

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 210.192 van 30 december 2010
in de zaak A. 198.434/XII-6431**

In zake: 1. de NV BESIX
2. de NV PIERRE ROEGIERS & Co
3. de NV DEPRET
4. de NV VICTOR BUYCK STEEL CONSTRUCTION
5. de NV EGEMIN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te Sint-Denijs-Westrem
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het GEMEENTELIJK HAVENBEDRIJF ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 6 december 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen tot wijziging en definitieve vaststelling van de besteksbepalingen van het bijzonder bestek 16/EF/2008/05 betreffende de openbare aanbesteding voor aanneming van werken ‘Haven van Antwerpen. Waaslandhaven: bouwen van 2^e sluis’, waarvan de datum aan de verzoekende partijen onbekend is doch van welke beslissing en definitieve besteksbepalingen de verzoekende partijen kennis kregen n.a.v. het terechtwijzend

bericht, gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen op 17 november 2010 en in het Europees Publicatieblad op 18 november 2010”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 december 2010, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en van advocaat David D’Hooghe, die verschijnt voor de verwerende 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 Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen schrijft een overheidsopdracht voor aanneming van werken, onder de vorm van een openbare aanbesteding, uit voor de bouw van een tweede sluis in de Waaslandhaven.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie op 3 september 2010 en in het Bulletin der Aanbestedingen op 6 september 2010.

3.3. Op de opdracht zijn de bepalingen van het bijzonder bestek “Haven van Antwerpen. Waaslandhaven: bouwen van een 2^e sluis”, met nr. 16EF/2008/05 van toepassing.

3.4. Zowel in de aankondiging als in het bestek wordt vermeld dat op woensdag 13 oktober 2010 een toelichtingsvergadering zal worden gehouden waarop de aanbestedende overheid toelichting zal geven over de opdracht en dat de inschrijvers voorafgaand schriftelijk vragen kunnen stellen over de opdracht.

Zo wordt op bladzijde 35-36 van het bestek het volgende bepaald:

“Zonder dat dit op enige wijze afbreuk mag doen aan de verplichtingen van de inschrijvers vermeld onder punt 9, organiseert de aanbestedende overheid in het auditorium van het Havenhuis van het Gemeentelijk Havenbedrijf Entrepotkaai 1, 2000 Antwerpen, op woensdag 13 oktober 2010 om 9 u een toelichtingsvergadering, waarop de aanbestedende overheid of diens afgevaardigde een toelichting zal geven over de aanneming.

De inschrijvers kunnen voorafgaand schriftelijk vragen stellen over de opdracht van het onderhavig bestek. [...]

Indien de aanbestedende overheid dit wenselijk of nodig acht, kan de betrokken inschrijver gevraagd worden om nadere toelichting te verstrekken bij de vragen.

Deze vooraf ingediende schriftelijke vragen en zo mogelijk alle antwoorden zullen aan bod komen op de toelichtingsvergadering. Het verslag van de toelichtingsvergadering met deze vragen en antwoorden zal digitaal ter beschikking worden gesteld op een internetlocatie, die in een terechtwijzend bericht in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschap en het Bulletin der Aanbestedingen zal worden bekendgemaakt. Bovendien zal het verslag voor eenieder ter beschikking liggen bij de aanbestedende overheid (p/a Havenhuis, Entrepotkaai 1, 2000 Antwerpen) en bij de afdeling Maritieme Toegang (p/a Kallosluis - Sluisgebouw bus 2, Steenlandlaan, 9130 Kallo) en kan het op eenvoudige schriftelijke vraag opgestuurd worden”.

3.5. Er worden diverse vragen gesteld door de kandidaat-inschrijvers.

3.6. Vervolgens wordt de publicatie van een terechtwijzend bericht goedgekeurd op het directiecomité van 8 november 2010 en op de raad van bestuur van 9 november 2010. Het terechtwijzend bericht omvat een deel A waarin de vragen en antwoorden gesteld op de toelichtingsvergadering worden opgenomen en een deel B met “aanvullingen en rechtzettingen” van het bestek, onder meer betreffende besteksbepalingen inzake de staalprijs.

3.7. Dit terechtwijzend bericht blijkt te zijn bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 17 november 2010 en het Publicatieblad van de Europese Unie van 18 en 24 november 2010. In het terechtwijzend bericht wordt verwezen naar de vindplaats waar de rectificaties aan de aanbestedingsstukken gratis gedownload kunnen worden.

3.8. Volgens de verzoekende partijen wordt de tekst van het terechtwijzend bericht hun op 18 november 2010 ter beschikking gesteld.

3.9. Bij faxbericht en aangetekend schrijven van 26 november 2010 wijzen de verzoekende partijen verwerende partij op de onwettigheid van een aantal besteksbepalingen en vragen zij haar om deze te schrappen en om zo nodig de datum van de opening van de offertes, die bepaald is op 17 december 2010, te verdagen. Tevens wordt meegedeeld dat men graag een bevestiging in positieve zin ontvangt uiterlijk vóór 3 december 2010.

3.10. Met een ter post aangetekend verzoekschrift van 6 december 2010 dienen de verzoekende partijen de voorliggende vordering tot schorsing in.

3.11. Op 7 december 2010 keurt de raad van bestuur van verwerende partij een tweede terechtwijzend bericht goed. In dit terechtwijzend bericht wordt de datum voor de opening van de inschrijvingen uitgesteld naar 14 januari 2011. Daarnaast omvat het tweede terechtwijzend bericht nog een aantal wijzigingen aan de besteksbepalingen.

Het tweede terechtwijzend bericht blijkt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 10 december 2010.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4.1. De aankondiging van de in het geding zijnde opdracht werd bekend gemaakt na 24 februari 2010.

Dienvolgens is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten te dezen van toepassing.

Overeenkomstig het in de wet van 24 december 1993 nieuw ingevoegde artikel 65/23, § § 1 en 3, dient de in artikel 65/15 bedoelde vordering tot schorsing – de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid – “op straffe van niet-ontvankelijkheid” te worden ingesteld binnen een termijn van 15 dagen “vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling, al naargelang”.

De bedoelde ontvankelijkheid *ratione temporis* van de vordering dient ambtshalve te worden onderzocht.

4.2. In de parlementaire voorbereiding wordt het voormelde artikel 65/23 toegelicht als volgt:

“Paragraaf 1 van dit artikel bepaalt de termijnen binnen dewelke, op straffe van niet-ontvankelijkheid, een verhaal moet worden ingesteld, vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling.

[...]

In § 3 wordt verduidelijkt dat de vordering tot schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing, op straffe van niet-ontvankelijkheid, wordt

ingediend binnen een termijn van vijftien dagen. Deze bepaling vormt een afwijking op artikel 30 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en op artikel 4 van de procedureregeling. De vordering tot schorsing van de uitvoering kan zowel slaan op de gunningsbeslissing als op de andere handelingen, zoals het bestek of de beslissing tot niet-selectie in een procedure in twee stappen. [...]”. (Parl. St. *Kamer* 2009-2010, nr. 52-2276/001, 38-39).

4.3. De wetgever heeft dus, in afwijking van de regelgeving betreffende de termijnen voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, een verjaringstermijn van 15 dagen opgelegd voor het indienen van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State, zoals de voorliggende vordering.

4.4. Krachtens artikel 65/35 van de voormelde wet van 24 december 1993, ingevoegd bij artikel 3 van de voormelde wet van 23 december 2009, gebeurt de berekening van deze termijn overeenkomstig de Verordening (EEG, Euratom) nr. 1182/71 van de Raad van 3 juni 1971 houdende vaststelling van de regels die van toepassing zijn op termijnen, data en aanvangs- en vervaltijden in het Gemeenschapsrecht. Artikel 3.1, tweede lid, van deze verordening bepaalt dat, wanneer een in dagen, weken, maanden of jaren omschreven termijn ingaat op het ogenblik waarop een gebeurtenis of handeling plaatsvindt, de dag waarop deze gebeurtenis of handeling plaatsvindt, niet in de termijn wordt inbegrepen. Voorts bepaalt artikel 3.4 van deze verordening dat indien de laatste dag van een anders dan in uren omschreven termijn een feestdag, een zondag of een zaterdag is, de termijn afloopt bij het einde van het laatste uur van de daaropvolgende werkdag.

4.5. De voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid is gericht tegen de voormelde beslissing van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen tot wijziging van de besteksbepalingen van het bijzonder bestek 16/EF/2008/05.

4.6. De bestreden bepalingen blijken te zijn goedgekeurd door de raad van bestuur van verwerende partij van 9 november 2010.

Het op de in het geding zijnde opdracht toepasselijke bestek bepaalde reeds dat het verslag van de toelichtingsvergadering met de vragen en antwoorden “digitaal ter beschikking [zou] worden gesteld op een internetlocatie, die in een terechtwijzend bericht in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschap en het Bulletin der Aanbestedingen [zou] worden bekendgemaakt” en dat het verslag bovendien voor eenieder ter beschikking zou liggen bij de aanbestedende overheid en dat het op eenvoudige schriftelijke vraag zou kunnen worden opgestuurd.

Het litigieuze terechtwijzend bericht blijkt te zijn bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 17 november 2010 en het Publicatieblad van de Europese Unie van 18 en 24 november 2010. In het terechtwijzend bericht lijkt enkel te worden verwezen naar de vindplaats waar de rectificaties aan de aanbestedingsstukken gratis gedownload kunnen worden.

De verzoekende partijen erkennen in hun verzoekschrift echter uitdrukkelijk dat de tekst van het terechtwijzend bericht, met inbegrip van de met voorliggend beroep bestreden gewijzigde besteksbepalingen, op 18 november 2010 aan hen ter beschikking werd gesteld. Dit wordt eveneens bevestigd in het schrijven van de verzoekende partijen aan de verwerende partij van 26 november 2010. Zij stellen zulks eveneens in hun inleidend verzoekschrift onder het opschrift “ontvankelijkheid ratione temporis” en beperken zich daar voorts tot de affirmatie dat de vordering “aldus binnen de termijn van 60 dagen en dus tijdig (is) ingediend”.

4.7. De vaststelling dat de verzoekende partijen op 18 november 2010 kennis namen van de met onderhavige vordering bestreden bepalingen, leidt echter tot het besluit dat de beroepstermijn aangevangen is op vrijdag 19 november 2010 en dat, vanaf die datum gerekend, de beroepstermijn liep tot en met vrijdag 3 december 2010 zodat het beroep, ingediend op 6 december 2010, buiten de voorgeschreven termijn van 15 dagen lijkt te zijn ingesteld.

Nu voormeld artikel 65/23, §§ 1 en 3, van de wet van 24 december 1993, uitdrukkelijk bepaalt dat de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid “op straffe van niet-ontvankelijkheid” dient te worden ingesteld binnen voormelde termijn van 15 dagen, dient dan ook te worden besloten dat de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid niet ontvankelijk is.

Deze vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 875 euro, elk voor een vijfde.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van dertig december 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest