

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 235.887 van 27 september 2016
in de zaak A. 220.121/XII-8221**

In zake: de NV VERBRAEKEN INFRA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf

tegen:

de CVBA EANDIS SYSTEM OPERATOR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche, Leopold Schellekens en
Jochen Vranckx
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 augustus 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“volgende beslissingen van verwerende partij:

1) de beslissing van verwerende partij d.d. 30 mei 2016, doch door verzoekende partij op 30 juni 2016 ontvangen, en die luidt als volgt:
In toepassing van de regelgeving betreffende de gunning en sluiting van overheidsopdrachten en onder meer in het bijzonder artikel 8 van de wet van 17.08.2013, delen wij u mee dat wij uw offerte niet hebben gekozen.

De aanbestedende overheid heeft conform artikel 35 van de wet Overheidsopdrachten beslist om de minicompetitie met referentie '862' niet te gunnen om budgettaire redenen: immers werd voor de uitvoering van deze minicompetitie een raming voorzien die sterk afwijkt van de ingediende offertes waardoor de budgetvoorzieningen ruimschoots ontoereikend zijn, (hierna de 'Bestreden Beslissing 1') [...].

2) de beslissing van verwerende partij, aan verzoekende partij meegedeeld per aangetekend schrijven d.d. 19 augustus 2016, en die luidt als volgt:

Gezien geen enkele offerte uit bovenstaande voldeed aan de grenzen van de voorziene raming en bovendien de urgentie door het tijdsverlies van de minicompetitie zonder gunstig gevolg dermate is, beslist de aanbestedende overheid om op basis van art 53 § 2, c een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op te starten waarbij aan drie gekende partijen in de markt, allen niet-behorende tot de raamcontractanten in kader van dossier EAN12AW124, een prijs wordt gevraagd op basis van dezelfde voorwaarden uit het initiële lastenboek. Wij zenden u hierbij een afschrift van dit lastenboek dat werd uitgestuurd aan deze partijen. Uiteraard is hierbij de uitvoeringstermijn aangepast aangezien deze procedure op basis van art 53 § 2, c pas kon worden opgestart na evaluatie van de biedingen in kader van de initiële, niet-gegunde minicompetitie waaraan uw cliënte deelnam. Om redenen van interne transparantie werd het dossiernummer voor deze procedure behouden.

Na evaluatie van de ingediende offertes beslist de aanbestedende overheid om een beslissing van gunning voor deze werken te bekrachtigen aan partij 'Van Vulpen BV' voor een totaalbedrag van € 364.900,00 exclusief BTW. Dit totaalbedrag kon gegund worden gezien de voorziene raming en het voorziene budget niet werd overschreden. (hierna de 'Bestreden Beslissing 2') [...].

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 september 2016, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Carlos De Wolf en Charlotte De Wolf, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Jochen Vranckx, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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. De verwerende partij heeft een overheidsopdracht bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 9 januari 2013 met als voorwerp het opstellen van een raamovereenkomst voor de uitvoering van werken. Het voorwerp van de werken wordt in de aankondiging als volgt omschreven:

“Het voorwerp van dit aankoopdossier omvat het uitvoeren van werken.
De werken behelzen:

- Het ontwerpen en uitvoeren van gestuurde boringen
- Het plaatsen en lassen van stalen gasleidingen die buiten scope ondergrondse leidingen vallen
- Het plaatsen en lassen van PE (Polyethyleen) gasleidingen vanaf Ø315mm
- Het plaatsen en verbinden van kabels met een uitbatingspanning hoger dan 15kV en/of een sectie groter dan 400 mm².

Het doel van dit aankoopdossier is het sluiten van een raamovereenkomst met verschillende aannemers waarbij de deelopdrachten binnen de percelen zullen toegewezen worden aan de hand van minicompétities”.

De verzoekende partij heeft zich kandidaat gesteld voor deze opdracht en onder andere haar offerte werd gekozen voor de percelen 1 tot en met 8 van de opdracht.

Voor perceel 1 werden de volgende zeven aannemers gekozen:

- nv APK Infra
- bvba Cas-Vos
- Cofely Fabricom – GDF SUEZ
- bvba Rens
- bvba RDJ Drilling
- nv Van Den Berg
- de verzoekende partij.

3.2. De verwerende partij beslist volgens haar nota op 8 maart 2016 om in het kader van de gesloten raamovereenkomst een minicompetitie te organiseren voor perceel 1, namelijk voor het ontwerpen en uitvoeren van gestuurde boringen regio Oost. Meer specifiek betreft het voorwerp van de opdracht het ontwerpen van een boorprofiel en het uitvoeren van een gestuurde boring met een bundel van 3 x PEØ250 en 5 x PEØ200 in kruising met het Albertkanaal te Merksem.

Op deze opdracht zijn het bijzonder bestek “het ontwerpen van een boorprofiel en het uitvoeren van een gestuurde boring met een bundel 3 X PE Ø 250 en 5 X PE Ø 200 in kruising met het Albertkanaal”, het bijzonder administratief bestek “Projectgebonden werken (Onderhandelingsprocedure met bekendmaking). Dossiernr.: EAN12AW124 – Editie 04.2013” en het bijzonder administratief bestek “Afroep op raamcontract – Projectgebonden Werken. Dossiernr.: EAN12AW124 – Editie 09.2013” van toepassing.

Onder punt 4 ‘Uitvoeringstermijn’ van het eerstgenoemde bijzonder bestek werd de start van de werken op 9 mei 2016 en het einde van de werken op 24 juni 2016 vastgelegd.

Volgens de nota is de uiterste datum en uur voor het indienen van een offerte 5 april 2016 om 16.00 uur.

Er worden twee offertes ingediend, namelijk door de verzoekende partij en door de nv Fabricom.

3.3. Op 12 en 13 april 2016 worden technische vergaderingen georganiseerd waarop alle opdrachtnemers bij perceel 1 van de raamovereenkomst werden uitgenodigd en waarbij de scope van de opdracht werd besproken.

Op 14 april 2016 worden alle opdrachtnemers bij perceel 1 van de raamovereenkomst gevraagd om tegen 28 april 2016 om 16 uur een nieuwe offerte in te dienen.

Hierbij worden de oorspronkelijke opdrachtdocumenten opnieuw bezorgd. Deze documenten worden wel op een aantal punten gewijzigd: aldus wordt de startdatum van de werken behouden op 9 mei 2016, maar de einddatum van de werken wordt verschoven naar 8 juli 2016.

Er worden vervolgens drie offertes ingediend binnen deze tweede minicompetitie door drie opdrachtnemers bij perceel 1 van de raamovereenkomst: de verzoekende partij, de nv Van den Berg en de nv Cas-Vos.

3.4. Bij e-mailbericht van 14 april 2016 start de verwerende partij voor hetzelfde werk tevens een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Er worden immers vier ondernemingen gecontacteerd met de vraag om een beste offerte in te dienen voor het uitvoeren van een gestuurde boring met een bundel van 3 x PEØ250 en 5 x PEØ200 in kruising met Albertkanaal te Merksem: Hak, Van Vulpen, Fordibel en Dekabo.

Hun worden dezelfde opdrachtdocumenten bezorgd als bij de voormelde tweede minicompetitie.

Er worden twee offertes ingediend in het kader van deze onderhandelingsprocedure: door Hak en door Van Vulpen.

3.5. Op 23 mei 2016 beslist het managementcomité van de verwerende partij de opdracht aan de bv Van Vulpen te gunnen onder vermelding “Minicompetities: projectgebonden werken (662) (dossier EAN12AW124)”.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

Bij e-mailbericht van 25 mei 2016 wordt de bv Van Vulpen op de hoogte gebracht van de gunning. Aan de andere inschrijver wordt medegedeeld dat zijn offerte niet werd gekozen.

3.6. Vervolgens beslist het managementcomité van verwerende partij op 13 juni 2016 dat de minicompetitie wordt beëindigd en geëxpliciteerd dat de voormelde gunning aan bv Van Vulpen gebeurde op grond van de onderhandelingsprocedure: “de vergadering keurt de voorgelegde minicompetitiedossiers, incl. de niet-gunning van dossier ‘projectgebonden werken (662) (dossier EAN12AW124)’ en het OZB+-dossier goed”.

De voormelde beëindiging is de eerste bestreden beslissing.

3.7. Bij aangetekende brief van 30 mei 2016, blijkbaar pas op 29 juni 2016 aangetekend verzonden, deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee:

“In toepassing van de regelgeving betreffende de gunning en sluiting van overheidsopdrachten en onder meer in het bijzonder artikel 8 van de wet van 17.06.2013, delen wij u mee dat wij uw offerte niet hebben gekozen. De aanbestedende overheid heeft conform artikel 35 van de wet overheidsopdrachten beslist om de minicompetitie met referentie ‘662’ niet te gunnen om budgettaire redenen: immers werd voor de uitvoering van deze minicompetitie een raming voorzien die sterk afwijkt van de ingediende offertes waardoor de budgetvoorzieningen ruimschoots ontoereikend zijn. [...]”.

3.8. Op 30 juni 2016 richt verzoekende partij een schrijven aan de verwerende partij, waarin zij aangeeft te hebben vernomen dat het dossier buiten de minicompetitie wel degelijk werd gegund aan een aannemer die geen deel uitmaakt van de lijst van gekwalificeerde aannemers voor de projectgebonden werken.

Bij aangetekende brief van 6 juli 2016 antwoordt de verwerende partij hierop aan de verzoekende partij:

“Zoals u vernam in ons schrijven van 30/05/2016 is om budgettaire redenen beslist om project 662 niet te gunnen. Immers werd voor de uitvoering van deze minicompetitie een raming voorzien die sterk afwijkt van de ingediende offertes waardoor de budgetvoorzieningen ruimschoots ontoereikend zijn.
[...]”.

Hierbij wordt tevens verwezen naar de administratieve bepalingen in de bestekdocumenten die aangeven dat er in hoofde van de aanbestedende overheid geen verplichting bestaat om de opdracht te gunnen.

3.9. Op 11 augustus 2016 richten de raadsleden van de verzoekende partij een schrijven aan de verwerende partij waarbij gevraagd wordt om op de volgende vragen een antwoord te formuleren:

“(a) Werd de opdracht houdende een aanvang van werken, die het voorwerp heeft uitgemaakt van de beslissing tot stopzetting van de gunningsprocedure in toepassing van artikel 35 van de Wet van 15 juni 2006, zoals meegedeeld bij aangetekend schrijven d.d. 30 mei 2016 doch pas door Verbraeken ontvangen op 30 juni 2016, aan een andere aannemer gegund?
(b) Zo ja, aan welke aannemer werd de opdracht gegund en op basis van welke gunningsprocedure en aansluitende gunningsbeslissing werd tot de gunning van deze opdracht overgegaan?”

3.10. Bij aangetekende brief van 19 augustus 2016 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij het volgende mee:

“In zoverre onderstaande informatie een herhaling is van ons schrijven van 6 juli 2016 vatten wij bondig het verloop van dit dossier samen:

- In kader van minicompetitie 662 dient uw cliënte inderdaad een offerte in. De aanbestedende overheid beslist om over te gaan tot niet-gunning van deze minicompetitie op basis van art. 35 W.O.O. met als specifieke reden de afwijking tussen de ingediende offertes en de voorziene raming en het voorziene budget. We verwijzen hiervoor naar onze kennisgeving ‘niet-gunning’ alsmede naar ons schrijven van 6 juli aan uw cliënte waarbij de kennisgeving niet-gunning geldt als formele mededeling in toepassing van de wet van 17 juni 2013.

- Gezien geen enkele offerte uit bovenstaande voldeed aan de grenzen van de voorziene raming en bovendien de urgentie door het tijdsverlies van de minicompetitie zonder gunstig gevolg dermate is, beslist de aanbestedende overheid om op basis van art. 53 §2, c een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op te starten waarbij aan drie gekende partijen in de markt, allen niet-behorende tot de raamcontractanten in kader van dossier EAN12AW124, een prijs wordt gevraagd op basis van dezelfde voorwaarden uit het initiële lastenboek. Wij zenden u hierbij een afschrift van dit lastenboek dat werd uitgestuurd aan deze partijen. Uiteraard is hierbij de uitvoeringstermijn aangepast aangezien deze procedure op basis van art. 53 §2, c pas kon worden opgestart na evaluatie van de biedingen in kader van de initiële, niet-gegunde minicompetitie waaraan uw cliënte deelnam. Om redenen van interne transparantie werd het dossiernummer voor deze procedure behouden.

- Na evaluatie van de ingediende offertes beslist de aanbestedende overheid om een beslissing van gunning voor deze werken te bekrachtigen aan partij ‘Van Vulpen BV’ voor een totaalbedrag van € 364.900,00 exclusief btw. Dit totaalbedrag kon gegund worden gezien de voorziene raming en het voorzien budget niet werden overschreden.”

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De verwerende werpt twee excepties van onontvankelijkheid op.

5. Voor zover de vordering gericht is tegen de eerste bestreden beslissing voert de verwerende partij aan dat de vordering laattijdig is.

Uit de hiernavolgende bespreking van het eerste middel, het enige middel dat gericht is tegen deze beslissing, zal blijken dat dit middel niet ernstig wordt bevonden. Er dient dan ook geen uitspraak te worden gedaan over de

ontvankelijkheid van de vordering voor zover ze is gericht tegen de eerste bestreden beslissing.

6. Wat de vordering betreft voor zover ze is gericht tegen de tweede bestreden beslissing en de exceptie, waarin het vermeende gebrek aan samenhang tussen de beide vorderingen wordt opgeworpen, wordt deze exceptie niet aanvaard.

Daartoe volstaat de vaststelling dat de vorderingen dezelfde opdracht betreffen.

V. Schorsingsvoorwaarden

7.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

7.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van “artikel 18, eerste lid, van de wet van 24 december 1993”, van “de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen”, van “het gelijkheidsbeginsel, het mededingingsbeginsel, het transparantiebeginsel, de formele motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

In wat in het verzoekschrift als “toelichting” wordt aangemerkt betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij zich om de gunningsprocedure stop te zetten in de eerste bestreden beslissing beroept op “artikel 35 van de wet van 15 juni 2006” wegens budgettaire redenen: voor de uitvoering van deze minicompetitie werd in een raming voorzien die sterk afwijkt van de ingediende offertes, waardoor de budgetvoorzieningen ruimschoots ontoereikend zijn.

Uit de kennisgeving van 19 augustus 2016 zou volgens de verzoekende partij echter blijken dat het reële motief berust op het vermeend en niet gestaafd onaanvaardbaar karakter van de inschrijvingsprijzen en de afwijking

van de raming. Budgettaire redenen en een ontoereikend beschikbaar budget kunnen volgens de verzoekende partij niet worden gelijkgesteld met het niet-gestaafde motief van vermeende onaanvaardbare inschrijvingsprijzen.

Op geen enkele wijze wordt door de verwerende partij in haar besluitvorming toelichting verstrekt met betrekking tot de raming en de ontvangen inschrijvingsprijzen betreffende perceel 1. Noch het vermeend onaanvaardbaar karakter van de inschrijvingsprijzen, noch de beweerde substantiële afwijking van de raming wordt door de verwerende partij aangetoond of gestaafd. De verzoekende partij kan dan ook niet oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt.

De verzoekende partij is voorts van mening dat het zorgvuldigheidsbeginsel werd geschonden nu uit de bestreden beslissing niet blijkt hoe de verwerende partij het vermeend onaanvaardbaar karakter van de inschrijvingsprijs van de verzoekende partij heeft vastgesteld.

Beoordeling

9. De verwerende partij deelt bij aangetekende brief van 30 mei 2016 aan de verzoekende partij mee dat zij “conform artikel 35 van de wet overheidsopdrachten beslist [heeft] om de minicompetitie met referentie ‘662’ niet te gunnen om budgettaire redenen: immers werd voor de uitvoering van deze minicompetitie een raming voorzien die sterk afwijkt van de ingediende offertes waardoor de budgetvoorzieningen ruimschoots ontoereikend zijn.”

De verzoekende partij doet in haar verzoekschrift gelden dat uit de brief van 19 augustus 2016 blijkt dat de verwerende partij haar stopzettingsbeslissing niet langer motiveert vanuit een overschrijding van het voorziene budget.

Op het eerste gezicht herhaalt de verwerende partij nochtans ook in deze laatstgenoemde brief de reden voor de stopzetting die ze reeds aanhaalde in haar eerdere brieven van 30 mei 2016 en 6 juli 2016, namelijk de overschrijding van het voorziene budget. De verwerende partij stelt immers letterlijk in haar brief van 19 augustus 2016 dat dit schrijven een herhaling is van haar schrijven van 6 juli 2016, en dat de reden voor niet-gunning “de afwijking [is] tussen de ingediende offertes en de voorziene raming en het voorziene budget”. Het lijkt evident dat het door de verwerende partij voorziene budget voortvloeit uit een door de verwerende partij opgemaakte raming van de kostprijs van de betreffende opdracht.

Er valt dan ook op het eerste gezicht niet in te zien hoe de motivering, opgenomen in de brief van 19 augustus 2016, zou verschillen van de motivering die de verwerende partij reeds meedeelde in haar voorgaande brieven van 30 mei 2016 respectievelijk 6 juli 2016.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij betoogt wordt, zo lijkt, in voorgaande briefwisseling nergens door de verwerende partij vermeld dat “het onaanvaardbaar karakter van de inschrijvingsprijzen” het motief zou vormen voor de stopzetting van de gunningsprocedure.

Bijgevolg lijkt het uitgangspunt van de verzoekende partij, dat het motief voor de stopzetting van de gunningsprocedure “minicompetitie met referentie 662”, meegedeeld in de brieven van de verwerende partij van 30 mei 2016 en 6 juli 2016, verschilt van het motief meegedeeld in de brief van 19 augustus 2016 en dat de bewering dat het motief opgenomen in de brief van 19 augustus 2016 “het onaanvaardbaar karakter van de inschrijvingsprijzen” zou zijn, geen steun te vinden in het dossier. Het middel lijkt dus feitelijke grondslag te missen. Om die reden dient niet nader te worden ingegaan op de toepasselijkheid van de geschonden geachte wet van 24 december 1993 in huidig geding.

Het lijkt bijgevolg te mogen worden aangenomen dat het motief op grond waarvan de verwerende partij de beslissing nam de gunningsprocedure

“minicompetitie referentie 662” stop te zetten, de overschrijding van de raming met het bijhorend voorziene budget betreft. De verzoekende partij toont *prima facie* niet aan waarom de vermelding van dit motief in de brief van 30 mei 2016 haar niet in staat stelde terdege te oordelen of het zin had zich tegen de bestreden beslissing in rechte te verweren. De verzoekende partij toont niet aan dat het daartoe noodzakelijk was dat zij kennis zou hebben van de precieze mate waarin de offertes, waaronder haar eigen offerte, de raming overschreden. Aldus lijkt geen schending van de wet van 29 juli 1991 te worden aangetoond.

10. Daarnaast moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift niet uitdrukkelijk betwist dat de verwerende partij zich om de gunningsprocedure stop te zetten mocht beroepen op het gegeven dat de inschrijvingsprijzen significant hoger liggen dan de raming en dat er niet in voldoende budget werd voorzien.

In de mate dat de verzoekende partij ervan uitgaat dat de eerste bestreden beslissing steunt op het “onaanvaardbaar karakter van de inschrijvingsprijzen” om vervolgens daaruit een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, gelijkheidsbeginsel, mededingingsbeginsel en transparantiebeginsel af te leiden, lijken deze grieven eveneens feitelijke grondslag te ontberen.

11. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van “artikel 5 en 53, § 2, 1°, c) van de wet van 15 juni 2006”, van “de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991”, van “het gelijkheidsbeginsel, het

mededingingsbeginsel, het transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtsbeginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’.

De verzoekende partij betoogt daartoe onder meer dat de verwerende partij geen bewijs van spoed heeft aangetoond om een beroep te mogen doen op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op grond van “artikel 53, § 2, 1°, c) van de wet van 15 juni 2006”, aangezien de uitvoeringstermijn werd verlengd in de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking en er op heden niet is aangetoond dat de aannemingswerken intussen zijn aangevat.

De verzoekende partij doet ook gelden dat in de bestreden beslissing wordt aangevoerd dat de urgentie door het tijdsverlies van de minicompetitie zonder gunstig gevolg dermate is dat een beroep moet worden gedaan op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. De verzoekende partij wijst er op dat deze bewering geenszins wordt gestaafd.

De verzoekende partij betoogt vervolgens nog dat het motief dat hoogdringendheid voorlag wegens de uitvoeringstermijn niet kan worden bijgevalen aangezien aan de gekozen inschrijver in het kader van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking een langere uitvoeringstermijn werd toegekend.

Beoordeling

13. In de loop van 2013 gunde de verwerende partij reeds een raamovereenkomst voor de in het de in het geding zijnde werken waarvan perceel 1 het ontwerpen en het uitvoeren van gestuurde boringen regio Oost omvat. Dit perceel werd gegund aan zeven inschrijvers, waaronder de verzoekende partij.

Op 8 maart 2016 beslist de verwerende partij om in het kader van perceel 1 van deze raamovereenkomst een minicompetitie te organiseren voor

bepaalde werken. Twee offertes, waaronder die van de verzoekende partij, worden ingediend. Op 14 april 2016 worden opnieuw alle opdrachtnemers bij perceel 1 van de raamovereenkomst uitgenodigd om in een tweede mini-competitie een tweede offerte in te dienen tegen 28 april 2016. Drie kandidaten dienen een offerte in.

Gelijktijdig blijkt de verwerende partij echter een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking te hebben opgestart. Eveneens op 14 april 2016 immers zendt zij een e-mailbericht aan vier andere ondernemingen, waaronder de bv Van Vulpen, met mededeling van dezelfde gegevens die werden meegedeeld per e-mailbericht van 14 april 2016 aan onder meer de verzoekende partij, en met dezelfde vraag om een offerte in te dienen tegen 28 april 2016.

De bv Van Vulpen dient net als de verzoekende partij op 28 april 2016 een offerte in. Bij beslissing van het managementcomité van de verwerende partij wordt op 23 mei 2016 de gunning van de opdracht aan de bv Van Vulpen goedgekeurd. Dit wordt per e-mailbericht van 25 mei 2016 aan de gekozen inschrijver meegedeeld.

Vervolgens beslist het managementcomité van de verwerende partij op 13 juni 2016 om de nog lopende minicompetitie stop te zetten.

14. De verwerende partij geeft in haar aangetekend schrijven van 19 augustus 2016 gericht aan de verzoekende partij aan dat zij een beroep deed op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op grond van artikel “53, § 2, c”, allicht daarmee bedoelend het betrokken artikel van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ [hierna: de wet van 15 juni 2006].

Er ligt te dezen echter geen formele beslissing voor van de verwerende partij, waarin zij beslist die onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op te starten en waarin de motieven voor de keuze van deze

procedure worden uiteengezet. Het blijkt evenmin dat een onderzoek van het voldaan zijn aan één van de voorwaarden om met deze procedure een opdracht te gunnen, vooraf is gegaan aan het opstarten van de procedure.

Op grond van artikel 53, § 2, 1°, c), van de voormelde wet van 15 juni 2006 kan in de nutssectoren een opdracht voor werken bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking worden gegund, indien mogelijk na raadpleging van meerdere aannemers, voor zover zulks strikt noodzakelijk is, ingeval de termijnen voor de open of beperkte procedure of de onderhandelingsprocedure met bekendmaking wegens dwingende spoed, voortvloeiend uit onvoorzienbare gebeurtenissen voor de aanbestedende overheid, niet in acht genomen kunnen worden. De ter rechtvaardiging van de dwingende spoed ingeroepen omstandigheden mogen in geen geval aan de aanbestedende overheid of aan het overheidsbedrijf te wijten zijn.

Te dezen lijkt op het eerste gezicht te moeten worden vastgesteld dat de verwerende partij met betrekking tot dezelfde opdracht voor werken “het ontwerpen en uitvoeren van gestuurde boringen met een bundel van 3 x PEØ250 en 5 x PEØ200 in kruising met het Albertkanaal te Merksem”, onderworpen aan dezelfde opdrachtdocumenten, gelijktijdig twee verschillende gunningsprocedures voerde met verschillende inschrijvers. Nog vóór het nemen van een beslissing tot stopzetting van de minicompetitie en het meedelen van deze beslissing aan de inschrijvers, heeft zij gelijktijdig een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking opgestart met een aantal andere inschrijvers.

De verwerende partij lijkt, door op deze *prima facie* bevreemdende manier te werk te gaan, in elk geval niet aan te tonen dat voldaan is aan de voorwaarden om een beroep te kunnen doen op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking zoals bedoeld in het voormelde artikel 53, § 2, 1°, c), van de wet van 15 juni 2006.

Op het moment dat de verwerende partij tot de gunning van de opdracht aan de gekozen inschrijver met een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking beslist, was de gunningsprocedure voor de minicompetitie immers nog lopende. Aangezien er nog geen beslissing was genomen tot stopzetting van deze procedure en het dus nog niet vaststond dat de opdracht niet zou kunnen worden gegund binnen de procedure van de minicompetitie, valt niet in te zien waarom het om redenen van spoedeisendheid noodzakelijk was dat een beroep werd gedaan op een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking voordat de procedure van de minicompetitie formeel werd afgerond.

15. De verwerende partij legt in haar nota uit dat de reden voor spoedeisendheid zich situeert in het feit dat zo snel mogelijk met de werken van start te gaan:

“Immers heeft de nv De Scheepvaart in 2015 een opdracht uitgeschreven met als voorwerp het afbreken van de bestaande Azijnbrug over het Albertkanaal te Deurne en de bouw van een nieuwe stalen boogbrug. Met de bouwwerken van de brug zal begin 2017 gestart worden, terwijl de nutsleidingen in de loop van 2016 verplaatst dienen te worden (stuk 27). De kabels die verplaatst moeten worden, liggen in de brug. Met andere woorden, als de brug wordt afgebroken, verdwijnen de kabels en wordt het netwerk onderbroken.

Het is echter zo dat zowel Eandis alsook Water-Link een nieuwe boring onder het Albertkanaal plannen, terwijl het niet mogelijk is om de twee boringen gelijktijdig uit te voeren, nu er maar beperkte plaats beschikbaar is (stuk 27). Dit heeft tot gevolg dat indien eerst door de andere maatschappij een boring wordt uitgevoerd Eandis op een andere plaats zal moeten boren, met een substantiële meerkost tot gevolg. Hieruit vloeit dan ook de noodzaak voort om zo snel als mogelijk – lees: als eerste – met de boringen te kunnen starten. Bovendien wordt op deze wijze eveneens gegarandeerd dat de nutsleidingen tijdig verplaatst worden en er geen vertraging ontstaat voor de bouwwerken van de brug. Als de opdracht van NV De Scheepvaart uitgesteld moet worden omdat verwerende partij nog niet klaar zou zijn met het verplaatsen van de nutsleidingen, bestaat de kans dat verwerende partij de daaraan verbonden kosten voor haar rekening zal moeten nemen. De vereiste spoedeisendheid voor het opstarten van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking was dan ook wel degelijk voorhanden.”

Nog los van de vaststelling dat deze motieven na het nemen van de in het geding zijnde beslissing worden aangedragen, blijkt uit het stuk 27 dat er reeds op 15 februari 2016 een vergadering plaatsvond tussen de verwerende partij en de nv De Scheepvaart. Voor zover er in hoofde van de verwerende partij al een noodzaak zou hebben bestaan om als eerste de boring uit te voeren en dat deze binnen korte termijn diende te worden uitgevoerd, was de verwerende partij hiervan reeds blijkbaar op de hoogte voorafgaand aan het opstarten van de minicompetitie.

Voorts betoogt de verwerende partij op bladzijde 4 van haar nota dat “gelet op het gegeven dat de prijzen binnen de eerste minicompetitie ruimschoots boven de vooropgezette raming waren (en dus het risico [bestond] dat ook in het kader van de tweede minicompetitie te hoge prijzen zouden worden ontvangen), de aanbestedende overheid het ook aangewezen [acht] , omwille van het feit dat zo snel als mogelijk tot gunning moet worden overgegaan, om voor de beoogde opdracht ook andere markspelers te raadplegen binnen een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.”

Aangezien er reeds een gunningsprocedure lopende was waarbinnen de verwerende partij reeds offertes had ontvangen, lijkt de reden om de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op te starten dan ook niet louter te liggen in de spoedeisendheid om te gunnen en de werken aan te vatten, waaraan reeds kon worden tegemoet gekomen met de lopende gunningsprocedure, maar wel in het feit dat er binnen de lopende gunningsprocedure enkel offertes werden ontvangen die ruimschoots boven de raming lagen. De spoedeisendheid om te gunnen met een andere gunningsprocedure, voor zover dit al mocht om die reden, zou aldus slechts kunnen zijn ontstaan na het formeel beëindigen van de lopende gunningsprocedure, namelijk de minicompetitie.

In die zin vertoont het middel, waarin wordt aangevoerd dat geen blijk wordt gegeven van de vereiste hoogdringendheid om een beroep te doen

op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, het vereiste ernstig karakter.

16. Het tweede middel is in de besproken mate ernstig.

VII. Besluit en kosten

17. Het eerste middel is niet ernstig gebleken.

Het tweede middel is wel ernstig gebleken en verantwoordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de daarmee aangevochten bestreden beslissing. Aangezien het derde middel niet tot een ruimere schorsing aanleiding lijkt te kunnen geven, dient het niet nader te worden onderzocht.

Het is passend, gelet op de hierna bevolen schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing genomen door cvba Eandis System Operator op 23 mei 2016 en herhaald op 13 juni 2016 om de opdracht ontwerpen van een boorprofiel en uitvoeren van een gestuurde boring in kruising met het Albertkanaal te Merksem aan de nv Van Vulpen te gunnen (dossier EAN12AW124/662).

2. De vordering wordt voor het overige verworpen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 september 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest