

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 175.833 van 16 oktober 2007
in de zaak A. 185.288/XII-5217.**

In zake : de NV GHENT DREDGING,
die woonplaats kiest bij
advocaten C. De Wolf en J. Timmermans,
kantoor houdende te Oudenaarde,
Etikhovestraat 6

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat K. Ronse,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Guillaume Macaulaan 33.

tussenkommende partij :

de NV HERBOSCH-KIERE,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. De Keuster,
kantoor houdende te Antwerpen,
Graanmarkt 2.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Ghent Dredging op 28 september 2007 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “de beslissing van onbekende datum van Verwerende Partij om de overheidsopdracht betreffende het uitvoeren van onderhoudsbaggerwerken van de Visartsluis te Zeebrugge, inclusief afvoer van de specie, toe te wijzen aan de nv Herbosch-Kiere”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 1 oktober 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 11 oktober 2007, om 10.00 uur;

Gezien het op 5 oktober 2007 ingediende verzoekschrift waarbij de NV Herbosch-Kiere vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. Timmermans, die verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat K. Ronse, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat D. De Keuster, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur P. Barra;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. Het voorwerp van de opdracht volgens het toepasselijke bestek nr. 16EF/2007/03 is :

“Het uitvoeren van de onderhoudsbaggerwerken voor de Visaertsluis in de haven van Zeebrugge. De baggerwerken omvatten het baggeren, vervoeren, storten en/of verwerken van de onderhoudspecie en alle hierbij horende leveringen, prestaties en diensten.

De aannemer bepaalt zelf welk mechanisch baggertuig (bijvoorbeeld: emmerbaggermolen, kraan op ponton, dieplepelaar,...) het best voldoet aan de gestelde eisen”.

Als CPV-Code wordt opgegeven: 45252124-3. (bagger- en pompwerkzaamheden)

De gunningswijze is de openbare aanbesteding.

In het Bulletin der Aanbestedingen van 7 mei 2007 wordt de opdracht bekendgemaakt met vermelding “type opdracht : werken”.

Op blz. 21/29 van het bestek wordt een nadere beschrijving gegeven van de werken: “Het uitvoeren van onderhoudsbaggerwerken langs de zeewaartse zijde van de Visartsluis, ter hoogte van de sluisdeuren, inclusief het afvoeren van de specie”.

2. Er worden vijf offertes ingediend, onder meer door de verzoekende partij en de tussenkomen de partij.

3. Op 11 september 2007 beslist het afdelingshoofd - Afdeling Maritieme Toegang- de opdracht toe te wijzen aan de tussenkomen de partij NV Herbosch-Kiere.

Met een brief van dezelfde datum wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van het feit dat haar offerte niet werd gekozen. Deze brief luidt als volgt :

“Geachte mevrouw, geachte heer,

Conform artikel 21 bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en artikel 80 van de K.B. van 8 januari 1996 betreffende overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, deel ik u mee dat uw offerte voor bovenvermelde opdracht niet werd gekozen.

Overeenkomstig artikel 19 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan er tegen deze beslissing beroep worden ingesteld bij de Raad van State. Dit beroep moet op straffe van onontvankelijkheid ingediend worden binnen 60 dagen na deze betekening. Het beroep wordt ingeleid door een gedagtekend verzoekschrift dat door u of door een advocaat ondertekend moet zijn. Het verzoekschrift moet bij aangetekende brief gestuurd worden aan de Eerste Voorzitter van de Raad van State, Wetenschapsstraat 33, 1040 Brussel

Hoogachtend

[w.g]

ir Freddy Aerts
Afdelingshoofd.”

4. Bij brief van 17 september 2007 en bij faxbericht van 19 september 2007 stelt de verwerende partij de verzoekende partij, die zulks gevraagd had bij brief van 12 september 2007, in kennis van de gunningsbeslissing en van het rapport van de beoordelingscommissie.

5. Op 21 september 2007 schrijft de raadsman van de verzoekende partij aan de verwerende partij of de toewijzingsbeslissing reeds is betekend en te willen bevestigen dat met toepassing van artikel 21 bis van de voormelde wet van

24 december 1993, een wachttermijn van tenminste tien dagen in acht wordt genomen.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

6. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

7. Wat de eerste en derde voorwaarde betreft, voert de verzoekende partij inzake het nadeel onder meer aan dat de opdracht zowel betrekking heeft op werken (baggerwerken - CPV 45252124) als op diensten (vervoer, verwijdering, verwerking en behandeling van slib - CPV 90122310, 90122320, 90122330 en 90122340), waarbij de diensten de grootste waarde vertegenwoordigen: in haar offerte vertegenwoordigen op een totaal van 282.000 euro de baggerwerken slechts 86.672 euro of 30,7 % van de totaalprijs; de diensten verwijdering, verwerking en behandeling van de baggerspecie vertegenwoordigen 195.328,00 euro, dit is 69,3 % van de totaalprijs. Het betreft te dezen dus een aanneming van diensten.

Inzake de uiterst dringende noodzakelijkheid wijst de verzoekende partij op het feit dat het om een dienstenopdracht gaat waarvan de waarde boven de Europese drempel uitkomt en dat dus het voornoemde artikel 21bis van toepassing is dat de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid oplegt; de verwerende partij verwijst trouwens zelf in haar betekeningsbrief naar artikel 21bis.

8.1. Artikel 21bis van de voornoemde wet van 24 december 1993 luidt als volgt :

“21bis.§1. De aanbestedende overheid informeert onverwijld de niet geselecteerde kandidaten en de inschrijvers van wie de offerte als onregelmatig werd beschouwd of niet werd uitgekozen, nadat een beslissing werd genomen die op hen betrekking heeft.

[...]

§2. Wanneer de overheidsopdracht het geraamde bedrag bereikt, zoals bepaald door de Koning voor de Europese bekendmaking bij de aanvang van de procedure, deelt de aanbestedende overheid bij een ter post aangetekende brief samen met de informatie bepaald in §1 mede:

1/ aan elke niet geselecteerde kandidaat of inschrijver, de motieven voor zijn niet-selectie;
2/ aan elke inschrijver van wie de offerte als niet regelmatig werd beschouwd, de motieven voor de verwerping;
3/ aan elke inschrijver waarvan de offerte niet werd uitgekozen, de gemotiveerde toewijzingsbeslissing van de opdracht.

De aanbestedende overheid kent de kandidaten en inschrijvers een termijn toe die ze nader bepaalt en minstens tien dagen omvat vanaf de dag die volgt op de verzendingsdatum van de motivering, zodat zij eventueel beroep kunnen aantekenen bij een rechtscollège, wat uitsluitend mag gebeuren in het kader van, al naar het geval, een procedure in kort geding voor de justitiële rechter of, voor de Raad van State, via een uiterst dringende rechtspleging. [...]”.

8.2. Te dezen heeft de verwerende partij in de voormelde brief van 11 september 2007 verwezen naar “artikel 21bis” zonder specificatie van paragraaf. Met de brief deelde zij de verzoekende partij mee dat haar offerte niet was gekozen. Daardoor lijkt die mededeling in elk geval te kunnen worden ingepast in de eerste paragraaf van het aangehaalde artikel 21bis dat een algemene informatieverplichting oplegt.

De verzoekende partij gaat ervan uit dat ook de tweede paragraaf van artikel 21bis toepasselijk is, die voor opdrachten boven de betrokken Europese drempelwaarden voor de betekening van de toewijzingsbeslissing in een wachtperiode voorziet van minimum tien kalenderdagen maar ook de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid verplicht stelt. Het is op die grond dat de verzoekende partij haar beroep op die procedure stoelt.

De toepasselijkheid van artikel 21bis lijkt echter niet vanzelfsprekend. In de eerste plaats betoogt de verwerende partij in haar nota met klem dat de in het geding zijnde opdracht een opdracht voor baggerwerken is en aldus een opdracht voor de aanneming van werken, en zodoende niet de Europese drempelwaarde voor aannemingen van werken bereikt. De verwerende partij lijkt ook van die opvatting te zijn uitgegaan bij de publicatie van de aankondiging, overigens enkel verricht in het Bulletin der Aanbestedingen en niet in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen. Zij had in haar meervermelde brief van 11 september 2007 wel nauwkeuriger kunnen zijn door artikel 21 bis niet enkel als dusdanig te vermelden, maar ook naar de ene of andere paragraaf ervan, en door niet naar artikel 80 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken te verwijzen, aangezien dat artikel is opgenomen in titel III van dat besluit, toepasselijk op aannemingen van diensten en niet op aannemingen van werken.

De verzoekende partij poogt cijfermatig aan te tonen dat de opdracht in hoofdzaak een dienstenopdracht is, en slechts in mindere mate een aanneming van werken. Op het eerste gezicht overtuigt die stelling niet. De opgegeven cijfermatige verhoudingen lijken immers niet meteen verifieerbaar. Voorts lijkt de verwerende partij - naar de bewoordingen van het bestek - te hebben geopteerd voor een opdracht van “Onderhoudsbaggerwerken [...] inclusief het afvoeren van specie” en baggerwerken zijn krachtens artikel 5 van de voormelde wet van 24 december 1993 en zijn bijlage 1, rubriek 502.2, werken en geen diensten.

De betrokken twistvraag zou in wezen wel een nader onderzoek verdienen dat zich echter niet verzoent met de snelle behandeling die een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereist. Het verbinden van de toegang tot een bepaalde procedure aan een voor betwisting vatbaar criterium - zoals te dezen de Europese drempelwaarden in artikel 21bis - lijkt dus een optie van de bevoegde regelgever die het voorspelbaar procederen voor de Raad van State niet in de hand werkt.

Het lijkt aldus dat artikel 21bis in de huidige procedure niet van toepassing is, aangezien de waarde van de in het geding zijnde opdracht - en zulks wordt niet betwist tussen partijen - in zoverre beschouwd als een opdracht voor de aanneming van werken, de in artikel 21 bis bedoelde drempelwaarde niet bereikt.

8.3. De verzoekende partij dient dienvolgens nog aan te tonen dat zij te dezen terecht een beroep deed op de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, enkel rekening houdend met het de eerste voorwaarde van het voormelde artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

De schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid , zoals de Raad van State reeds uitvoerig heeft vastgesteld onder meer in zijn arrest NV Laboratoria Van Vooren, nr. 127.069 van 13 januari 2004, is niet geschikt om de gewone procedure te zijn die de beoogde rechtsbescherming kan bieden in het domein van de overheidsopdrachten. Die procedure dient uitzonderlijk te blijven teneinde niet in te gaan tegen de economie van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, waarin tussen de gewone schorsingsprocedure en de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid duidelijk onderscheid wordt gemaakt. De schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid mag aldus slechts worden aangewend in de gevallen waarin de wet deze uitdrukkelijk voorschrijft zoals in het - te dezen niet toepasselijke - voormelde artikel 21bis van de wet van 24 december

1993, en daarnaast in de enkele gevallen dat een gewone vordering tot schorsing te laat zou komen om het nadeel te weren.

Te dezen betreft de opdracht baggerwerken. De verwerende partij beweert niet, niet in haar brief van 11 september 2007 en niet in haar nota, dat zij de toewijzingsbeslissing zal betekenen ingeval een gewone schorsingvordering zou worden ingesteld met een beroep tot nietigverklaring. Ze betoogt nergens dat de werken dermate dringend zouden dienen te worden aangevat. Integendeel besteedt ze in haar nota geen enkele aandacht aan de voorwaarde van de uiterst dringende noodzakelijkheid. De verzoekende partij van haar kant steunt, om die voorwaarde vervuld te achten, enkel op de toepassing van het voormelde artikel 21bis, dat zoals reeds vastgesteld te dezen niet van toepassing lijkt. Dienvolgens is niet aangetoond dat een gewone schorsing onherroepelijk te laat zou komen om het nadeel te weren, dat de verzoekende partij legt in het niet zelf kunnen uitvoeren van de opdracht.

Aldus is niet voldaan aan de eerste van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die vervuld moeten zijn om de schorsing toe te wijzen.

8.4. Door de -niet in paragrafen gespecificeerde- vermelding van artikel 21bis in de voormelde brief van 11 september 2007 en de verwijzing naar het voornoemde 80 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, kan de verzoekende partij misleid zijn geweest bij de keuze voor de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Het is daarom passend de kosten ten laste te leggen van de verwerende partij.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Herbosch-Kiere in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zestien oktober 2007, door :

de H. D. VERBIEST,
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.