

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 200.748 van 11 februari 2010
in de zaak A. 195.255/XII-6083**

In zake: de NV SPIE BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Isabelle Cooreman
kantoor houdend te 1070 Brussel
Ninoofsesteenweg 643
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steven Ronse en Sofie Logie
kantoor houdend te Kortrijk
President Kennedypark 6/24
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV FABRICOM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te Sint-Denijs-Westrem
Kortrijksesteenweg 1144G
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 januari 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “(i) De beslissing van 23 december 2009 van de Vlaams minister van Mobiliteit en Openbare Werken, Mevrouw Hilde Crevits, waarbij werd beslist om de overheidsopdracht voor aanneming van werken m.b.t. de uitbouw van het Vlaams Tunnelcentrum (VTC), genaamd ‘1M3D8K/08J03’, na het voeren van een algemene offerteaanvraag, te gunnen aan de NV Fabricom;
- (ii) de daarmee samenhangende impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de NV Spie Belgium”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 februari 2010, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Isabelle Cooreman, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Sofie Logie, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Bettina Poelmans, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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. Het Agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Elektriciteit en Mechanica Antwerpen schrijft een overheidsopdracht uit voor de uitbouw van een Tunnelbewakingscentrum. Het project omvat de uitbouw van een centraal commandocentrum in nauwe samenwerking met de bestaande wachtdiensten en in overleg met het Vlaams Verkeerscentrum. Daarnaast worden de camerabeelden en afstandsturingen van elke tunnel ingepast in het nieuwe centrale gedeelte. De opdracht wordt geraamd op 17.318.309,53 euro, btw inbegrepen.

3.2. Een enuntiatieve aankondiging voor de opdracht “Tunnelbewakingscentrum”, met referentie 1M3D8K/08J03, wordt bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie op 1 november 2008.

3.3. De eigenlijke aankondiging wordt verzonden naar het Bulletin der Aanbestedingen en het Publicatieblad van de Europese Unie op 20 oktober 2009 en daarin bekendgemaakt op 23 oktober 2009.

Uit de aankondiging blijkt dat de opdracht zal worden gegund volgens de procedure van algemene offerteaanvraag op grond van zeven gunningscriteria.

De aankondiging vermeldt voorts 26 november 2009, 10 uur als uiterste tijdstip voor ontvangst van de inschrijvingen en als datum van de opening van de offertes.

3.4. Met een wijzigingsbericht, bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 4 november 2009 wordt deze datum verschoven naar 3 december 2009.

3.5. Drie inschrijvers dienen een offerte in, met name de nv Fabricom, de nv VSE en de nv Spie Belgium.

3.6. In het gunningsverslag van 8 december 2009 worden alle inschrijvers regelmatig bevonden en wordt na toetsing van de offertes aan de gunningscriteria voorgesteld om de opdracht toe te wijzen aan de nv Fabricom. De offerte van de verzoekende partij is als tweede gerangschikt.

3.7. Op 23 december 2009 beslist de verwerende partij om de opdracht toe te wijzen aan de nv Fabricom.

3.8. Bij brief van 5 januari 2010 wordt aan de niet gekozen inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, meegedeeld dat hun offerte niet werd gekozen. Tevens wordt hun meegedeeld dat het bestuur een termijn van 15 kalenderdagen in acht zal nemen tussen deze mededeling en de betekening van de toewijzing aan de begunstigde.

IV. Tussenkomen

4. Met een op 29 januari 2010 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de nv Fabricom om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

5. Overeenkomstig 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.

VI. Beoordeling van de tweede schorsingsvoorwaarde

Uiteenzetting van het middel

6. Wat de tweede van de in het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft voert de verzoekende partij in een *enig middel* de schending aan van “artikel 3 en 5 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken [...]; het wettigheidsbeginsel; het beginsel van gelijkheid der inschrijvers; de beginselen van behoorlijk bestuur waaronder in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel; de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen”.

De verzoekende partij betoogt daartoe dat de termijn voor ontvangst van de offertes slechts mag worden ingekort indien de opdracht aanleiding gaf tot een enuntiatieve aankondiging overeenkomstig artikel 3 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, zowel in het Publicatieblad van de Europese Unie als in het Bulletin der Aanbestedingen. Door de termijn voor ontvangst van de offertes in te korten en de enuntiatieve aankondiging uitsluitend bekend te maken in het Publicatieblad van de Europese Unie zou de verwerende partij voormelde bepalingen geschonden hebben. Het gebrek aan bekendmaking van de enuntiatieve aankondiging in het Bulletin der Aanbestedingen is volgens de verzoekende partij een onregelmatigheid die de nietigheid van de daaropvolgende toewijzingsbeslissing van de betrokken opdracht tot gevolg heeft.

De verzoekende partij meent dat zij haar offerte beter had kunnen voorbereiden en een betere prijscalculatie had kunnen maken indien zij 52 dagen had gekregen of kennis had gekregen van de publicatie van de enuntiatieve aankondiging in het Bulletin der Aanbestedingen.

Ten slotte merkt zij nog op dat noch het gunningsverslag, noch de gunningsbeslissing, enige verantwoording bevat voor het inkorten van de minimale termijn van 52 dagen voor het ontvangen van de offertes.

Beoordeling

7.1. De artikelen 3 en 5 van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 luiden:

“Art. 3

Elke aanbestedende overheid maakt, door middel van een enuntiatieve aankondiging, zo snel mogelijk na goedkeuring van het programma waarin de werken zijn ingeschreven, de voornaamste kenmerken bekend van de overheidsopdrachten voor aanneming van werken waarvan het geraamde bedrag gelijk is aan of hoger is dan het bedrag bepaald in artikel 1, § 3, en waarvan de gunning voorgenomen wordt.

Deze enuntiatieve aankondiging, opgesteld overeenkomstig het model van aankondiging opgenomen in bijlage 2, A, bij dit besluit, wordt gepubliceerd in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen. De aanbestedende overheid moet de datum van verzending van de aankondiging kunnen bewijzen.

Deze aankondiging wordt eveneens gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen overeenkomstig hetzelfde model van aankondiging.

De publikatie in het Bulletin der Aanbestedingen mag niet plaatsvinden vóór de datum van de verzending van de aankondiging naar het Bureau voor officiële publikaties van de Europese Gemeenschappen en moet deze datum vermelden. Ze mag geen andere inlichtingen bevatten dan deze die gepubliceerd worden in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen”.

“Art. 5

Bij openbare aanbesteding en bij algemene offerteaanvraag, mag de termijn voor de ontvangst van de offertes niet korter zijn dan tweeënvijftig dagen te rekenen vanaf de datum van verzending van de aankondiging. Hij mag echter ingekort worden tot een termijn die lang genoeg is om de indiening van geldige offertes toe te laten en die, in principe, niet korter zal zijn dan zesendertig dagen maar die in geen enkel geval korter zal zijn dan tweeëntwintig dagen indien aan volgende voorwaarden wordt voldaan:

1/ de opdracht in ontwerp gaf aanleiding, overeenkomstig artikel 3, tot de verzending van een enuntiatieve aankondiging niet minder dan tweeënvijftig dagen en niet meer dan twaalf maanden vóór de verzendingsdatum van de aankondiging van opdracht bepaald in artikel 4;

2/ deze enuntiatieve aankondiging bevatte ten minste zoveel van de in het model van aankondiging van opdracht bedoelde gegevens, voor zover deze op het ogenblik van de publikatie van deze enuntiatieve aankondiging beschikbaar waren”.

7.2. Te dezen werd de termijn voor het indienen van de offerte ingekort van 52 tot 44 dagen. Voorts werd de eigenlijke aankondiging zowel in het Publicatieblad van de Europese Unie als in het Bulletin der Aanbestedingen bekendgemaakt, doch werd de enuntiatieve aankondiging uitsluitend in het Publicatieblad van de Europese Unie bekendgemaakt. Het gebrek aan bekendmaking van laatstgenoemde aankondiging zou als een schending van de aangehaalde artikelen 3 en 5 kunnen worden aangemerkt. De vraag rijst of te dezen deze schending tot de onrechtmatigheid van de bestreden beslissingen moet leiden, met andere woorden of de betrokken bepalingen betreffende de aankondigingen op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven of substantiële vormvoorschriften zijn.

7.3. Uit het Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 8 januari 1996 blijkt dat het een bewuste keuze geweest is van de regelgever om zich in de tekst van het besluit zelf niet uit te spreken over het al dan niet substantieel karakter van de vormvoorschriften, doch om dit in geval van geschil over te laten aan het oordeel van de rechter (B.S. 26 januari 1996, 1525).

Te dezen heeft de verzoekende partij ondanks de in het kader van de huidige procedure aangeklaagde inbreuk een offerte ingediend en dus deelgenomen aan de procedure.

Vanuit dit opzicht lijkt de voorliggende zaak dan ook fundamenteel te verschillen met de zaak die geleid heeft tot het arrest Calgon Carbon Corporation van de Raad van State, nr. 114.052 van 20 december 2002, waar de verzoekende partij naar verwijst: daarin was geen vooraankondiging gebeurd, de opdracht werd vervolgens enkel bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en niet in het Publicatieblad van de Europese Unie en het beroep bij de Raad van State werd ingesteld door een buitenlandse vennootschap die niet aan de gunningsprocedure had deelgenomen.

Voorts maakt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aannemelijk dat zij ten gevolge van de inkorting van de termijn tot 44 dagen en het gebrek aan bekendmaking van de vooraankondiging in het Bulletin der Aanbestedingen niet in staat zou geweest zijn om een degelijke offerte in te dienen. Zij merkt enkel op algemene wijze op dat indien zij 52 dagen had gekregen of kennis had gekregen van de vooraankondiging, zij haar offerte beter had kunnen

voorbereiden en een betere prijscalculatie had kunnen maken. Dit wordt evenwel nergens concreet toegelicht.

Uit het administratief dossier lijkt in elk geval te moeten worden afgeleid dat de verzoekende partij een omstandige offerte heeft ingediend. In het gunningsverslag wordt bovendien opgemerkt dat haar inschrijving weliswaar 18 % boven de raming ligt, doch dat bij controle van de posten is gebleken dat de prijs van alle posten structureel hoger ligt dan die van de andere inschrijvers of dan de raming, welke hogere prijs te verklaren is door het “betere dossier” en de hogere kwaliteit van de materialen en leveringen.

Voorts blijkt dat de tussenkomenende partij de verwerende partij heeft verzocht om verlenging van de aanvankelijke inschrijvingstermijn met één week, waarna de ontvangstdatum van de offertes zelfs verschoven werd van 26 november 2009 naar 3 december 2009. Daartegenover staat de vaststelling dat de verzoekende partij bij kennisname van het bijzonder bestek en het wijzigingsbericht inzake de verlenging van de termijn het niet nodig vond ter zake schriftelijke opmerkingen te maken of in rechte te treden maar zonder dienaangaande enige opmerking te maken een offerte indiende en dus blijkbaar zelf aannam dat het mogelijk was om binnen die termijn een degelijke offerte in te dienen. De verzoekende partij is de termijn voor het indienen van de offerte blijkbaar pas later als problematisch gaan beschouwen.

Ten slotte lijkt het op het eerste gezicht ongeloofwaardig dat de verzoekende partij als deskundige ter zake, voor wie de opdracht naar eigen zeggen tot haar “core-business” behoort en die in haar offerte zelf een aantal Europese referenties en Europese bekendmakingen voorlegt, het Publicatieblad van de Europese Unie niet zou raadplegen en zich voor wat betreft (voor)aankondigingen inzake overheidsopdrachten uitsluitend zou steunen op de kennisname door middel van het Bulletin der Aanbestedingen.

Uit het voorgaande lijkt te mogen worden afgeleid dat de verwerende partij niet verplicht was om te dezen de gunningsprocedure als nietig te beschouwen wegens de onregelmatigheid in de aankondigingen, in tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partij betoogt, namelijk dat het niet naleven van de verplichtingen ter zake de nietigheid van de daaropvolgende toewijzingsbeslissing tot gevolg heeft.

De verzoekende partij blijft voorts in gebreke op concrete wijze aannemelijk te maken dat zij door de inkorting van de termijn en het gebrek aan bekendmaking van de vooraankondiging in het Bulletin der Aanbestedingen is benadeeld.

7.4. De verzoekende partij lijkt ook geen schending van het gelijkheidsbeginsel aan te tonen, nu de verkorte termijn voor alle inschrijvers dezelfde was.

7.5. Wat ten slotte nog de beweerde schending van de formele motiveringsplicht betreft doordat noch de gunningsbeslissing, noch het gunningsverslag enige verantwoording zou bevatten voor het inkorten van de minimale termijn van 52 dagen voor het ontvangen van de offerte, lijkt op het eerste gezicht te moeten worden aangenomen dat eventuele motieven voor een voorbeslissing niet dienen te worden opgenomen in de uiteindelijke gunningsbeslissing of het gunningsverslag.

In zoverre is het middel niet ernstig.

8. Aldus is niet voldaan aan één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die cumulatief moeten zijn vervuld wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen. Deze vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Fabricom tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 11 februari 2010,
door de Raad van State, XIle kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest