

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 182.119 van 17 april 2008
in de zaken A. 77.769/XII-1100.
A. 78.327/XII-1300.**

In zake : de NV ANTWERP DREDGING,
die woonplaats kiest bij
advocaat L. Van Hout,
kantoor houdende te Berlaar,
Markt 78

tegen :

de NV ZEEKANAAL EN WATERGEBONDEN
GRONDBEHEER VLAANDEREN,
die woonplaats kiest bij
advocaten H. Sebreghts en D. Erreygers,
kantoor houdende te Antwerpen,
Mechelsesteenweg 27.

tussenkomen de partij :

1. de NV P. ROEGIERS en C/,
2. de NV GHENT DREDGING,
samen vormend :
de TV Roegiers-Ghent Dredging,
die woonplaats kiezen bij
advocaat P. Flamey,
kantoor houdende te Antwerpen,
Jan Van Rijswijcklaan 16.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Antwerp Dredging op 6 maart 1998 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de (gunnings-)beslissing van onbekende datum van verwerende partij en meer bepaald wat betreft de beslissing om een onderdeel ‘slibslepen’, d.w.z. onderhoudsbaggerwerken, te integreren in de gunningsprocedure voor diensten op basis van het bestek 818 met betrekking tot sleep- en meerverrichtingen op het Kanaal Brussel-Schelde door middel van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking en voorafgaande selectie van de kandidaten” (zaak A. 77.769);

Gezien het verzoekschrift dat de NV Antwerp Dredging op 20 april 1998 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de

gunningsbeslissing d.d. 11 februari 1998 betreffende onderhoudsbaggerwerken of ‘slibslepen’, beslissing die ten onrechte werd genomen in het kader van een gunningsprocedure voor diensten op basis van het bestek nr. 818 en met betrekking tot sleep- en meerverrichtingen op het kanaal Brussel-Schelde door middel van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking en voorafgaande selectie van de kandidaten, aan de Tijdelijke Vereniging Roegiers & Ghent Dredging” (zaak A. 78.327);

Gelet op het arrest nr. 74.400 van 23 juni 1998 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing wordt verworpen in de zaak A.77.769;

Gelet op het arrest nr. 75.685 van 8 september 1998 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing wordt verworpen in de zaak A.78.327;

Gezien de verzoekschriften tot voortzetting van het geding van 17 juli 1998 en 14 oktober 1998 ingediend door de verzoekende partij;

Gezien de verzoekschriften tot tussenkomst van 1 oktober 1998 en 19 november 1998;

Gelet op de beschikkingen van 26 en 27 november 1998 die de tussenkomsten van de NV P. Roegiers en C/ en de NV Ghent Dredging, samen vormend de TV Roegiers-Ghent Dredging, toelaat;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikkingen van 22 oktober 2002 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van de dossiers gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikkingen van 10 oktober 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 27 november 2007;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat P. Peeters, die loco advocaat L. Van Hout verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat D. Erreygers, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat J. Bosquet, die loco advocaat P. Flamey verschijnt voor de tussenkomende partijen;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaken

1. De verwerende partij doet een “oproep tot kandidaten voor het uitoefenen van sleep- en meerverrichtingen op het Zeekanaal Brussel-Schelde” waarbij het bestek nr. 818 van toepassing is.

2. De opdracht betreft volgens het bestek :

“- uitvoeren van allerhande sleepwerk, voor zeeschepen vanaf 4.500 DWT tot het grootste scheepstype dat het Zeekanaal kan bevaren (ongeveer 10.000 DWT)

- verlenen van assistentie bij het aanmeren en/ of losmaken van zeeschepen en dit zowel bij het tijdelijk aanmeren tijdens de vaart, als bij het definitief afmeren voor het uitvoeren van de laad- en/of losverrichtingen”.

3. Een aankondigingsbericht wordt gezonden naar het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen en naar het Bulletin der Aanbestedingen.

De aankondiging, bevat onder andere de volgende gegevens :

- gunningswijze : “onderhandelingsprocedure met bekendmaking en voorafgaande selectie van de kandidaten”

- vorm van de opdracht : “diensten. Categorie volgens bijlage 2 van de wet van 24 december 1993; A 20; CPC-classificatie : 74520.2 en 74590 : het uitvoeren van sleep- en meerverrichtingen”.

De verzoekende partij haalt op 4 september 1997 het bestek af.

4. Onder III. “Over te maken documenten van het bestek” is onder punt 5 “Bedrijfsplan” vermeld :

“De kandidaat zal een uitgewerkt bedrijfsplan en een financieel plan voorleggen waarin aangegeven wordt van welke tarieven hij uitgaat en hoe hij de financiële stabiliteit bij het uitvoeren van zijn opdracht zal waarborgen.

Het staat de kandidaat vrij om, binnen het territorium van de NVZ, aanvullende uitgewerkte voorstellen te formuleren, voor zover zij de financiële stabiliteit van de opdracht voor het slepen en meren verbeteren en toelaten de tarieven, vermeld in punt I, 6, aan te houden en voor zover zij met de opdracht voor het slepen en meren een samenhang hebben. De kandidaat dient aan te tonen dat hij voldoet aan deze voorwaarden en aan de wettelijke en reglementaire beschikkingen die gelden voor het uitvoeren van de aanvullende voorstellen. Meer bepaald kan het hier handelen over opdrachten inzake onderhoud en herstelling. Ook deze voorstellen dienen gekaderd binnen een uitgewerkt bedrijfsplan en financieel plan. De aanvullende voorstellen zullen niet in overweging worden genomen wanneer zij afbreuk doen aan de in onderhavige kandidaatstelling vastgestelde minimale vereisten.”.

5. De verzoekende partij stelt zich geen kandidaat.

Twee kandidaturen worden ontvangen : T.V. Roegiers-Ghent Dredging en T.V. Wintam Towage & Mooring.

6. De verwerende partij onderhandelt met T.V. Roegiers-Ghent Dredging die naast sleepverrichtingen bijkomende opties voorstelt, waaronder slibslepen, breken van ijs tijdens de winterperiode, inzet bij noodsituaties en averij.

Met een brief van 9 januari 1998 wordt aan voormelde T.V. medegedeeld dat de overeenkomst betreffende het uitvoeren van sleepverrichtingen en aanverwanten is goedgekeurd onder voorbehoud van bekrachtiging door de toezichthoudende overheid.

7. De raad van bestuur van de verwerende partij beslist op 11 februari 1998 de bijlage tot de basisovereenkomst, in uitvoering van artikel 7.5 van deze overeenkomst, goed te keuren.

Artikel 7.5 van de basisovereenkomst bepaalt dat de technische voorwaarden waaronder het slibslepen dient te gebeuren, het voorwerp uitmaken van een nog te sluiten overeenkomst die als bijlage bij de basisovereenkomst zal worden gevoegd.

De basisovereenkomst is 12 november 1997 gedateerd en betreft onder meer het verrichten van sleepverrichtingen, het slibslepen (artikel 7), het ijsbreken (artikel 8), inzet bij noodsituaties en averijen (artikel 9), het ter beschikking stellen van sleepboten ten behoeve van peilingen (artikel 10); de overeenkomst is gesloten voor de duur van 12 jaar, een aanvang nemend op 15 december 1997 (artikel 18).

8. Met een brief van 4 december 1997 vraagt de verzoekende partij in kennis te worden gesteld van “elke beslissing met betrekking tot baggerwerken in de toegangsgeul van de nieuwe zeesluis Wintam”.

De verwerende partij antwoordt met brief van 13 januari 1998 dat het uitvoeren van sleepverrichtingen gegund is maar nog niet het onderdeel slibslepen.

9. Met een brief van 23 februari 1998 stelt de raadsman van de verzoekende partij een aantal vragen aan de verwerende partij, vanuit het uitgangspunt dat het uitvoeren van baggerwerken niet in het voorwerp van de aanneming begrepen kon zijn.

10. Met een verzoekschrift van 8 maart 1998 dient de verzoekende partij, die op dat ogenblik nog geen antwoord ontvangen heeft op haar brief van 23 februari 1998, een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging in tegen de “eventuele gunningsbeslissing van onbekende datum betreffende onderhoudsbaggerwerken, of ‘slibslepen’, beslissing die ten onrechte werd genomen in het kader van een gunningsprocedure voor diensten op basis van het Bestek nr. 818 en met betrekking tot sleep- en meerverrichtingen aan het kanaal Brussel-Schelde door middel van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking en voorafgaande selectie van de kandidaten aan een onbekende derde”.

Die vordering wordt verworpen met arrest nr. 72.462 van 16 maart 1998 wegens het niet voldaan zijn aan de voorwaarde van uiterst dringende noodzakelijkheid.

11. In de onderhavige zaak A. 77.769 heeft de verzoekende partij op 6 maart 1998 een gewone vordering tot schorsing ingediend; die vordering is afgewezen met arrest nr. 74.400 van 23 juni 1998, met de volgende overwegingen :

“Overwegende dat in haar annulatiemiddelen verzoekster ervan uitgaat dat zij onmogelijk kon inzien dat het slibslepen zou kunnen worden toegewezen in het kader van een bestek dat als voorwerp sleep- en meerverrichtingen had;

Overwegende dat daar de verzoekende partij, naar zij ons voorhoudt, niet geïnteresseerd was in sleep- en meerverrichtingen, de reden waarom zij desalniettemin het bestek opvroeg voor een opdracht waarvan bij de oproep het voorwerp juist als sleep- en meerverrichtingen werd omschreven, bezwaarlijk een andere kon zijn dan dat zij vermoedde dat mogelijk in het bestek ook gedacht werd aan de haar wel interesserende onderhoudsbaggerwerken (slibslepen), waarvoor zij voordien bij de verwerende partij instond; dat zij niet verklaart hoe na consultatie van het bestek dat vermoeden bij haar moest wegvallen, terwijl het juist versterkt moest worden door de onder 1.3. hierboven geciteerde tekst uit het bestek, op grond van welke tekst het slibslepen trouwens werd toevertrouwd aan de T.V. die de eigenlijke opdracht van sleep- en meerverrichtingen kreeg;

[...]

Overwegende dat nu verzoekster er niet toe gekomen is de Raad te overtuigen van de juistheid van het uitgangspunt van haar annulatiemiddelen, de Raad geen van die middelen onmogelijk ernstig kan bevinden,”

12. Ook in de onderhavige zaak A. 78.327 heeft de verzoekende partij op 20 april 1998 een vordering tot schorsing ingediend : die vordering is afgewezen met arrest nr. 75.685 van 8 september 1998, met de volgende overwegingen :

“Overwegende dat verzoekster op 6 maart 1998 de schorsing heeft gevorderd van de tenuitvoerlegging van ‘(de gunnings-) beslissing van onbekende datum van verwerende partij en meer bepaald wat betreft de beslissing om een onderdeel ‘slibslepen’, d.w.z. onderhoudsbaggerwerken, te integreren in de gunningsprocedure voor diensten op basis van het bestek 818 met betrekking tot sleep- en meerverrichtingen op het kanaal Brussel-Schelde door middel van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking en voorafgaande selectie van de kandidaten’;

Overwegende dat met haar huidig verzoekschrift verzoekster zich keert tegen de beslissing tot gunning van de door haar bedoelde onderhoudsbaggerwerken of slibslepen, welke beslissing, naar haar zeggen, werd geïntegreerd in de procedure tot gunning van de door haar genoemde sleep- en meerverrichtingen;

Overwegende dat dit integreren reeds ter sprake kwam in de bovengenoemde door verzoekster op 6 maart 1998 ingeleide zaak; dat met zijn arrest nr. 74.400 van 23 juni 1998 de Raad de toenmalige vordering van verzoekster heeft verworpen; dat de Raad dat gedaan heeft onder de overweging ‘dat nu verzoekster er niet toe gekomen is de Raad te overtuigen van de juistheid van

het uitgangspunt van haar annulatiemiddelen, de Raad geen (lees : een) van die middelen onmogelijk ernstig kan bevinden'; dat de Raad het bedoelde uitgangspunt als volgt heeft omschreven : 'Overwegende dat in haar annulatiemiddelen verzoekster ervan uitgaat dat zij onmogelijk kon inzien dat het slibslepen zou kunnen worden toegewezen in het kader van een bestek dat als voorwerp sleep- en meerverrichtingen had';

Overwegende dat in zijn arrest nr. 74.400 de Raad dus reeds, binnen het raam van het kort-gedingcontentieux, het standpunt heeft afgewezen volgens hetwelk de beslissing tot gunning van het slibslepen niet geïntegreerd kon worden in de procedure tot gunning van de sleep- en meerverrichtingen; dat derhalve, binnen het raam van het kort-gedingcontentieux, verzoekster met haar huidige vordering alleen nog de keuze van de aannemer voor het slibslepen ter discussie kon stellen; dat geen van haar annulatiemiddelen die strekking heeft; dat haar vordering deswege moet worden afgewezen".

De zaak A. 77.769

De ontvankelijkheid

13. De tussenkomende partij werpt op dat de verzoekende partij geen bewijs voorlegt dat de raad van bestuur binnen de wettelijke termijn beslist heeft om de voortzetting van de procedure te vragen.

De exceptie wordt niet aanvaard : om de voortzetting van de procedure te vragen is geen andere beslissing van het bevoegd orgaan van de vennootschap vereist dan deze tot het instellen van het annulatieberoep.

14. De verwerende partij werpt op dat hetgeen door de verzoekende partij wordt aangevochten, niet bestaat; volgens haar zou de mogelijkheid om het slibslepen toe te wijzen in het bestek vervat zijn en zou zij nooit de beslissing getroffen hebben om dit slibslepen supplementair bij de gunning te betrekken : het beroep zou dan ook onontvankelijk zijn naar het voorwerp.

Volgens de verzoekende partij blijkt uit het dossier dat er sprake is van enerzijds de beslissing waarbij de meer- en sleepverrichtingen werden gegund (beslissing van 9 januari 1998), alsmede werd beslist om het onderdeel slibslepen in de opdracht te integreren, dan wel later te gunnen, en anderzijds de beslissing waarbij het onderdeel slibslepen aansluitend werd gegund (beslissing van 11 februari 1998).

De betwisting tussen partijen betreft de vraag of in het toepasselijke bestek al dan niet de mogelijkheid vervat was om het slibslepen toe te

wijzen op basis van de uitgeschreven onderhandelingsprocedure met bekendmaking : volgens de verzoekende partij niet en volgens de verwerende partij wel. De exceptie van de verwerende partij betreft de grond van de zaak aangezien deze vraag in het tweede middel aan de orde wordt gesteld

15. De verwerende partij en de tussenkomenende partijen werpen op dat, in zoverre het beroep gericht is tegen een onderdeel van een administratieve beslissing, het onontvankelijk is aangezien het niet mogelijk is een administratieve beslissing op te splitsen : de gevorderde nietigverklaring zou immers een ontoelaatbare inperking meebrengen van de aan de verwerende partij toekomende discretionaire bevoegdheid.

Indien de toewijzing van het slibslepen niet begrepen zou zijn in de kwestieuze onderhandelingsprocedure, staat niets er aan in de weg dat de toewijzing van het slibslepen, afgesplitst van de toewijzing van de sleepverrichtingen, wordt nietigverklaard.

Het voormelde twistpunt en dienvolgens deze exceptie betreft eveneens de grond van de zaak.

16 De verwerende partij werpt op dat, nu er geen “uitbreidingsbeslissing” bestaat, het beroep slechts een rechtmatigheidskritiek kan bevatten op het bestek en dat de verzoekende partij geen beroep heeft ingesteld tegen de beslissing houdende goedkeuring van het bestek, hetgeen ontoelaatbaar is en waardoor haar huidig beroep onontvankelijk wordt.

De exceptie wordt verworpen. Een rechtmatigheidskritiek die besteksbepalingen betreft mag steeds worden ingeroepen tegen latere beslissingen in het kader van dezelfde gunningsprocedure, zoals te dezen tegen een gunningsbeslissing.

17. De verwerende partij en de tussenkomenende partijen werpen op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij de aanvechting van een toewijzingsbeslissing nu zij, wetende dat het slibslepen tot de mogelijke opdrachten van het contract behoorde, haar kandidatuur niet gesteld heeft en dit met kennis van zaken heeft gedaan.

De verzoekende partij repliceert dat in redelijkheid van haar niet kon worden verwacht dat zij, na kennisname van de bepalingen van het bestek, mocht aannemen dat onderhoudsbaggerwerken in het kader van de te begeven opdracht konden worden toegewezen.

De exceptie betreft de grond.

18. De verwerende partij werpt op dat de verzoekende partij een actio popularis instelt doordat ze in haar verzoekschrift betoogd heeft dat “het voor haar van het grootste belang is dat verwerende partij de vigerende wetgeving respecteert en geconfronteerd wordt met de gevolgen van de niet naleving van de reglementering inzake overheidsopdrachten”.

Het voormelde citaat is slechts een gedeelte van de uiteenzetting in het verzoekschrift (blz. 21 e.v.) onder “ontvankelijkheid”: de verzoekende partij wijst aldaar onder meer ook op haar jarenlange ervaring inzake het uitvoeren van baggerwerken, op het missen van een belangrijke opdracht en op het feit dat de verwerende partij voor de verzoekende partij een uiterst belangrijke klant is.

Uit de aangehaalde zin kan derhalve niet worden afgeleid dat een actio popularis is ingesteld. De exceptie wordt niet aangenomen.

19. De verwerende partij en de tussenkomende partijen werpen op dat in zoverre de sleepwerken en het slibslepen als een geheel moeten worden beschouwd en de verzoekende partij zelf toegeeft niet over de middelen te beschikken om zelf het slibslepen uit te voeren zoals het gewenst was door de verwerende partij, zij geen belang heeft bij de nietigverklaring van een beslissing inzake slibslepen.

Ook hier is de exceptie verbonden met de vraag of de sleepwerken en het slibslepen als een geheel moeten worden beschouwd zodat de exceptie opnieuw de grond van de zaak betreft.

20. De tussenkomende partij werpt ten slotte op dat de verzoekende partij ook geen belang meer heeft om een beslissing voorafgaand aan de toewijzingsbeslissing te doen nietigverklaren aangezien die beslissing zelf niet werd

nietigverklaard : volgens die partij blijft de toewijzingsbeslissing onaangetast zelfs indien de verzoekende partij slaagt in huidige procedure.

De exceptie loopt vooruit op de behandeling van de zaak A.78.327.

De gegrondheid van het beroep

21. In een eerste middel voert de verzoekende partij aan wat volgt :

“schending van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, meer bepaald de artikelen 2 en 3 van voormelde wet; afwezigheid van een uitdrukkelijke en afdoende motivering”.

Zij betoogt daartoe :

“Op 4 december 1997 verzocht verzoekende partij per aangetekend schrijven om uitsluitel aangaande het voornemen van verwerende partij om (onderhands) baggerwerken te gunnen in het kader van de gunningsprocedure voor diensten op basis van het Bestek nummer 818 :

‘Tot onze verbazing doet het gerucht de ronde dat uw vennootschap thans zinnens zou zijn om de onderhands baggerwerken in de bevaargeul tot de nieuwe sluis Van Wintam op het kanaal Brussel-Schelde te gunnen in het kader van het in rand vermelde bestek nr. 818’ (stuk 8).

In haar schrijven d.d. 13 januari 1998 deelde verwerende partij haar uitbreidingsbeslissing op de volgende wijze mee :

‘Het onderdeel slibslepen werd tot nader order nog niet gegund’ (stuk 9).

Aangezien het voor verzoekende partij onmogelijk was haar rechtspositie op basis van deze mededeling te bepalen, diende zij te herhalen wat zij reeds op 4 december 1997 aan verwerende partij meedeelde, met name dat zij nadere toelichting en motivering van de uitbreidingsbeslissing en de eventuele gunningsbeslissing wenste, alsmede uitsluitel omtrent het bestaan van dergelijke gunningsbeslissing. Dit werd verwoord in een schrijven d.d. 23 februari 1998 :

‘Met het oog op de vrijwaring van de rechten van cliënte, veroorloven wij ons om bij uw diensten aan te dringen op een spoedig antwoord op voormelde vragen, zodat wij indien nodig alle nuttige en/of noodzakelijke maatregelen kunnen nemen ter vrijwaring van de rechten van cliënte.

In dit verband gaan wij ervan uit dat wij een antwoord uwerzijds mogen ontvangen, uiterlijk op vrijdag 28 februari 1998. Indien intussen reeds door de organen van de N.V. Zeekanaal en Watergebonden Grondbeheer Vlaanderen enige beslissing omtrent de gunning van de onderhoudsbaggerwerken mocht zijn genomen, zouden wij U dank weten indien U de uitvoering van de betreffende beslissing(en) met onmiddellijke ingang zou opschorten, tot wij de gevraagde informatie hebben ontvangen, waarvoor bij voorbaat onze dank.’ (stuk 10)

Verwerende partij reageerde in het geheel niet op voornoemd schrijven.

Verzoekende partij dient dan ook vast te stellen dat verwerende partij het haar onmogelijk maakt haar rechten te vrijwaren en te kennis te nemen van de motieven waarop verwerende partij haar uitbreidingsbeslissing steunt.”.

In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van :

“de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en haar uitvoeringsbesluiten, in het bijzonder van artikel 5 van voornoemde wet; schending van de bepalingen van het bestek.”

Zij betoogt daartoe :

“Het aankondigingsbericht van verwerende partij in het Bulletin der Aanbestedingen d.d. 29 augustus 1997 bepaalt :

‘B. Vorm van de opdracht : diensten. Categorie volgens bijlage 2 van de wet van 27 december 1993 : a20; CPC-classificatie : 74520.2 en 74590 : het uitvoeren van sleep- en meerverrichtingen.’

Bijlage 2 bij de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten omschrijft categorie B2074 als ‘diensten voor ondersteunen en hulpvervoer’. Men ziet niet in op basis van welke motieven verwerende partij meent ‘slibsleepwerken’, d.w.z. onderhoudsbaggerwerken, onder te kunnen brengen in een opdracht voor diensten.

Verwerende partij weigert evenwel enige informatie te verschaffen omtrent de motivering en wettelijke grondslag van de uitbreidingsbeslissing. Het is verzoekende partij dan ook onmogelijk om over te gaan tot onderzoek van de deugdelijkheid van de motieven van verwerende partij die gebeurlijk aan de uitbreidingsbeslissing ten grondslag liggen.

Uit de manifeste discrepanties tussen het aankondigingsbericht d.d. 29 augustus 1997 van verwerende partij en het schrijven van verwerende partij d.d. 13 januari 1998, alsmede uit de bepalingen van het bestek nr. 818, blijkt echter onomstotelijk dat, middels de uitbreidingsbeslissing, verwerende partij de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en haar uitvoeringsbesluiten schond, in het bijzonder artikel 1 en 5 van voornoemde wet.

Meer bepaald worden ‘werken’, met name onderhoudsbaggerwerken, die helemaal niet in het voorwerp van een opdracht voor diensten, zoals bepaald is in het Bestek nr. 818, zijn opgenomen, op het tijdstip van de gunningsbeslissing het voorwerp van de aanneming opgenomen (waarbij de effectieve gunning voor dat ‘onderdeel’ voorlopig wordt uitgesteld) zodat aldus de gunning van deze onderhoudsbaggerwerken volledig aan de reglementering inzake overheidsopdrachten voor werken wordt onttrokken.”

22. De verzoekende partij verwoordt een derde middel als volgt :

“schending van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en van de in uitvoering van deze wet genomen uitvoeringsbesluiten; schending van het algemeen rechtsbeginsel van de materiële motiveringsplicht.

In het kader van een vernietigingsprocedure is het vaste rechtspraak van Uw Raad dat geen nieuwe middelen kunnen worden ingeroepen na de inleiding van

het verzoekschrift. Anderzijds stelt verzoekende partij vast dat verwerende partij manifest weigert om de motieven van haar uitbreidingsbeslissing mede te delen. Verwerende partij stelde op 13 januari 1998 enkel dat het onderdeel slibslepen [...] tot nader order nog niet [werd] gegund en hult zich vanaf dat ogenblik in stoïcijnse stilzwijgen, niettegenstaande het verzoek om toelichting van verzoekende partij.

In haar eerste middel heeft verzoekende partij reeds aangetoond dat deze houding een manifeste schending uitmaakt van de formele motiveringsplicht zoals vervat in de wet van 29 juli 1991. Deze houding heeft evenwel eveneens het onvermijdelijk gevolg dat verzoekende partij in de volstrekte onmogelijkheid is om na te gaan op welke basis verwerende partij een uitbreidingsbeslissing heeft genomen en/of deze uitbreidingsbeslissing voldoet aan de materiële motiveringsplicht, meer bepaald of de genomen uitbreidingsbeslissing niet ook de vigerende wetgeving inzake overheidsopdrachten schendt.

Hoewel verzoekende partij dit pas op sluitende en volledige wijze zal kunnen beoordelen nadat zij kennis heeft genomen van de bestreden uitbreidingsbeslissing en het bijhorend administratief dossier, lijkt het *prima facie* evenwel reeds uitgemaakt dat de uitbreidingsbeslissing als onderdeel van de gunningsbeslissing manifest onwettelijk is vanuit het oogpunt van de regelgeving inzake overheidsopdrachten.

Onder voorbehoud van verdere vervollediging en/of aanvulling, meent verzoekende partij dan ook dat de bestreden beslissing het beginsel van de vereiste materiële motivering schendt, en derhalve dan ook dient te worden vernietigd.”.

Bespreking van de middelen

23. In het *tweede middel* voert de verzoekende partij als grief aan dat “slibsleepwerken”, zijnde onderhoudsbaggerwerken, niet als diensten kunnen worden beschouwd en deze werken niet tot het voorwerp van de opdracht behoorden zodat de toewijzing ervan aan de reglementering van de overheidsopdrachten voor werken werd onttrokken.

24.1. De verwerende partij is een aanbestedende overheid en krachtens artikel 32, 2/, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, is de exploitatie van een geografisch gebied met het oog op de terbeschikkingstelling voor de vervoerders door de lucht, over zee of langs de binnenwateren, van luchthavens, zee- of binnenhavens of van andere vervoerterminals onderworpen aan de bepalingen van Titel IV “Overheidsopdrachten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie” van voormelde wet, zijnde de artikelen 26 tot en met 41 quinquies.

Zoals onder randnummer 2 weergegeven, betrof de opdracht, waarvoor een onderhandelingsprocedure is gevolgd, het uitvoeren van allerhande sleepwerk en het verlenen van assistentie bij het aanmeren en/of losmaken van zeeschepen, hetgeen blijkt uit de voornoemde CPC-classificatie in het kader van de overheidsopdrachtenreglementering “diensten” zijn. Het bestek is door de verzoekende partij opgehaald en zij heeft ervan kunnen kennis nemen zodat zij zich niet kan beroepen op misleiding door of onduidelijkheid in het bericht van aankondiging. In dat bestek was onder III, punt 5, vermeld : “Het staat de kandidaat vrij om, binnen het territorium van [de verwerende partij], aanvullende uitgewerkte voorstellen te formuleren, voor zover zij de financiële stabiliteit van de opdracht voor het slepen en meren verbeteren en toelaten de tarieven aan te houden en voor zover zij met de opdracht voor het slepen en meren een samenhang hebben, [...] Meer bepaald kan het hier handelen over opdrachten inzake onderhoud en herstelling”. De tarieven voor het slepen van zeeschepen en de assistentie bij het aanmeren worden vastgesteld door de verwerende partij en zijn reeds in het bestek bepaald (punt 6, blz. 7 e.v.) : voor wachturen is een tarief van 5000 frank per uur en per sleepboot bepaald. De tussenkomende partijen hebben gebruik gemaakt van een mogelijkheid die het bestek bood : zij hebben zich niet beperkt tot de sleep- en meerverrichtingen als dusdanig maar hebben opties voorgesteld voor het bijkomend gebruik van de reeds aanwezige sleepboten.

De verwerende partij heeft dan onderhandelingen gevoerd met de tussenkomende partijen die finaal geleid hebben tot het ontstaan van een overeenkomst tussen de voornoemde partijen inzake het slepen van zeeschepen, het ijsbreken, de inzet bij noodsituaties en averijen, het ter beschikking stellen van sleepboten ten behoeve van peilingen, de inzet van sleepboten ten behoeve van derden en buiten overeenkomst, en het slibslepen. Dit laatste wordt volgens artikel 3 van de bijlage bij de overeenkomst uitgevoerd door “het aankoppelen aan de sleepboot van een bodemegalisator, bestaande uit een dispositief dat de bodem afschraapt bij het naar voor bewegen van de boot”, bij “afgaand tij zodat het afgeschraapte en in suspensie gebrachte slib door de stroming wordt afgevoerd” en de bewerking “een horizontale verplaatsing van het slib uit de toevaaargeul naar de rivier” tot gevolg heeft, “waarbij een minimum herbezinking voorkomt in de toevaaargeul”.

Onbetwist is dat de bijkomend overeengekomen activiteiten diensten betreffen : de diensten van ijsbrekers worden ten andere expliciet vermeld

onder CPC7459 “Overige diensten voor ondersteunend vervoer over het water” (omzendbrief van 2.12.1997 met de lijst van de diensten bedoeld in bijlage 2 van de wet van 24 december 1993, B.S. 13.12.1997, 33360), van categorie B.20.Diensten voor ondersteunend hulpvervoer.

Twistpunt is het overeengekomen slibslepen, en de vraag of dit wel als dienst moet worden aangemerkt dan wel als baggerwerk.

In de taalkundige betekenis is baggeren het transporteren van bagger (slijkmodder) “van onder water van de vindplaats naar elders, om die plaats uit te diepen, ofwel om de opgehaalde specie nuttig te gebruiken” (van Dale, Groot Woordenboek van de Nederlandse taal, 2005, blz. 279).

Daarentegen is in de overeenkomst het daarin bedoelde slibslepen anders bepaald en omschreven : het slib blijft in het water en aldus is er daarbij geen echt transport van sediment “van onder water” naar elders; enkel wordt een dispositief over de bodem gesleept waardoor het eventuele slib de kans niet krijgt zich vast te zetten op de bodem, de bodembestanddelen geen verharde materie worden en ze in suspensie worden gehouden. Zoals deze werkwijze is overeengekomen, kadert ze aldus zelfs niet in de taalkundige betekenis van “baggeren”.

Het slibslepen zoals het is opgevat in de overeenkomst kan dan ook niet ondergebracht worden onder de post 502.2 “Grondverplaatsing” van de bijlage 1 bij de voormelde wet van 24 december 1993, met de toevoeging “baggerbedrijven, opspuitbedrijven, grondegalisatiebedrijven en cultuurtechnische werken” : dat slibslepen komt niet overeen met “grond” egaliseren, grond gelijk maken, oneffen grond effen maken aangezien het in de eerste plaats slib betreft en geen grond en voorts niet steeds oneffenheden effen gemaakt worden (het oppervlak met aanwezig slib kan effen zijn en toch kan er gesleept worden); “cultuurtechnisch” is dat slibslepen evenmin aangezien cultuurtechniek “het gedeelte van de landbouwwetenschap [is] dat zich uitstrekt tot civiele ingenieurskunst : weg- en waterbouwkunde, afwatering en bemaling en grondverbetering (van Dale, o.c., blz. 703).

“Werk” van zijn kant wordt volgens artikel 5 van de voormelde wet van 24 december 1993 omschreven als het resultaat van een geheel van

bouwwerkzaamheden of van wegebouwkundige werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen. Het voornoemde slibslepen brengt dergelijk resultaat niet tot stand : het resultaat van dat slibslepen is geen onroerend goed of wordt ook niet in een reeds bestaand onroerend goed verwerkt.

Slibslepen dient dienvolgens te worden beschouwd als een onderhoudsopdracht om slibafzetting tegen te gaan en als een dienst die ondergebracht kan worden onder CPC7451 “Exploitatie van bruggen en waterwegen”, met onder meer als omschrijving “exploitatie en onderhoud van kanalen, de bevaarbaar gemaakte waterlopen en de andere kunstmatig aangelegde binnenwateren die gebruikt worden door de boten, de schepen en de aken” en niet als werk, zoals de verzoekende partij aanneemt. Er is aldus geen reden om een deskundige aan te stellen zoals de verzoekende partij in haar laatste memorie vraagt om een “advies uit te brengen over de kwalificatie van ‘slibslepen’ als aanneming van werken”.

24.2. Hiervoor is vastgesteld dat in III. punt 5, van het bestek in de mogelijkheid was voorzien voorstellen te doen inzake onderhoud voor zover er een samenhang bestond met het slepen en het meren. Dergelijke samenhang is aanwezig : het onderhoud gebeurt met dezelfde sleepboten en dit tijdens de uren die niet gebruikt worden voor het slepen van zeeschepen. Ook is er, zoals de verwerende partij terecht stelt, een verbetering van de financiële stabiliteit van de opdracht voor het slepen en het meren.

De tussenkomenende partijen aan wie de opdracht is toegewezen, hebben ter zake voorstellen gedaan en er is onderhandeld, hetgeen de bepaalde gunningswijze, de onderhandelingsprocedure, toeliet zonder dat de opdracht is “gedenatureerd” zoals de verwerende partij stelt. Daarbij is ook mededinging geweest. Niet is aangetoond op welke wijze aldus artikel 1 van de meervermelde wet van 24 december 1993 of enige andere bepaling van de regelgeving inzake de overheidsopdrachten zou zijn geschonden.

25. Uit het ongegrond bevinden van het tweede middel volgt dat niet wordt aangenomen dat de verwerende partij een “uitbreidingsbeslissing” genomen heeft. De verwerende partij kan aldus de formele motiveringsplicht in geval van een dergelijke beslissing niet geschonden hebben, zoals wordt aangevoerd in het eerste

middel. Het *eerste middel* is, gelet op het ongegrond bevinden van het tweede middel, eveneens ongegrond.

26. Het *derde middel* bevat geen concrete aanwijzing van de geschonden geachte rechtsregels en is dienvolgens onontvankelijk, tenzij waar het de materiële motiveringsplicht geschonden noemt. Nochtans richt deze kritiek zich opnieuw tegen de zogenaamde uitbreidingsbeslissing die niet voorhanden is. Ook dit middel is dienvolgens niet gegrond.

Het beroep moet worden verworpen.

De zaak A. 78.327

27. De beslissing zoals bestreden in de hiervoor besproken zaak A.77.769 beoogde volgens de verzoekende partij “een onderdeel slibslepen [...] te integreren in de gunningsprocedure voor diensten op basis van bestek 818 [...]”.

De beslissing bestreden in de zaak A.78.327 is de toewijzing van dat slibslepen aan de tussenkommende partijen.

Nu uit het onderzoek van de zaak A. 77.769 gebleken is dat de mogelijkheid om het slibslepen toe te wijzen vervat was in de uitgeschreven onderhandelingsprocedure voor sleep- en meerverrichtingen op grond van het bestek 818, is de exceptie van de verwerende en de tussenkommende partijen dat de verzoekende partijen geen belang hebben bij het bestrijden van die toewijzingsbeslissing doordat zij niet deelgenomen hebben aan die procedure, zich geen kandidaat hebben gesteld hoewel zij kennis hebben gekregen en genomen van dat bestek, gegrond. Zij zijn zonder belang.

Het beroep in de zaak A. 78.327 is derhalve niet ontvankelijk.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

De zaken nrs. A. 77.769/XII-1100 en 78.327/XII-1300 worden
gevoegd.

Artikel 2.

De beroepen worden verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vorderingen tot schorsing en van de beroepen
tot nietigverklaring, bepaald op 694,12 euro, komen ten laste van de verzoekende
partij.

De kosten van de tussenkomsten, bepaald op 495,80 euro, komen
ten laste van de tussenkomende partijen, elk voor de helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
zeventien april 2008, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	C. ADAMS,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.