

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 239.058 van 12 september 2017
in de zaak A. 222.926/XII-8424**

In zake: de BVBA RDR INFRA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Luc Deceuninck
kantoor houdend te 9120 Beveren - Waas
Kloosterstraat 87, bus 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsessesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV SOGA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kris Lemmens
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
De Burburestraat 6-8, bus 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 augustus 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e gunningsbeslissing d.d. 17/07/2017 waarbij de [...] Minister van mobiliteit, openbare werken, Vlaamse rand, toerisme en dierenwelzijn beslist om de gladheidbestrijding in district Antwerpen van de provincie Antwerpen te gunnen

aan NV SOGA, Aven Ackers 14, 9130 Beveren – Waas (Verrebroek) voor een bedrag van:

- € 792.674,00 EUR (excl. btw), zijnde 959.135,54 EUR (incl. btw) voor 1 kalenderjaar
- € 3.170.696,00 EUR (excl. btw), zijnde € 3.836.542,16 (incl. btw voor 4 kalenderjaren”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 30 augustus 2017 heeft de nv Soga gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 september 2017, om 14.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Luc Deceuninck, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Kris Lemmens, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 schrijft via het agentschap Wegen en Verkeer een overheidsopdracht uit voor diensten namelijk “Gladheidbestrijding in

district Antwerpen van de provincie Antwerpen”. De gekozen gunningswijze is de open offerteaanvraag.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 16 maart 2017 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 21 maart 2017.

3.2. Op 24 april 2017 worden de offertes geopend. Vier inschrijvers blijken een offerte te hebben ingediend: de nv ABOG, de bvba JAGO, de nv SOGA – de uiteindelijk gekozen inschrijver en de huidige tussenkomende partij – en de bvba RDR Infra – de huidige verzoekende partij.

3.3. Op 20 juni 2017 wordt een gunningsverslag opgesteld. De vier inschrijvers worden toegelaten tot de gunningsprocedure en geselecteerd. De vier offertes worden regelmatig bevonden. Vervolgens worden deze getoetst aan de hand van twee gunningscriteria, “Prijs (50 punten)” en “Plan van aanpak (50 punten)”. In de eindrangschikking van de offertes komt de offerte van de nv SOGA als eerste met een score van 92/100. De verzoekende partij is de laatst gerangschikte inschrijver: haar offerte krijgt een score van 41/100.

3.4. Op 17 juli 2017 hecht de bevoegde Vlaamse minister zijn goedkeuring aan het gunningsverslag en gunt hij de opdracht aan de nv SOGA voor een bedrag van 792.674 euro, btw niet inbegrepen, per kalenderjaar – of 3.170.696 euro, btw niet inbegrepen, voor vier kalenderjaren.

3.5. Met een e-mailbericht van 3 augustus 2017 geeft de verwerende partij de gemotiveerde gunningsbeslissing ter kennis aan de verzoekende partij. Op 4 augustus 2017 volgt een kennisgeving per aangetekende brief.

IV. Tussenkoms

4. De nv Soga blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. De verwerende partij werpt een exceptie *ratione temporis* op. Zij betoogt dat de kennisgeving van de bestreden beslissing is gebeurd met een e-mailbericht van 3 augustus 2017 en met een aangetekend schrijven van 4 augustus 2017. Overeenkomstig de volgens haar geldende regelgeving was de laatste datum om de vordering in te stellen 21 augustus 2017. De termijn neemt immers een aanvang de dag na de dag waarop de kennisgeving werd verricht. Het verzoekschrift dagtekent van 22 augustus 2017 en is dus niet tijdig.

6. De tussenkommende partij doet dezelfde exceptie *ratione temporis* gelden.

7. Ter terechtzitting verwijst de verzoekende partij als verweer op deze exceptie naar een arrest van de Raad van State met het nummer 235.411 van 12 juli 2016 en citeert daaruit passussen waarin de vaste rechtspraak lijkt te zijn verwoord betreffende het beperkt onderzoek dat de Raad van State in een procedure in kortgeding aan excepties kan wijden.

De verzoekende partij verwijst daarnaast naar een arrest met het nummer 219.957 van 26 juni 2012 en doet gelden dat de kennisgeving te dezen gebrekkig zou zijn wat de modaliteiten van de kortgedingprocedure betreft. Zij beroept zich daarbij op het decreet van 26 maart 2004 ‘betreffende de openbaarheid van bestuur’.

Ten slotte roept zij nog de schending in van het Verdrag van 4 november 1950 ‘tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden’ (hierna: EVRM).

Beoordeling

8. De Raad van State kan in een kort geding – en *a fortiori* in een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid – slechts een beperkt onderzoek wijden aan ontvankelijkheidsexcepties. Een verzoekende partij kan er zich immers minder behoorlijk tegen in bescherming nemen dan in de procedure ten gronde.

Daarom past het in een kort geding dat de Raad van State deze excepties eerder zou verwerpen dan aannemen tenzij indien een beperkt onderzoek uitwijst dat een dergelijke exceptie een hoge graad van ernst vertoont.

9. Ter terechtzitting ontstaat er tussen de partijen discussie over de vraag of de wijzigingen aan de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ aangebracht door de wet van 16 februari 2017 ‘tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 [...]’ op de huidige procedure reeds van toepassing zijn.

De inwerkingtreding van de wijzigingswet van 16 februari 2017 wordt door artikel 48 van het koninklijk besluit van 22 juni 2017 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet van 16 februari 2017 tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 [...]’ zonder meer bepaald op 30 juni 2017.

Aldus lijkt te dezen wel degelijk rekening te moeten worden gehouden met de voormelde wet van 17 juni 2013 in haar gewijzigde vorm, ook al werd de opdracht vóór 30 juni 2017 bekendgemaakt. Er werd immers niet voorzien in een specifieke overgangsregeling die rekening zou houden met de bekendmaking van de opdracht.

De verwerende partij lijkt dit standpunt in haar nota en ter terechtzitting niet te delen maar in haar kennisgevingsbrief verwijst zij daarentegen wel reeds naar de wet van 17 juni 2013 met haar nieuw opschrift, vastgesteld door de voornoemde wet van 16 februari 2017, als ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: de wet van 17 juni 2013).

10. Luidens artikel 23, §§ 1 en 3, van de wet van 17 juni 2013 dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State “op straffe van niet-ontvankelijkheid” te worden ingediend binnen een termijn van vijftien dagen “vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling, al naargelang”.

Te dezen vereist artikel 8, § 1, van de wet van 17 juni 2013, dat de aanbestedende instantie onmiddellijk na het nemen van de gemotiveerde gunningsbeslissing daarvan kennisgeving doet aan elke inschrijver van wie de offerte niet is gekozen. Gelet op de verplichte kennisgeving van de bestreden beslissing, dient de in artikel 23, §§ 1 en 3, van de wet van 17 juni 2013, bepaalde beroepstermijn te worden geacht in te gaan met de kennisgeving daarvan aan de verzoekende partij.

Krachtens artikel 68 van de wet van 17 juni 2013 gebeurt de berekening van de in deze wet bepaalde termijnen “overeenkomstig 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 recht van de Europese Unie”. Artikel 3, eerste lid, van deze verordening bepaalt dat “[w]anneer een in dagen [...] omschreven termijn ingaat op het ogenblik waarop een gebeurtenis of handeling plaatsvindt, [...] de dag waarop deze gebeurtenis of handeling plaatsvindt, niet bij de termijn [wordt] inbegrepen”.

Artikel 9/1, § 1, van de wet van 17 juni 2013 verplicht de aanbestedende instantie ertoe om onmiddellijk de in artikel 8 van die wet bedoelde mededeling te doen “per fax, per e-mail of via de elektronische platformen [...] en, dezelfde dag, per aangetekende zending”.

Zowel uit het administratief dossier als uit het eigen stukkenbundel van de verzoekende partij blijkt dat te dezen de kennisgeving per aangetekende zending niet op dezelfde dag als de mededeling per e-mailbericht is gebeurd, maar één dag later. Aldus dient krachtens artikel 23, § 1, tweede lid, van de wet van 17 juni 2013 deze datum, de laatste van beide data, te worden gehanteerd als uitgangspunt voor de berekening van de termijn.

Het inleidend verzoekschrift blijkt te zijn verzonden bij aangetekende brief ter post afgegeven op 22 augustus 2017.

11. Op grond van het voorgaande dient te worden besloten dat de termijn om tegen de thans bestreden beslissing een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State in te stellen aanving de dag na de dag waarop de laatste kennisgeving werd verricht.

Aangezien de aangetekende brief met de kennisgeving werd verstuurd op 4 augustus 2017 was de laatste dag om de vordering in te stellen normalerwijze zaterdag 19 augustus 2017.

De voornoemde verordening nr. 1182/71 bepaalt echter in dit verband in haar artikel 3, vierde lid, dat “[i]ndien de laatste dag van een anders dan in uren omschreven termijn een feestdag, een zondag of een zaterdag is, [...] deze termijn af[loopt] bij het einde van het laatste uur van de daaropvolgende werkdag”. Te dezen eindigde de termijn om een vordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te stellen bijgevolg op maandag 21 augustus 2017.

Het verzoekschrift werd, zoals reeds opgemerkt, pas ingediend op 22 augustus 2017. Er dient dan ook te worden vastgesteld dat de voorliggende vordering niet tijdig werd ingesteld.

12. De verwijzing ter terechtzitting van de verzoekende partij naar arrest nr. 219.957 van 26 juni 2012 lijkt niet dienstig. Dit arrest betreft een onderwijstuchtzaak en het niet-vermelden van de beroepsmogelijkheid bij een kamer van beroep voor het gesubsidieerd officieel onderwijs.

Op zicht van de hier in het geding zijnde kennisgeving lijkt de daarin meegedeelde informatie ook te volstaan in het licht van de vereisten van het voormelde decreet ‘betreffende de openbaarheid van bestuur’, in zoverre dat decreet te dezen al van toepassing zou zijn. De kennisgeving lijkt in overeenstemming met artikel 35 van dat decreet wel degelijk de vermelding te bevatten van “de beroepsmogelijkheden en de modaliteiten van het beroep”. Er wordt immers verwezen naar de wachttermijn van 15 kalenderdagen, het ogenblik

waarop deze termijn ingaat, en vervolgens meegedeeld dat de verzoekende partij “over de mogelijkheid [beschikt] om binnen deze termijn een vordering tot schorsing in te stellen bij de Raad van State, zoals bedoeld in artikel 15 van de bovenvermelde Wet”.

Het betoog van de verzoekende partij ter terechtzitting, gesteund op de bepalingen van het EVRM, is evenmin dienstig. Dat betoog gaat er immers van uit dat de termijn ingekort zou zijn geworden, terwijl niet blijkt dat dit te dezen het geval zou zijn geweest. Zoals de tussenkomende partij ter terechtzitting doet gelden en zoals ook reeds werd vastgesteld, is de beroepstermijn te dezen zelfs met twee kalenderdagen verlengd, nu hij verstreek op een zaterdag.

13. De door de verwerende partij en de tussenkomende partij opgeworpen exceptie *ratione temporis* blijkt aldus de in het kader van een kortgeding bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereiste hoge graad van ernst te vertonen zodat deze exceptie wordt aanvaard.

VI. Besluit en kosten

14. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid is niet ontvankelijk.

15. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

16. Het verzoek van de tussenkomende partij om “de kosten” ten laste te leggen van de verzoekende partij wordt niet ingewilligd. Een tussenkomende partij dient in beginsel zelf de kosten van haar tussenkomst te dragen. Wat het rolrecht betreft, maakt zij minstens niet aannemelijk waarom dat te

dezen uitzonderlijk anders zou dienen te zijn. Voorts heeft de wetgever in artikel 30/1, §2, laatste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State de tussenkomende partijen uitdrukkelijk uitgesloten van het verkrijgen van een rechtsplegingsvergoeding.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Soga tot tussenkomst 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 een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 september 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest