

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 100.085 van 23 oktober 2001
in de zaak A. 107.384/XII-3202.**

In zake : 1. de NV ANTWERP DREDGING,
 2. de NV BAECK & JANSEN,
 3. de NV BAECK MARINE ACTIVITIES,
 4. de NV REDERIJ ANTVERPIA-DEN HERTOOG,
 “samen dewelke de Tijdelijke Vereniging ‘ZUIDER
 SCHELDEVEREN’ vormen”,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaat L. VAN HOUT,
 kantoor houdende te ANTWERPEN,
 Sint-Michielskaai 7

tegen :

het Vlaamse Gewest,
dat woonplaats kiest bij
advocaat K. RONSE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Louizalaan 523.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de de NV ANTWERP DREDGING, de NV BAECK & JANSEN, de NV BAECK MARINE ACTIVITIES en de NV REDERIJ ANTVERPIA-DEN HERTOOG, samen vormend de “Tijdelijke Vereniging ‘ZUIDER SCHELDEVEREN’”, op 13 juli 2001 hebben ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van " het besluit van de verwerende partij d.d. 9.05.2001 - medegedeeld bij brief d.d. 16 mei 2001 -waarbij enerzijds werd beslist '(...) geen gevolg te geven aan de openbare aanbesteding van 18.01.2001 voor de exploitatie van de openbare veren Kruibeke-Hoboken en Bazel-Hemiksem en over te gaan tot een exploitatie van deze veerdiensten in eigen beheer door de afdeling Vloot (...)’ en waarbij anderzijds impliciet werd beslist de kwestieuze overheidsopdracht niet toe te wijzen aan verzoekende partijen”;

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partijen de vernietiging vorderen van dezelfde beslissing;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door eerste auditeur J. STEVENS;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 13 september 2001 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 25 september 2001 ;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. VERBIEST;

Gehoord de opmerkingen van advocaat L. VAN HOUT, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en van advocaat K. RONSE, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. STEVENS;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de feiten dienstig voor de beoordeling van de vordering tot schorsing de volgende zijn :

1. Op 15 december 2000 beslist de Vlaamse regering een openbare aanbesteding uit te schrijven voor de exploitatie van de openbare veren tussen Hoboken-Kruikeke en Hemiksem-Bazel : de overeenkomst zou ingaan op 1 februari 2001, voor een tot vijf jaar verlengbare termijn van één jaar.

2. De raming van de opdracht bedraagt, BTW inbegrepen, 131.302.574 frank per jaar of 656.512.870 frank voor vijf jaar.

3. De opening van de offertes vindt plaats op 18 januari 2001. Vier offertes blijken ingediend, waaronder deze van de verzoekende partijen met 63.332.880 frank als laagste en de NV FLANDRIA INTERNATIONAL met 68.730.400 frank als tweede laagste.

4. Volgens het verslag van de scheepvaartinspecteur blijkt uit de lijst van personeel van de verzoekende partijen en het voorstel om met vier ploegen te werken dat aldus de bemanningen (zestien personeelsleden) niet volledig in orde zijn met de in het bestek gevraagde getuigschriften A en C : hij besluit dat de offerte van de verzoekende partijen niet voldoet aan de selectiecriteria en stelt voor de opdracht toe te wijzen aan NV FLANDRIA INTERNATIONAL.

5. In een nota van 9 april 2001 van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, afdeling Beleid Havens, Waterwegen en Zeewezen aan de bevoegde minister wordt het resultaat van een kostenraming voor het uitvoeren van de veerdienst in eigen beheer door de afdeling Vloot weergegeven : de werkelijke uitgaven die daaruit voortvloeien worden begroot op 11 miljoen frank zodat een dergelijke exploitatie budgettair in vergelijking met het bedrag van de hoogste regelmatige offerte, het voordeligst is. Voorts wordt medegedeeld dat zich sedert het uitschrijven van de aanbesteding een nieuw feit heeft voorgedaan door het vrijkomen vóór 1 mei 2001 van negen varende personeelsleden van de afdeling Vloot die tot dan contractueel bij de scheepvaartpolitie waren ingeschakeld : hierdoor zal de afdeling Vloot over het vereiste aantal personeelsleden beschikken alsmede over twee volwaardige veerboten. Voorgesteld wordt de exploitatie van de veren vanaf 1 mei 2001 te laten uitvoeren door de afdeling Vloot, wat zou inhouden dat geen gevolg wordt gegeven aan de openbare aanbesteding die op de veerexploitatie betrekking heeft.

6. De inspectie van Financiën geeft bij dit voorstel gunstig advies, met deze nuance dat de budgettaire impact op 14 miljoen frank wordt bepaald.

7. Op 9 mei 2001 volgt dan de bestreden beslissing van de bevoegde minister die onder meer luidt als volgt :

"Gelet op het feit dat de administratie Waterwegen en Zeewezen een onderzoek instelde naar de mogelijkheden om de veerdienst in eigen beheer te laten exploiteren door de afdeling Vloot;

Gelet op het feit dat het onderzoek uitwees dat het bedrag van de bijkomende prestaties en extrakosten ten gevolge van de veerexploitatie in eigen beheer t.o.v. de kosten die de afdeling Vloot reeds moet dragen bij een uitbesteding van de veerdienst begroot worden op 11 miljoen frank;

Gelet op het feit dat na het uitschrijven van de aanbesteding is gebleken dat een aantal varende personeelsleden van de afdeling Vloot zullen kunnen ontheven worden van opdrachten voor de scheepvaartpolitie, zodat zij voor een veerexploitatie in eigen beheer kunnen worden ingeschakeld;

Gelet op het feit dat de afdeling Vloot over twee volwaardige veerboten beschikt;

Gelet op het feit dat kan besloten worden dat de afdeling Vloot zowel logistiek als personeelsmatig de exploitatie van de zuiderveren in eigen beheer kan verzekeren, terwijl bovendien een exploitatie in eigen beheer budgettair voordeliger is;

Gelet op het feit dat een veerexploitatie in eigen beheer past in de principes van behoorlijk bestuur en zuinigheid, die de overheid te allen tijde dient na te komen;

Gelet op artikel 18 van de wet van 24.12.1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken leveringen en diensten;

heb ik beslist geen gevolg te geven aan de openbare aanbesteding van 18.01.2001 voor de exploitatie van de openbare veren Kruibeke-Hoboken en Bazel-Hemiksem en over te gaan tot een exploitatie van de veerdiensten in eigen beheer door de afdeling Vloot";

2. Over de exceptie.

Overwegende dat de verwerende partij in een exceptie de verzoekende partijen het belang bij de vordering ontzegt; dat er vooralsnog geen noodzaak bestaat om over de aangevoerde exceptie uitspraak te doen; dat een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie slechts noodzakelijk zou zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is;

3. Over de grondvoorwaarden tot schorsing.

3.1. Overwegende dat krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

3.2.1. Overwegende, wat de eerste voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij haar eerste middel als volgt verwoordt :

“Het middel is -met schending van artikel 18 van de Wet d.d. 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, met miskenning van het Bijzonder Bestek nr. 16EI/00/49, met schending van artikel 3 van de wet d.d. 29 juli 1991 betreffende uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen en meer bepaald het niet-afdoende en niet-rechtsgeldige karakter van de motieven en uit de schending van het vertrouwensbeginsel, afgeleid uit

de miskennis en/of schending van artikel 15 van de Wet d.d. 24 december 1993.

Doordat de verwerende partij, die een openbare aanbesteding heeft uitgeschreven, die er middels het Bijzonder Bestek de inschrijvers ertoe verplicht heeft zich te verbinden operationeel te zijn per 1 februari 2001, die op 18 februari 2001 is overgegaan tot de opening der inschrijvingen, die op 17 april 2001 de inschrijvers en inzonderheid verzoekende partijen nog steeds in de waan heeft gelaten dat de kwestieuze overheidsopdracht zou worden toegewezen, plots op 27 april 2001 meedeelde en op 9 mei 2001 besliste geen gevolg te geven aan de kwestieuze openbare aanbesteding en besliste over te gaan tot een exploitatie in eigen beheer op grond van de determinerende doch niet-afdoende en niet rechtsgeldige overwegingen dat '(...) de afdeling Vloot zowel logistiek als personeelsmatig de exploitatie van de zuiderveren in eigen beheer kan verzekeren, terwijl bovendien een exploitatie in eigen beheer budgettair voordelig is (...)’ en dat '(...) een veerexploitatie in eigen beheer past in de principes van behoorlijk bestuur en zuinigheid, die de overheid te allen tijde dient na te komen (...)’ alhoewel de ingeroepen motieven geen steun vinden in feiten of gegevens die zich hebben voorgedaan na het uitschrijven van de kwestieuze aanbesteding en doordat de verwerende partij dienvolgens besliste de kwestieuze overheidsopdracht niet toe te wijzen aan de laagste regelmatige inschrijver, zijnde verzoekende partijen”;

dat de verzoekende partijen daarbij nog nader betogen dat de twee determinerende motieven van de bestreden beslissing door geen enkel concreet gegeven worden geschraagd, dat die motieven geen nieuwe gegevens uitmaken die zich zouden hebben voorgedaan tussen het ogenblik van het uitschrijven van de aanbesteding en het tijdstip van de aangevochten beslissing en ten slotte dat wat betreft het tweede motief, de voordeliger exploitatie in eigen beheer, in een ander dossier dat onder nr. G/A 46.035 hangende is voor de Raad van State en betrekking heeft op dezelfde in het geding zijnde veerdiensten, het tegenovergestelde blijkt;

3.2.2. Overwegende dat de verzoekende partijen hun enig middel op complexe wijze hebben opgebouwd : dat er in hoofdzaak wordt in gesteld dat het "afgeleid is uit miskennis en/of schending van artikel 15 van de wet van 24 december 1993"; dat dit artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten echter niet van toepassing lijkt in de voorliggende zaak, nu het bepaalt dat "indien de bevoegde overheid beslist de opdracht toe te wijzen" deze bij openbare aanbesteding dient te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende, maar te dezen de opdracht juist niet wordt toegewezen; dat bovendien de verzoekende partijen er zonder meer van lijken uit te gaan dat zij de laagste regelmatige inschrijver zijn, terwijl uit het dossier blijkt dat zij volgens de scheepvaartinspecteur niet eens voldoen aan de selectiecriteria en dus volgens hem zelfs geen regelmatige inschrijver

zouden zijn; dat bijgevolg wat de vermeende schending van het voormelde artikel 15 betreft, het middel niet ernstig is;

Overwegende dat voorts , blijkbaar zijdelings of ondergeschikt, in het middel nog melding wordt gemaakt van schendingen van artikel 18 van de voormelde wet van 24 december 1993, van het bijzonder bestek , van hetgeen het vertrouwensbeginsel wordt genoemd en van artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, omdat de motieven “niet afdoende” en “niet rechtsgeldig” zouden zijn, en meer bepaald geen "nieuwe gegevens" uitmaakten die zich zouden hebben voorgedaan tussen het ogenblik van het uitschrijven van de aanbesteding en de aangevochten beslissing;

Overwegende, wat artikel 18 van de voormelde wet betreft, dat luidens dit artikel het volgen van de procedure van aanbesteding geen verplichting inhoudt tot het toewijzen van de opdracht en de aanbestedende overheid zowel kan afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze; dat te dezen de verwerende partij gebruik heeft gemaakt van die haar door deze wetsbepaling toegekende beoordelingsvrijheid; dat zij daarbij haar beslissing, om geen gevolg te geven aan de aanbesteding en de opdracht dus niet toe te wijzen en om de exploitatie van de betrokken veerdiensten in eigen beheer te nemen, uitdrukkelijk heeft gemotiveerd;

Overwegende dat bij beide motieven door de verzoekende partijen echter wordt gesteld dat deze niet door concrete gegevens worden gestaafd; dat het eerste motief bestaat in het voordeliger karakter van een exploitatie in eigen beheer wat meteen de zuinigheidsverplichting zou dienen die op de overheid rust; dat de verzoekende partijen de feitelijke juistheid van dat motief pogen te ontcrachten maar daarbij enkel verwijzen naar standpunten van het bestuur van jaren terug; dat daartegenover de recente stukken staan van het bestuur zoals de voormelde nota van 9 april 2001 van de afdeling Beleid, Waterwegen en Zeewezen, en het gunstig advies van de inspectie van Financiën; dat in de huidige stand van de procedure de verzoekende partijen aldus niet aantonen dat het voornoemde motief feitelijk onjuist zou zijn; dat bij de beschikbaarheid van personeelsleden en veerboten, als tweede motief, door de verzoekende partijen enkel wordt geaffirmeerd dat dit niet door concrete gegevens worden geschraagd; dat echter, zeker zoals te dezen in kort geding en zonder dat de verzoekende partijen zelf concrete gegevens aanbrengen die hun stelling zouden aantonen, de

vaststellingen van de bestuurlijke diensten van de verwerende partijen door de Raad van State niet als twijfelachtig kunnen worden aangemerkt; dat ten slotte geen rechtsregel lijkt voor te schrijven dat, wanneer een beslissing met toepassing van het voormelde artikel 18 wordt genomen, de motieven van die beslissing "nieuw" zouden moeten zijn want ontstaan nadat de betrokken aanbesteding zou zijn uitgeschreven; dat aldus enige schending van artikel 18 niet voorhanden lijkt en de motieven van de bestreden beslissing evenmin een "niet-afdoende en niet-rechtsgeldig karakter" lijken te kunnen worden toegeschreven;

Overwegende dat, aangezien de verzoekende partijen in staat waren kritiek te leveren op die motieven, zij deze kenden; dat er aldus van een eventuele miskenning van de formele motiveringsverplichting, voorgeschreven door de wet van 29 juli 1991 geen sprake lijkt te kunnen zijn; dat voorts niet wordt aangetoond hoe het vertrouwensbeginsel zou kunnen worden geschonden, nu, in het algemeen, niet eens is aangetoond dat het voormelde artikel 18 is geschonden, dat wettelijk reeds voorziet in een teleurstellen van de verwachtingen van de inschrijvers, en meer in het bijzonder, wat de verzoekende partijen betreft, nu zij in een bestuurlijke nota zelfs als onregelmatige inschrijver werden aangemerkt; dat ten slotte in de huidige stand van de procedure niet wordt ingezien hoe een beslissing om af te zien van een toewijzing zou kunnen zijn gevitieerd door enige bepaling van het toepasselijke bestek; dat het middel in geen van zijn onderdelen ernstig is;

3.3. Overwegende dat aan de eerste door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarde niet is voldaan; dat die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 2.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
drieëntwintig oktober 2001, door :

de H.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.