

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 247.105 van 20 februari 2020
in de zaak A. 230.099/XII-8865**

In zake: de NV ENBRO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stefaan Sonck
kantoor houdend te 9030 Mariakerke
Durmstraat 29
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de DIENSTVERLENENDE VERENIGING HAVILAND
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Johan Geerts
kantoor houdend te 2140 Antwerpen
Lodewijk van Berckenlaan 190/6
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 30 januari 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van ongekende datum, van [...] Haviland Intercommunale IGSV Provincie Vlaams-Brabant, houdende vaststelling van het ‘bestek voor de overheidsopdracht voor leveringen, met als voorwerp ‘het plaatsen en onderhouden van zonnepanelen en leveren van energie met burgerparticipatie’ [...]”, gepubliceerd in het TED van 27 december 2019 [...], met een correctie op 10 januari 2020”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 februari 2020, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stefaan Sonck, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Johan Geerts, 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 beslist tot het opstarten van een procedure tot gunning van een overheidsopdracht voor leveringen met als voorwerp “het plaatsen en onderhouden van zonnepanelen en leveren van energie met burgerparticipatie”. Het betreft een openbare procedure.

3.2. Op 16 december 2019 stelt de raad van bestuur van de verwerende partij het bestek vast. Hierbij wordt bepaald dat als minimumeis inzake technische beroepsbekwaamheid in het kader van de selectiecriteria de kandidaat-leverancier minstens twee referenties met betrekking tot het voorwerp van de opdracht dient voor te leggen.

3.3. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 december 2019 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 27 december 2019 waarbij de selectiecriteria worden vermeld. Hierna volgt nog een rectificatie, bekendgemaakt op 7 januari 2020, die echter niet de selectiecriteria betreft.

De uiterste indieningsdatum voor de offertes is 27 januari 2020.

3.4. Op 26 december 2019 stuurt de verzoekende partij een e-mailbericht naar de verwerende partij waarin zij een aantal vragen stelt over het bestek.

3.5. De opening van de offertes grijpt plaats op 28 januari 2020. Er zijn twee offertes ingediend, echter niet door de verzoekende partij.

3.6. Op 30 januari 2020 dient de verzoekende partij haar vordering in.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4.1. Ter terechtzitting legt de verzoekende partij haar statuten neer.

4.2. De verwerende partij merkt in haar nota op dat bij het verzoekschrift de statuten van de verzoekende partij niet zijn gevoegd en vraagt dat met toepassing van artikel 3bis van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ (hierna: het APR) de vordering geacht wordt niet te zijn ingediend. Zij verzet zich ter terechtzitting tegen de neerlegging van de kwestieuze statuten.

Beoordeling

4.3. Het artikel 3bis van het APR lijkt in het koninklijk besluit van 5 december 191 ‘tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State’ niet van toepassing te zijn verklaard voor de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. In elk geval lijkt het de verzoekende partij in de huidige procedure toegelaten haar gepubliceerde statuten tot sluiting van het debat neer te leggen.

V. Ontvankelijkheid van de vordering – exceptie van niet-tijdigheid

Standpunt van de partijen

5.1. De verzoekende partij merkt op dat het bestek werd “gepubliceerd in het TED van de Europese Unie” van 27 december 2019 met een correctie op 10 januari 2020 en dat zij op 11 januari 2020 kennis heeft genomen van dit bestek.

De verzoekende partij voert aan dat zij geen offerte mocht indienen omdat zij slechts één referentie had die zij bij een eventuele offerte kon voegen, terwijl het bestek twee referenties vereist. In haar enig middel richt de verzoekende partij haar kritiek enkel op de besteksvereiste van de twee referenties; zij meent dat deze vereiste disproportioneel is en de concurrentie onrechtmatig beperkt.

5.2. De verwerende partij werpt in haar nota een exceptie van niet-tijdigheid op. Zij wijst erop dat de opdracht werd bekendgemaakt op 23 december 2019 en dat de verzoekende partij conform artikel 23 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: de rechtsbeschermingswet) over een termijn van vijftien dagen vanaf de bekendmaking beschikt om een vordering tot schorsing in te dienen en dit op straffe van onontvankelijkheid. Aangezien de vordering is ingesteld op 30 januari 2020 is ze dan ook niet-tijdig. Dit geldt ook in het geval de verzoekende partij zoals zij beweert slechts op 11 januari 2020 kennis zou hebben genomen van het bestek.

Voorts wijst de verwerende partij erop dat de verzoekende partij op 26 december 2019 naar haar een e-mailbericht heeft verstuurd met betrekking tot het bestek en dat het bestek weliswaar werd gewijzigd doch dat de selectie-eisen onveranderd zijn gebleven. “De feitelijke kennisname van het bestreden bestek (met name de ‘bestreden’ selectiecriteria) dateert dus van ten laatste 26 december 2019. Het beroep is dus laattijdig”.

Beoordeling

6. Te dezen vordert de verzoekende partij de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing houdende de vaststelling van het bestek op grond van een vermeende onwettigheid van een in het bestek opgenomen selectie criterium. Dit criterium is volgens de verzoekende partij ook de reden dat zij “geen offerte kon indienen omdat zij geen twee maar slechts één referentie opdracht kan bijvoegen”. Ook in haar enig middel viseert zij slechts dit criterium. Het betreft de volgende bepaling uit het bestek onder de rubriek “I.5 Uitsluitingsgronden en kwalitatieve selectie”, meer bepaald “Technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver (selectiecriteria)”, “Minimumeisen inzake beroepsbekwaamheid”:

“De kandidaat-leverancier legt minstens twee referenties voor m.b.t. voorwerp van onderhavige opdracht. Deze referenties omvatten minimaal: naam en contactinformatie van de opdrachtgevende partij, omschrijving van de opdracht, looptermijn van de overeenkomst, omzetbedrag van de referentie-opdracht met vermelding ingevuld percentage burgerparticipatie volgens de ICA-principes.”

7. Overeenkomstig artikel 23, §§ 1 en 3, van de rechtsbeschermingswet dient de in artikel 15 van die wet bedoelde vordering tot schorsing uitsluitend te worden ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid “op straffe van niet-ontvankelijkheid” binnen een termijn van vijftien dagen “vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling, al naargelang”.

8. In haar nota vermeldt de verwerende partij dat haar raad van bestuur het bestek op 16 december 2019 heeft vastgelegd. Op 23 december 2019 werd de opdracht aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 27 december 2019 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie. In deze aankondigingen wordt de kwestieuze selectievereiste integraal weergegeven. De verzoekende partij betwist voorts niet dat zij op 26 december 2019 een e-mailbericht met vragen omtrent het bestek stuurde aan de verwerende partij; zij mag dan ook worden geacht in elk geval op die datum effectief kennis te hebben genomen van de vermeend onwettige besteksbepaling. Weliswaar werd op

7 januari 2020 in het Bulletin der Aanbestedingen en op 10 januari 2020 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie een bericht bekendgemaakt met aanvullende inlichtingen omtrent de opdracht doch dit betrof geenszins het kwestieuze selectiecriterium. Ten slotte vermeldt de verzoekende partij zelf dat zij op 11 januari 2020 kennis heeft genomen van het bestek.

In die omstandigheden is de vordering die pas werd ingediend op 30 januari 2020, in elk geval ingediend buiten de termijn van 15 dagen – welk startpunt van de termijn ook wordt gehanteerd – en bijgevolg niet tijdig en onontvankelijk.

9.1. Ter terechtzitting geeft de verzoekende partij toe dat zij haar vordering inderdaad buiten de in de rechtsbeschermingswet voorgeschreven termijn heeft ingediend. Zij meent echter dat haar vordering alsdan dient te worden behandeld volgens de “gewone” procedure van uiterst dringende noodzakelijkheid.

9.2. De verzoekende partij kan niet worden bijgevalen. De rechtsbeschermingswet voorziet slechts in één enkele wijze om de Raad van State te vatten, namelijk met een verzoekschrift binnen de termijn van 15 dagen. Het niet in acht nemen van deze termijn opent geen mogelijkheid om de ingediende vordering te aanzien als een schorsing ingediend met toepassing van artikel 17, § 4, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973 aangezien de rechtsbeschermingswet als *lex specialis* lijkt te primeren boven de voormelde wetten op de Raad van State.

10. De vordering tot schorsing is onontvankelijk.

VI. Kosten

11. Het is passend, gelet op het enig verzoekschrift en het aldus nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten met inbegrip van de gevorderde rechtsplegingsvergoeding, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van twintig februari tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,
bijgestaan door

Silja Doms,

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra