overeenkomst (bouwpromotie dan wel aanneming) afsluiten, waarbij de promotor/aannemer er zich ten titel van resultaatsverbintenis toe verbindt om een gebouw op te leveren overeenkomstig de bepalingen van de huurovereenkomst, binnen een vaste prijs en binnen vaste leveringstermijnen.

De promotor/aannemer zal hierbij al zijn verbintenissen uitvoeren overeenkomstig het principe back-to-back ten opzichte van de huurovereenkomst.

Aan de offerte zal een verbintenis van deze promotor/aannemer worden toegevoegd waaruit het wederzijds engagement blijkt tot realisatie van de overeenkomst overeenkomstig de voorwaarden van dit bestek en de offerte van de Inschrijver.

Indien de Inschrijver niet zelf alle aannemingswerken zal uitvoeren, moet deze in zijn offerte vermelden welk gedeelte van de opdracht hij eventueel van plan is in onderaanneming te geven en de identiteit van de onderaannemers die hij voorstelt. Het inzetten van andere onderaannemers is onderworpen aan toestemming van de aanbestedende overheid.

De aandacht wordt erop gevestigd dat degene(n) die de werken inherent aan de opdracht geheel zelf of gedeeltelijk zal uitvoeren, op welke plaats in de onderaannemingsketen zij ook optreden en in verhouding tot het deel van de opdracht dat zij uitvoeren, moeten voldoen aan de bepalingen van de wetgeving houdende regeling van de erkenning van de aannemers van werken. De voor de uitvoering van de werken vereiste erkenning zal worden vastgesteld in functie van het weerhouden project.”

Voorts wordt in het bestek in de mogelijkheid tot ‘overdracht van de opdracht’ voorzien waarbij wordt doorverwezen naar een bepaling in de huurovereenkomst. Die bepaling is in de definitieve huurovereenkomst als volgt opgenomen onder artikel 22.1.2:

“In toepassing van artikel 38/3 KB Uitvoering mag in de fase voorafgaand aan het wegwerken van alle opmerkingen bij de Voorlopige Aanvaarding door de Huurder de eigenaar niet wijzigen zonder akkoord van de Huurder en mits de nodige garanties worden ingebouwd tot het realiseren van het project.

De Verhuurder moet de nieuwe eigenaar ter goedkeuring voorleggen aan de Huurder die niet onredelijk mag weigeren. Het doel is vooral om dubieuze eigenaren te weren.”

Bovendien wordt in artikel 1.6 van het ontwerp van huurovereenkomst bepaald dat de verhuurder de samenwerking met de bouwteamleden kan beëindigen, in voorkomend geval een beroep kan doen op andere bouwteamleden mits voorafgaandelijk schriftelijk akkoord van de Vlaamse Gemeenschap (de huurder), dat evenwel niet onredelijk kan worden geweigerd. De definitieve huurovereenkomst luidt:

“1.6. De keuze voor het architectenbureau Tijdelijke Vennootschap ‘FUTURE WTC’ samengesteld door de volgende vennoten: Jaspers-Eyers Architects BV NV, 51N4E BVBA en L’AUC As, voor de studiebureaus VK Engineering NV, Bureau De Fonseca BVBA en BGROUP Greisch NV, voor de algemene aannemer Besix NV en voor de onderhoudsfirma Cofely Services NV is voor de Huurder een essentieel bestanddeel van deze Overeenkomst (Bijlage 2 - STUK_1.1._Offerteformulier_05122018 – punt D – onderaannemers), wat de Verhuurder erkent. Dit betekent onder meer dat de Verhuurder zich ertoe verbindt voor de realisatie van het Gebouw beroep te doen op bovenstaande bouwteamleden minstens tot aan de Definitieve Aanvaarding door de Huurder, behoudens in geval van overmacht. De Verhuurder zal de samenwerking met bovenstaande bouwteamleden slechts mogen beëindigen c.q. slechts een beroep mogen doen op andere bouwteamleden mits voorafgaandelijk, schriftelijk akkoord van de Huurder, dat evenwel niet onredelijk kan worden geweigerd. De opdracht van de architect omvat ook de werkplekinrichting. De werkplekinrichting is beschreven in de Prestatie-eisen en Ruimtefiches.”

3.3. Op 25 oktober 2017, uiterste datum voor het indienen van de aanvraag tot deelneming, hebben de volgende ondernemingen zich kandidaat gesteld: de nv Extensa Group, de nv AXA Belgium en de nv Befimmo.

De nv Befimmo doet bij haar aanvraag tot deelneming geen beroep op de economische en financiële draagkracht, noch op de technische en beroepsbekwaamheid van andere entiteiten en heeft ook nog geen algemeen aannemer aangewezen.

De drie kandidaten worden geselecteerd en dienen een eerste offerte in. Er vinden onderhandelingen plaats. Op 5 december 2018, uiterste datum voor het indienen van de BAFO-offertes, hebben dezelfde drie ondernemingen een BAFO-offerte ingediend.

De nv Befimmo geeft in haar BAFO-offerte aan dat de nv Besix wordt “voorgesteld” als “onderaannemer” voor de aannemingswerken van de opdracht. Als bijlage bij de BAFO-offerte voegt zij het door het bestek vereist ‘wederzijds engagement’ waarbij de nv Befimmo en de nv Besix er zich op 27 juni 2018 wederzijds toe verbinden “om, ten laatste op het moment van de sluiting van de huurovereenkomst met de Vlaamse Overheid, een finale aannemingsovereenkomst te sluiten waarbij de Aannemer zich er ten titel van resultaatsverbintenis toe verbindt (i) om het Gebouw (gedefinieerd in de huurovereenkomst) op te richten, (ii) binnen een vaste prijs en (iii) binnen een vaste leveringstermijn, dit alles in overeenstemming met de huurovereenkomst”. Deze aannemingsovereenkomst (Head of Terms (HoTs) genoemd) wordt tussen de nv Befimmo en de nv Besix gesloten op 1 augustus 2018 waarna deze wordt aangevuld met een avenant.

Op 22 februari 2019 gunt de verwerende partij de opdracht aan de nv Befimmo die een transformatieproject voor het WTC I en II - gebouw voorstelt. In de gunningsbeslissing of het gunningsverslag wordt de nv Besix niet vermeld.

Tegen de gunningsbeslissing wordt geen vordering of beroep ingesteld. Op 12 maart 2019 sluit de verwerende partij de opdracht en huurovereenkomst met de nv Befimmo.

3.4. Met een ‘bijvoegsel aan de overeenkomst van 12 maart 2019 voor de huur van een kantoorgebouw’ geeft de verwerende partij op 26 september 2019 haar akkoord met de overdracht van de overeenkomst door de nv Befimmo aan de nv Zin in Noord, een dochter van de nv Befimmo.

Artikel 1 van dit bijvoegsel luidt:

“In toepassing van artikel 22.1.2 van de Huurovereenkomst, verklaart de Huurder zich akkoord met de wijziging van eigenaar door de inbreng in Zin in Noord door Befimmo (i) van al haar zakelijke rechten, alsook alle persoonlijke rechten en verplichtingen met betrekking tot het WTC Complex (ii) van het geheel van rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de Huurovereenkomst. Voor wat (i) betreft maakt Befimmo zich sterk dat Fedimmo eveneens al haar zakelijke rechten alsook alle persoonlijke rechten en verplichtingen met betrekking tot het WTC Complex zal inbrengen in Zin in Noord.

Deze Huurder aanvaardt deze overdracht van de Huurovereenkomst mits de garanties zoals bepaald in deze overeenkomst worden gesteld en onder de opschortende voorwaarden zoals bepaald in deze overeenkomst.”

Uit de voorafgaande overwegingen bij het bijvoegsel blijkt dat de overdracht bedoeld is om de bestaande eigendomssituatie van het WTC-complex te vereenvoudigen.

Op 19 februari 2020 informeert de nv Befimmo de verwerende partij vervolgens dat de nv Zin in Noord werd opgericht en dat alle opschortende voorwaarden van het bijvoegsel vervuld zijn.

Dit alles betreft de tweede bestreden beslissing.

3.5. De nv Zin in Noord, als rechtsopvolgster van de nv Befimmo, verzoekt de verwerende partij bij schrijven van 29 april 2020 haar akkoord voor de vervanging van de nv Besix als algemene aannemer:

“In toepassing van artikel 1.6 van de huurovereenkomst en artikel 12 van de Algemene Uitvoeringsregels van de Overheidsopdrachten verzoeken we u om het akkoord te geven voor de vervanging van één van de bouwteamleden, met name de algemene aannemer Besix nv, door de

maatschap samengesteld uit (i) CFE Contracting nv en haar drie dochtervennootschappen (ii) Van Laere nv, (iii) BPC nv, (iv) V.M.A. nv.”

In bijlage bij dit schrijven worden verschillende ondersteunende documenten gevoegd, zoals “het wederzijds engagement ondertekend door de vier bovenstaande leden van de maatschap dat bevestigt dat de resultaatsverbintenis om het Gebouw middels een vaste prijs en binnen een vaste leveringstermijn onverkort van toepassing blijft” alsook onder meer de erkenning als aannemer. Voorts geeft de nv Zin in Noord in haar schrijven aan dat zij zich tot dit verzoek genoodzaakt voelt “omwille van een fundamenteel geschil met Besix omtrent de uitvoering van de aannemingsovereenkomst”.

Op 5 mei 2020 wordt er tussen de Vlaamse Gemeenschap en de nv Zin in Noord een overeenkomst “vervanging onderaannemer” opgemaakt waarmee de voorgestelde vervanging wordt goedgekeurd. Dit is de eerste bestreden beslissing. De Vlaamse Gemeenschap gaat akkoord met die vervanging en overweegt hierbij onder meer:

“Vervanging onderaannemer

bij opdracht nr. 2017/HFB/MPMO/33590 – Het ontwerpen, bouwen en terbeschikkingstellen (via een huur) van een ‘Gebouw’ voor de Vlaamse overheid in Brussel

Tussen

De Vlaamse Gemeenschap, vertegenwoordigd door haar regering, bij delegatie, in de persoon van de heer [F.G.], administrateur-generaal van het intern verzelfstandigd agentschap zonder rechtspersoonlijkheid Agentschap Facilitair Bedrijf

hierna genoemd ‘de Huurder’,

en

Zin In Noord nv, ingeschreven in het KBO met nr. 0742.736.225, vertegenwoordigd door mevrouw [M.R.], gedelegeerd bestuurder en de heer [B.D.B.], bestuurder

hierna genoemd ‘Verhuurder’;

In aanwezigheid van Befimmo nv, ingeschreven in het KBO met nr. 0455.835.167, vertegenwoordigd door de heer [B.D.B.], Chief Executive Officer en mevrouw [M..R.], Chief Operating Office

Gelet op de gevoerde mededingingsprocedure met onderhandeling met opdrachtnummer 2017/HFB/MPMO/33590, die geresulteerd heeft in het sluiten van een overeenkomst voor de huur van een kantoorgebouw;

Gelet op artikel 12 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten;

Gelet op artikel 14, laatste lid van het besluit van de Vlaamse Regering van 30 oktober 2015 tot regeling van de delegatie van beslissingsbevoegdheden aan de hoofden van de departementen en van de intern verzelfstandigde agentschappen);

Gelet op artikel 1.6. van de overeenkomst voor de huur van een kantoorgebouw;

Gelet op de vraag dd. 29-4-2020 van de Verhuurder om een bouwteamlid te vervangen, met name de algemene aannemer Besix NV;

Overwegende dat de Verhuurder zich genoodzaakt zag om de algemene aannemer Besix NV te vervangen omwille van een fundamenteel meningsverschil;

Overwegende dat de resultaatsverbintenis om het Gebouw middels een vaste prijs en binnen een vaste leveringstermijn op te richten onverkort van toepassing blijft;

Overwegende dat er in hoofde van de voorgestelde vervangende algemene aannemer geen gronden tot uitsluiting voorhanden zijn als bedoeld in de artikelen 67 tot 69 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten;

Overwegende dat er voor de Huurder geen gegronde redenen zijn om de vervanging van de algemene aannemer Besix NV te weigeren; wordt overeengekomen wat volgt:

Artikel 1

De algemene aannemer Besix NV wordt vervangen door de maatschap bestaande uit CFE Contracting NV, ingeschreven in het KBO met nr. 0440.113.348, en haar drie dochtervennootschappen (ii) Van Laere NV, ingeschreven in het KBO met nr. 0405.073.285 (iii) BPC NV, ingeschreven in het KBO met nr. 0433.943.950 en (iv) V.M.A. NV, ingeschreven in het KBO met nr. 0406.419.112.

Artikel 2

De vervanging van de algemene aannemer laat de overige bepalingen van de overeenkomst voor de huur van een kantoorgebouw onverlet.”

Eveneens op 5 mei 2020 laat de nv Zin in Noord aan de verzoekende partij weten de samenwerking stop te zetten door de “ontbinding” van de zogenaamde HoTs met het avenant.

3.6. Parallel met de voorliggende vordering ingesteld bij de Raad van State dagvaardt de verzoekende partij de verwerende partij, de nv Befimmo en de nv Zin in Noord voor de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, zetelend zoals in kortgeding, met een vordering tot onverbindendverklaring overeenkomstig artikel 17 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: rechts-

beschermingswet). Zij vordert “de overheidsopdracht tot het ontwerpen, bouwen en terbeschikkingstellen (via een huur) van een ‘Gebouw’ voor de Vlaamse Overheid in Brussel zoals die wezenlijk gewijzigd is geworden en gesloten is tussen de Vlaamse Gemeenschap en Befimmo dan wel de nv Zin in Noord in toepassing van artikel 17 van de [rechtsbeschermingswet] onverbindend te horen verklaren alsook alle contractuele verbintenissen tussen de Vlaamse Gemeenschap en Befimmo dan wel de nv Zin in Noord met terugwerkende kracht, betreffende deze wezenlijk gewijzigde opdracht, te horen vernietigen”. De pleitzitting is vastgesteld op 9 september 2020.

IV. Tussenkoms

4. De nv Zin in Noord en de nv Befimmo blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt hun verzoek tot tussenkoms ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering en rechtsmacht van de Raad van State

A. Niet-tijdigheid van de vordering gericht tegen de tweede bestreden beslissing

Standpunt van de partijen

5.1. De tussenkomsde partijen werpen een exceptie van niet-tijdigheid op in de mate dat de verzoekende partij met haar vordering de schorsing van de tenuitvoerlegging beoogt van “de beslissing van ongeken

Zij merken op dat “[d]e vervanging van Befimmo door Zin In Noord als opdrachtnemer werd overeengekomen met de Vlaamse Gemeenschap op 26 september 2019” en dat “[e]r [...] vervolgens reeds bij schrijven van 18 februari 2020 aan Besix [werd] kennis gegeven van deze vervanging, waarna de correspondentie ten aanzien van Besix met betrekking tot de opdracht consequent

uitging van Zin In Noord” zodat “Besix [...] bijgevolg reeds vanaf 18 februari 2020 formeel op de hoogte [was] van de vervanging van Befimmo door Zin In Noord als opdrachtnemer”.

5.2. De verzoekende partij merkt in haar zittingsnota hierover op dat “[d]e vordering [...] niet laattijdig [is]”, dat “[i]n het schrijven van 18 februari 2020 [...] helemaal onderaan in voetnoot enkel [wordt] gesteld dat Befimmo en Fedimmo intussen hun rechten hebben overgedragen aan de nv Zin in Noord” en dat “[u]it deze minimale en zeer algemene vermelding [...] verzoekende partij niet [kon en moest] afleiden dat Befimmo als opdrachtnemer in het kader van de door verwerende partij gegunde opdracht vervangen was door de nv Zin in Noord”.

Beoordeling

5.3. Er mag te dezen worden aangenomen dat de bestreden beslissing niet diende te worden bekendgemaakt, dan wel aan de verzoekende partij ter kennis diende te worden gebracht, zodat hier rekening lijkt te moeten worden gehouden met de feitelijke kennisname van de bestreden beslissing door de verzoekende partij. *De facto* werd geen gunningsprocedure georganiseerd, wat te dezen juist de hoofdgrief uitmaakt voor de verzoekende partij. Bijgevolg dient hier voor de berekening van de termijn van 15 dagen – geen partij betwist dat de rechtsbeschermingswet van toepassing is – rekening te moeten worden gehouden met het ogenblik waarop de verzoekende partij van de bestreden beslissing kennis heeft gehad of geacht moet worden er kennis van te hebben kunnen nemen.

In de brief van 18 februari 2020 van de nv Zin in Noord aan de verzoekende partij – brief die uitsluitend betrekking heeft op de kwestieuze problematiek – wordt, weliswaar in een voetnoot, uitdrukkelijk opgemerkt dat de nv Befimmo en de nv Fedimmo intussen hun rechten hebben overgedragen aan de nv Zin in Noord. De verzoekende partij moet bij kennisname van die brief worden geacht te hebben geweten dat een dergelijke overdracht wordt voorafgegaan door de toestemming van de verwerende partij; haar derde middel getuigt hiervan.

Er lijkt dan ook te moeten worden vastgesteld dat de verzoekende partij ten laatste door de door haar niet betwiste kennisname van de

bewuste brief van 18 februari 2020 op de hoogte was van het bestaan van de goedkeuringsbeslissing van de verwerende partij en in staat moet zijn geweest de aard en de draagwijdte ervan na te gaan wat zij alsdan blijkbaar heeft nagelaten.

Er moet dan ook op het eerste gezicht worden aangenomen dat de verzoekende partij ruim meer dan 15 dagen voor het indienen van haar vordering bij de Raad van State al een voldoende kennis had – minstens moest hebben – van het bestaan, de aard en de draagwijdte van de bestreden beslissing.

Los van de vraag naar het belang van de verzoekende partij of naar de rechtsmacht van de Raad bij de vordering – problematieken die de verwerende partij en de tussenkommende partijen niet onterecht lijken op te werpen – wordt vastgesteld dat de vordering tegen deze beslissing niet tijdig is en derhalve moet worden verworpen.

B.1. Gebrek aan rechtsmacht van de Raad van State wat de eerste bestreden beslissing betreft

Standpunt van de partijen

6.1. De verzoekende partij merkt anticipatief in haar verzoekschrift op dat de verwerende partij een nieuwe opdracht gunt aan de tussenkommende partijen zonder mededinging en dat de Raad hiervoor rechtsmacht heeft omdat haar kritieken niet van contractuele aard zijn maar het feit betreffen dat de verwerende partij tot wezenlijke wijziging van de opdracht is overgegaan en dat hiervoor het voeren van een nieuwe plaatsingsprocedure vereist was. “Of het doorvoeren van de wijzigingen al dan niet terecht is en al dan niet een tekortkoming uitmaakt die een aansprakelijkheid in hoofde van de verwerende partij genereert, is niet het voorwerp van huidige procedure”. “De wijziging van het door verwerende partij als essentieel bestempelde bouwteam en de vervanging van verzoekende partij als algemene aannemer als lid van dit bouwteam, betreft een wezenlijke wijziging die een nieuwe plaatsingsprocedure vereiste waarbij moet vastgesteld worden dat verwerende partij een nieuwe opdracht heeft gegund zonder deze aan de mededinging te hebben onderworpen”.

6.2. De verwerende partij werpt op: “De eigenlijke grond van de zaak betreft in wezen immers een zuiver contractuele (uitvoerings)discussie in de relatie tussen de verzoekende partij, een zuivere onderaannemer [...] en haar opdrachtgever (Befimmo), die aldus geenszins tot de rechtsmacht van Uw Raad behoort. De verwerende partij is aan die discussie tussen hoofd- en onderaannemer immers volledig vreemd en wordt ten onrechte aangeduid als de verwerende partij”. “Op grond van de leer van het werkelijk en rechtstreeks voorwerp komt de beoordeling van de contractuele kritieken van verzoekende partij uitsluitend toe aan de burgerlijke rechter”. “Weliswaar aanvaardt Uw Raad zijn rechtsmacht om kennis te nemen van een essentiële wijziging van de overeenkomst, maar dit geldt niet indien het gewoon de uitvoering van de overeenkomst betreft”. “De bestreden beslissing houdt [te dezen] net in dat verwerende partij in toepassing van artikel 1.6 van de Huurovereenkomst en artikel 12 van het KB Uitvoering akkoord gaat met een vervanging van de onderaannemer [...]. Dit betreft een rechtshandeling in hoofde van verwerende partij die louter verband houdt met de uitvoering van de overeenkomst (en die aldus rechtstreeks verband houdt met deze overeenkomst), wat Uw Raad onbevoegd maakt. Hierbij staat vast dat verzoekende partij t.a.v. deze overeenkomst een derde is. Er bestaat geen enkele contractuele band tussen verwerende partij en verzoekende partij”.

De tussenkomende partijen werpen een gelijkaardige exceptie op.

6.3. In haar zittingsnota repliceert de verzoekende partij dat het voorwerp van het schorsingsberoep de beslissing van de verwerende partij is om zonder nieuwe plaatsingsprocedure een wezenlijke wijziging van de opdracht te hebben doorgevoerd en dat een nieuwe plaatsingsprocedure had moeten worden opgestart. De verwerende partij en de tussenkomende partijen negeren volgens de verzoekende partij volstrekt dat zij geenszins argumenteert dat de verwerende partij onrechtmatig haar akkoord zou hebben gegeven met betrekking tot de vervanging dan wel de tweede tussenkomende partij onrechtmatig tot ontbinding is overgegaan van de met verzoekende partij gesloten overeenkomsten.

6.4. De tussenkomende partijen dupliceren in hun zittingsnota: “Zin In Noord en Befimmo nemen er akte van dat Besix formeel erkent dat de beslissing

waarbij de Vlaamse Gemeenschap toelaat om Besix te vervangen als onderaannemer niet wordt bestreden en bijgevolg definitief is geworden, en minstens dat zij in dit opzicht afstand doet van haar vordering. Bijkomend wordt opgemerkt dat (1) de beslissing om geen nieuwe plaatsingsprocedure te organiseren, niet meer is dan de keerzijde van de beslissing om de vervanging van Besix toe te laten binnen het bestaande contractuele kader, en (2) Besix met de huidige procedure een in wezen contractuele discussie tussen een opdrachtnemer en zijn onderaannemer tracht te ‘vermommen’ als een administratiefrechtelijk geschil”.

Beoordeling

6.5. Op de eerste plaats wordt vastgesteld dat de verzoekende partij, zo zij al zou betogen dat zij in wezen een rechtstreekse contractspartij is van de verwerende partij – de verzoekende partij heeft het over een (feitelijk) consortium – niet overtuigend aantoont dat zij meer is dan een onderaannemer van de verhuurder. Het feit dat zij een resultaatsverbintenis met een back-to-back engagement heeft aangegaan met de verhuurder en dat zij nominatim deel uitmaakt van het bouwteam, lijkt niet in te houden dat zij een (rechtstreekse) contractspartij wordt van de verwerende partij. Deze elementen lijken eerder de bekommernis van de verwerende partij te weerspiegelen dat zij enige garanties wil inbouwen in de eigensoortige juridische constructie dat het project binnen de voorwaarden van de opdracht, bijvoorbeeld inzake de timing, zal worden uitgevoerd eerder dan dat de keuze voor een bepaalde onderaannemer hier essentieel lijkt.

Voorts lijkt het apert dat de problematiek zich situeert in de uitvoeringsfase van een gesloten overeenkomst zodat, zo lijkt, in beginsel de Raad hier rechtsmacht ontbeert.

De verzoekende partij vordert de schorsing van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van ongekende datum van de Vlaamse Gemeenschap [...] waarbij door de Vlaamse Gemeenschap akkoord is gegeven tot vervanging van de [nv Besix] met betrekking tot de door de Vlaamse Gemeenschap in mededinging gestelde opdracht [...] hetwelk een ongeoorloofde wezenlijke wijziging uitmaakt van de genoemde opdracht en waardoor deze

beslissing aanzien moet worden als een gunningsbeslissing waarbij een nieuwe, niet aan de mededinging onderworpen opdracht wordt gegund”.

Het lijkt aldus dat de verzoekende partij de van de overeenkomst van 5 mei 2020 afsplitsbare rechtshandeling viseert waarbij de verwerende partij akkoord gaat met de vervanging van de verzoekende partij en aldus, zo lijkt het de verzoekende partij toch toe, impliciet beslist de initiële opdracht te wijzigen zonder het uitschrijven van een nieuwe gunningsprocedure en aldus een nieuwe opdracht gunt zonder mededinging.

Deze door de verzoekende partij geviseerde beslissing om geen nieuwe plaatsingsprocedure te organiseren lijkt echter, zoals de tussenkommende partijen niet onterecht opmerken, niet meer te zijn dan de keerzijde van de expliciete beslissing om de vervanging van de nv Besix toe te laten. De wettigheid van de impliciete beslissing om geen nieuwe opdracht uit te schrijven, lijkt dan ook niet zomaar te kunnen worden beoordeeld los van de expliciete beslissing om akkoord te gaan met de voorgestelde vervanging van de verzoekende partij.

De vervanging lijkt voorts gegrond op bepalingen die de uitvoering van de overeenkomst beheersen zoals de opdrachtdocumenten die specifiek van toepassing zijn op de overeenkomst.

Aldus is de akte van 5 mei 2020 waarbij de verwerende partij en de tussenkommende partijen voorzien in de vervanging van de verzoekende partij, uitdrukkelijk gesteund op artikel 1.6 van de huurovereenkomst, waarin onder meer de voorwaarden voor een vervanging en de rol van de verwerende partij bij een dergelijke vervanging worden omschreven en moeten worden geïnterpreteerd.

Het lijkt dan ook dat het geschil in beginsel kadert binnen de toepassing van artikel 1.6 van de overeenkomst, zodat het uitsluitend aan de burgerlijke rechter lijkt te zijn om hierover standpunt in te nemen, ook wat de inwerkingtreding van dit artikel betreft. De bestreden beslissing lijkt dan ook vanuit die optiek vooral een handeling met toepassing van een contractsbepaling, die haar kracht niet ontleent aan het openbaar gezag van het bestuur maar aan het contract.

In wezen lijkt een zelfde conclusie te mogen worden getrokken bij toepassing van artikel 12, § 2, tweede lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’ dat bepaalt dat het inzetten van andere onderaannemers is onderworpen aan de voorafgaande toestemming van de aanbesteder.

De Raad valt in de huidige stand van het geding de exceptie van de verwerende partij en de tussenkomen partijen dan ook bij. De goedkeuringsbeslissing van de verwerende partij lijkt te dezen slechts te kunnen worden beoordeeld in het licht van de bepalingen die de uitvoering van de overeenkomst beheersen, minstens toont de verzoekende partij het tegendeel niet aan.

Overigens, in de veronderstelling dat de Raad in dergelijke problematiek toch zou beschikken over enige rechtsmacht, overtuigt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet dat er voor de Raad aperte en voldoende aanneembare elementen zijn om te mogen aannemen dat het geschil onmiskenbaar een dimensie heeft waarbij de bestreden beslissing niet moet worden beoordeeld als een concrete toepassing van de opdrachtdocumenten – en er dus geen verdere toetsing aan deze zou zijn vereist – maar sowieso als een nieuwe opdracht moet worden aanzien.

B.2. Gebrek aan belang wat de eerste bestreden beslissing betreft

Standpunt van de partijen

7.1. In haar verzoekschrift betoogt de verzoekende partij dat zij samen met de nv Befimmo een offerte heeft ingediend “met het oog op de gunning van de prestigieuze overheidsopdracht die door verwerende partij in mededinging was gesteld”. Door haar vervanging is zij een opdracht kwijtgespeeld. Door geen nieuwe opdracht uit te schrijven “heeft [zij] geen kans gekregen om in te schrijven, al dan niet met een partner, en ziet [zij] zich geconfronteerd met een aanzienlijk nadeel”.

7.2. De verwerende partij merkt op dat het door de verzoekende partij aangevoerde nadeel onrechtstreeks is tegenover de bestreden beslissing aangezien het rechtstreeks en exclusief voortvloeit uit de beslissing van de tweede tussenkomende partij. Voorts wijst zij erop dat de verzoekende partij geen kandidaat was voor de opdracht en dat zij ook niet in staat is om te kandideren voor een nieuwe opdracht.

7.3. De tussenkomende partijen betwisten het belang in hoofde van de verzoekende partij. Zij merken op dat de verzoekende partij geen inschrijver was voor de opdracht doch slechts onderaannemer van de nv Befimmo. Voorts beschikt de verzoekende partij, aldus de tussenkomende partijen, niet over een geschikt terrein en zou zij dus zelfs geen kandidaat kunnen zijn voor de opdracht.

7.4. In haar zittingsnota beklemtoint de verzoekende partij dat het voorwerp van haar vordering het feit is dat de verwerende partij een nieuwe opdracht gunt zonder openbare mededinging en niet de toelating van de verwerende partij om de verzoekende partij te vervangen. Zij stelt: “Het is geenszins uitgesloten dat verzoekende partij zou kunnen inschrijven voor deze nieuwe opdracht, al dan niet met een partner of al dan niet als lid van een bouwteam-feitelijk consortium”.

Beoordeling

7.5. Zoals *sub* 6.1, 6.3 en 7.4 opgemerkt, benadrukt de verzoekende partij uitdrukkelijk dat het voorwerp van haar beroep, wat de eerste bestreden beslissing betreft, het gunnen van een nieuwe opdracht zonder mededinging is.

De verzoekende partij was zelf geen kandidaat voor de vorige opdracht die hetzelfde voorwerp heeft als wat de verzoekende partij bestempelt als de “nieuwe” opdracht; zij was slechts onderaannemer voor een deel van de opdracht.

Voorts lijkt de verzoekende partij helemaal niet aannemelijk te maken dat zij, alleen of met partners, kandidaat zou kunnen zijn voor de “nieuwe” volledige opdracht.

In die omstandigheden lijkt de verzoekende partij onvoldoende haar belang bij haar vordering aan te tonen en is ze ook om die reden onontvankelijk.

V. Besluit

8. De vordering is onontvankelijk en moet worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Zin in Noord en de nv Befimo tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verworpt de vordering.

3. De kennisgeving van dit arrest aan de partijen gebeurt met een e-mailbericht.

4. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 300 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken op achttien juni tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,
bijgestaan door
Silja Doms,

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra