RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 220.488 van 29 augustus 2012
in de zaak A. 205.869/XII-7027

In zake : de NV ALGEMENE ONDERNEMING R. DE ROECK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Benoit Beele
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 26a
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de NV WATERWEGEN EN ZEEKANAAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Barteld Schutyser
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 augustus 2012, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van "het bestek nr. BB 1589 van de Naamloze Vennootschap naar Publiek Recht Waterwegen en Zeekanaal, houdende de openbare aanbesteding voor aanneming van werken met betrekking tot verdiepingsbaggerwerken ter vervolledigen van het 10.000 tonsvak tussen Prayon te Puurs en Kraagput te Willebroek, met opening van offertes op woensdag 8 augustus 2012 om 11u00".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 augustus 2012.

Kamervoorzitter Luc Hellin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Benoit Beele, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Tom Villé, die loco advocaat Barteld Schutyser 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. Op 9 mei 2012 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij om een overheidsopdracht van werken uit te schrijven voor het uitvoeren van verdiepingsbaggerwerken ter vervollediging van het 10.000 tonsvak tussen Prayon te Puurs en Kraagput te Willebroek en de opdracht te gunnen volgens de procedure van de openbare aanbesteding. Tevens wordt beslist om hiertoe het bijzonder bestek met nummer BB 1589 goed te keuren.

4. Die opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 22 mei 2012 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 26 mei 2012.

In de aankondiging wordt het voorwerp van de opdracht als volgt omschreven:

> "Het voorwerp van de opdracht is het uitvoeren van verdiepingsbaggerwerken op het Zeekanaal Brussel-Schelde tussen Prayon te Puurs en de kraagput te Willebroek. Het doel van de verdiepingswerking is het creëren van een vaargeul met een waterdiepte van 9,5 m.
>
> Deelcontracten.
>
> Onderhavige opdracht is opgesplitst in 11 deelcontracten. Elk deelcontract omvat een deel van de volledige opdracht. De baggerzone wordt onderverdeeld in 11 subzones. Elke subzone behelst 1 deelcontract".

Voorts vermeldt de aankondiging dat de opdracht niet is opgesplitst in percelen.

Met betrekking tot de vereiste economische en financiële draagkracht en vakbekwaamheid wordt in de aankondiging het volgende opgemerkt:

> "De werken van de door onderhavige bestek geregelde opdracht zijn gerangschikt in de (onder)categorie(ën) A (Baggerwerken), en de aanbestedende overheid is van oordeel dat ze tot de klasse 8 behoren".

De aankondiging vermeldt tevens dat het bestek verkregen kan worden aan de kas of door overschrijving, waarbij de aanbestedingsdocumenten worden verzonden na boeking van de overschrijving. Daarnaast zijn de aanbestedingsdocumenten volgens de aankondiging ook verkrijgbaar via het elektronisch loket op de website van de NV Waterwegen en Zeekanaal, waar geïnteresseerde inschrijvers ze tegen betaling met kredietkaart kunnen downloaden en eventueel ook laten opsturen.

5. Het bijzonder bestek nummer BB 1589 bevat onder meer de volgende bepaling:

> "(…)
> De volgorde waarin de verschillende deelcontracten eventueel worden toegewezen kan in willekeurige volgorde.
> In zijn offerte geeft de inschrijver een prijs per deelcontract.
> Nochtans is de inschrijver gebonden door de totale offertesom voor de uitvoering van de volledige opdracht. Ook de vergelijking en de evaluatie van de offertes gebeurt op basis van de totale offertesom.
> De sluiting zal slechts betrekking hebben op één of meerdere deelcontracten.
> De aanbestedende overheid behoudt nochtans de optie tot de verdere sluiting van één of meer van de overige deelcontracten.
> De aanbestedende overheid heeft tevens het recht om af te zien van de sluiting van één of meer van de overige deelcontracten, of de opdracht na uitvoering van één of meerdere deelcontracten stop te zetten, zonder tot enige schadevergoeding gehouden te zijn.
> Voor de toepassing van de bepalingen van de AAV, in het bijzonder artikel 5, 6, 7, 15, 16, 17, 20, 28, 43 en 48, wordt ieder deelcontract beschouwd als een afzonderlijke opdracht.
> Gezien het verschil in deelcontracten wordt de aannemer er ook op gewezen dat de verschillende deelcontracten deels kunnen overlappen.
> (…)".

Aangaande de vereiste economische en financiële draagkracht en vakbekwaamheid herhaalt het bestek dat de werken van de door het onderhavige bestek geregelde opdracht zijn gerangschikt in de (onder)categorie(ën) A (Baggerwerken), en dat de aanbestedende overheid van oordeel is dat ze tot de klasse 8 behoren.

Het bestek bepaalt dat de offertes zullen worden geopend op 8 augustus 2012 om 11.00 uur.

6. Op 24 mei 2012 overhandigt verwerende partij een kopie van het bestek en de overige aanbestedingsdocumenten aan verzoekende partij.

7. Op 25 juli 2012 richt de raadsman van verzoekende partij een fax en een aangetekend schrijven aan verwerende partij waarin hij melding maakt

van een aantal vermeende onregelmatigheden in de aanbestedingsprocedure die volgens hem van dermate belang zijn dat de zitting van de opening van de offertes dient te worden verdaagd en een rechtzetting dient te worden gepubliceerd. Door een erkenningsklasse 8 te eisen wordt volgens de raadsman van verzoekende partij de mededinging al te zeer afgesloten terwijl aannemers van een erkenningsklasse 5 tevens over voldoende draagkracht zouden beschikken om de vooropgestelde opdracht uit te voeren. Daarnaast wordt tevens aangevoerd dat het concept van de huidige gunning, waarbij de werkelijke uitvoering van minstens een groot deel van de deelcontracten niet meteen zal worden toegewezen, strijdt met de normale marktpraktijken.

8. Bij faxbericht en met een aangetekend schrijven van 31 juli 2012 deelt verwerende partij aan de raadsman van verzoekende partij mee dat zij na grondig onderzoek van de aangevoerde kritieken besloten heeft niet in te gaan op het verzoek en geen wijziging van het bestek op de door verzoekende partij aangevoerde punten te publiceren.

Wel wordt op 30 juli 2012 nog een verbeteringsbericht bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen, doch deze rectificatie heeft geen betrekking op de door verzoekende partij bekritiseerde besteksbepalingen.

9. Op 3 augustus 2012 dient verzoekende partij bij de Raad van State een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en een beroep tot nietigverklaring in van het bijzonder bestek nummer BB 1589.

10. Bij e-mail van 14 augustus 2012 heeft de auditeur belast met het onderzoek van de vordering de volgende vraag gesteld:

> "Graag had ik van u nog vernomen op welke wijze en op welke datum uw cliënte het bestek ter beschikking heeft gesteld aan de verzoekende partij. Ik dank u om hiervan eventuele bewijsstukken voor te leggen".

11. Deze vraag werd op dezelfde datum door de raadsman van verwerende partij beantwoord als volgt:

> "Als bijlage vindt u kopie van de factuur aan verzoekende partij voor het aankopen van het bijzonder bestek BB 1589.
>
> Het bestek kon tegen betaling bij verweerster worden verkregen of op het elektronisch loket van de website van verweerster (http://e-loket.wenz.be/konakart/Welcome.do) worden gedownload (na betaling). Uit het bijkomend stuk blijkt dat het bestek op 24 mei 2012 aan verzoekende partij werd geleverd, zodat uiteraard vragen rijzen omtrent de tijdigheid van het schorsings- en vernietigingsberoep, dat op 3 augustus 2012 werd ingediend".

IV. Ontvankelijkheid van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid

12. Luidens artikel 65/23, §§ 1 en 3, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten dient de in artikel 65/15 bedoelde vordering tot schorsing, bijgevolg ook de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, "op straffe van niet-ontvankelijkheid" te worden ingesteld binnen een termijn van vijftien dagen "vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling, al naargelang".

13. De voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid is gericht tegen het bestek met nummer BB 1589, dat op 9 mei 2012 blijkt te zijn goedgekeurd door de raad van bestuur van verwerende partij en dat is bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 22 mei 2012 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 26 mei 2012.

14. Uit de kopie van de factuur voor het bestek blijkt dat verwerende partij reeds op 24 mei 2012 te Willebroek een kopie van het bestek en de overige aanbestedingsdocumenten ter beschikking heeft gesteld van verzoekende partij.

15. De voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, ingediend op 3 augustus 2012, is aldus buiten de voorgeschreven termijn van vijftien dagen, zowel na de bekendmaking van het bestek nummer BB 1589 als na de feitelijke kennisname ervan door verzoekende partij, ingesteld.

16. Aangezien voornoemd 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 vijftien dagen, volgt hieruit dat de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid gericht tegen het bestek nummer BB 1589 niet ontvankelijk is wegens laattijdigheid.

Deze vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te verwerpen.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 29 augustus 2012, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Luc Hellin,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Tiny Temmerman,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Tiny Temmerman	**Luc Hellin**