

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 210.161 van 28 december 2010
in de zaak A. 197.897/XII-6376.**

In zake: de NV DC INDUSTRIAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de HAVEN VAN BRUSSEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Thiel
kantoor houdend te Brussel
Terhulpsessesteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 oktober 2010, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de “beslissing van de Raad van Bestuur van de Haven van Brussel van 27 augustus 2010 om af te zien van het gunnen van de opdracht voor werken beschreven in het Bijzonder bestek nr. 997 en een nieuwe aanbestedingsprocedure met Europese bekendmaking op te starten”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 16 december 2010.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Leopold Schellekens, die loco advocaat David D'Hooghe verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Valentine de Francquen, die loco advocaat Patrick Thiel verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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 Haven van Brussel schrijft een openbare aanbesteding met Europese bekendmaking uit voor het uitvoeren van baggerwerken in de haven van Brussel voor een duur van 24 maanden vanaf de gunning van de opdracht.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 14 oktober 2009 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 17 oktober 2009.

3.3. De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bijzonder bestek nr. 997 “Baggerwerken in de Haven van Brussel”.

3.4. Luidens het bestek heeft de opdracht tot doel het baggeren en onder profiel brengen van het kanaal in de doortocht te Brussel en omvat het werken, leveringen, vervoer, arbeidskrachten en alle bijhorende uitvoeringsmiddelen, met inbegrip van de coördinatieopdracht en de veiligheid.

3.5. De opdracht wordt onderverdeeld in drie percelen:

- perceel 1: werken van baggeren, sorteren, zeven en drogen van de slibspecie,
- perceel 2: afladen, berging en/of verwerking van de minst vervuilde specie overeenkomstig de specie van klasse 2 in het Vlaams Gewest,
- perceel 3: afladen, berging en/of verwerking van de meest vervuilde specie, overeenkomstig de specie van klasse 3a en 3b in het Vlaams Gewest.

3.6. De openingszitting van de offertes wordt gehouden op 3 december 2009 om 11 uur.

Wat het eerste lot betreft worden de offertes als volgt gerangschikt:

Lot 1: baggerwerken — variant waterbekken:

- | | |
|--------------------------------|--------------------|
| 1. Baggerbedrijf De Boer b.v. | 1.619.350, 00 euro |
| 2. DC Industrial | 1.960.086, 94 euro |
| 3. Dredging International e.a. | 1.995.530, 00 euro |
| 4. Stadsbader — Flamand | 2.216.698, 40 euro |
| 5. Ghent — Dredging | 2.446.008, 80 euro |

Lot 1: baggerwerken — variant mechanische dehydratatie:

- | | |
|--------------------------------|--------------------|
| 1. Baggerbedrijf De Boer b.v. | 1.899.540, 00 euro |
| 2. DC Industrial | 2.375.281, 94 euro |
| 3. Dredging International e.a. | 2.393.430, 00 euro |
| 4. Stadsbader — Flamand | 2.851.418, 40 euro |

3.7. Op 26 maart 2010 beslist de raad van bestuur van de Haven van Brussel om de opdracht voor de werken beschreven onder perceel 1 – variant waterbekken – toe te wijzen aan bv Baggerbedrijf De Boer voor een bedrag van 1.619.350,00 euro, btw niet inbegrepen. De overige twee percelen worden toegewezen aan verzoekende partij.

3.8. Met een ter post aangetekend verzoekschrift van 12 mei 2010 vordert verzoekende partij de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de voormelde beslissing van 26 maart 2010 in zoverre de

opdracht met betrekking tot lot 1 wordt toegewezen aan bv Baggerbedrijf De Boer, evenals van de impliciete beslissing om deze opdracht niet toe te wijzen aan verzoekende partij.

3.9. Bij arrest nr. 204.599 van 3 juni 2010 schorst de Raad van State voormelde toewijzingsbeslissing in haar tenuitvoerlegging, evenwel niet de impliciete beslissing.

3.10. Op 25 juni 2010 beslist verwerende partij om de opdracht voor de werken beschreven in het bijzonder bestek nr. 997, betreffende de drie percelen, niet te gunnen en een nieuwe aanbestedingsprocedure met Europese bekendmaking te starten.

3.11. Bij aangetekend schrijven van 25 juni 2010 wordt zulks aan verzoekende partij meegedeeld. In dit schrijven wordt tevens meegedeeld dat “de motivering hiervan is de beslissing tot opschorting uitgesproken door de Raad van State op 3 juni 2010, die het gevolg is van een verzoek, bij hoogdringendheid, ingediend door de vennootschap DC Industrial uit Brussel”.

3.12. Met een op 20 juli 2010 ter post aangetekend verzonden enig verzoekschrift vordert de verzoekende partij de schorsing van de tenuitvoerlegging en de nietigverklaring van de voormelde beslissing van 25 juni 2010.

3.13. De te dezen bestreden beslissing van de raad van bestuur van de Haven van Brussel van 27 augustus 2010 vernietigt en vervangt de voormelde beslissing van 25 juni 2010. In de nieuwe beslissing van 27 augustus 2010 wordt de beslissing om af te zien van de opdracht en een nieuwe procedure op te starten hernomen, maar wordt de motivering op een meer omstandige wijze uitgewerkt.

3.14. Bij aangetekend schrijven van 3 september 2010 wordt die beslissing aan verzoekende partij meegedeeld.

3.15. Met een op 8 oktober 2010 ter post aangetekend verzonden enig verzoekschrift dat te dezen voorligt vordert de verzoekende partij de schorsing van

de tenuitvoerlegging en de nietigverklaring van de voormelde beslissing van 27 augustus 2010.

3.16. Met het arrest nr. 208.790 van 9 november 2010 verwerpt de Raad van State de vordering tot schorsing en nietigverklaring die verzoekende partij heeft ingeleid bij verzoekschrift van 20 juli 2010 tegen de beslissing van 25 juni 2010 van verwerende partij.

De Raad stelt vast dat, gelet op de voornoemde beslissing van 27 augustus 2010, de beslissing van 25 juni 2010 definitief uit het rechtsverkeer is verdwenen, want vernietigd en volledig vervangen, wat als een volledige intrekking moet worden aangemerkt en het beroep bij gebrek aan voorwerp “doelloos” maakt.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4. Overeenkomstig artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging 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.

V. Beoordeling van de eerste schorsingsvoorwaarde

Uiteenzetting van het middel

5. Het eerste en enig middel is genomen uit de schending van “artikel 18 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, [...] van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid van het beginsel volgens welk overheidsbeslissingen op in feite juiste en in rechte pertinente motieven moeten gesteund zijn (motiveringsbeginsel) en van het gelijkheidsbeginsel uit art. 10 en 11 GW”.

Uit de overwegingen van de bestreden beslissing blijkt volgens verzoekende partij dat de bestreden beslissing gesteund is op de volgende motieven:

- “- de samenhang tussen de drie loten 1, 2 en 3 die tegelijk zouden moeten worden gegund (1) omdat wanneer er geen uitgebaggerd slib is, er ook geen verwerking van slib kan zijn en (2) omdat er op elk moment de wetgeving inzake de klassering van het slib zou kunnen wijzigen hetgeen een prijsaanpassing voor de loten 2 en 3 zou impliceren zonder dat die in mededinging zou worden gesteld indien deze loten thans reeds zouden worden toegewezen en (3) omdat derwijze de best mogelijke prijs zou kunnen worden behaald;
- de Haven van Brussel zou gehouden zijn aan een begrotingsplanning die slechts weinig manoeuvreerruimte zou toelaten waardoor ze alles in het werk moeten stellen om de kostprijs voor de baggerwerken zo veel mogelijk ingeperkt te houden, terwijl de offerte van De Boer, gelet op diens laagste prijs zou toelaten om meer slib uit te baggeren dan de offerte van DC Industrial;
- door de gecombineerde uitvoering van diverse projecten zouden besparingen kunnen worden gerealiseerd”.

Volgens verzoekende partij zijn die motieven evenwel niet van aard om de bestreden beslissing te verantwoorden.

Het samen gunnen van de loten

5.2. Uit het schorsingsarrest nr. 204.599 van 3 juni 2010 van de Raad van State kan volgens verzoekende partij niet worden afgeleid dat de opdracht met betrekking tot lot 1 zou moeten worden stopgezet, maar enkel dat de variant lagunering/waterbekken van bv Baggerbedrijf De Boer moest worden geweerd. De uitvoering van het arrest vereiste volgens verzoekende partij enkel een nieuw onderzoek naar de ingediende offertes voor de gunning van lot 1, maar verantwoordt niet de stopzetting en heraanbesteding van lot 1. Zodoende kan de overheid onmiddellijk overgaan tot de toewijzing van het eerste lot na een nieuwe beoordeling van de ingediende offertes en komt hiermee ook meteen de verantwoording van de stopzetting en heraanbesteding van de loten 2 en 3 te vervallen. Indien de overheid thans overgaat tot een nieuwe beoordeling van lot 1, zoals zij volgens verzoekende partij diende te doen, dan kunnen alle loten nog steeds “samen en tegelijk” worden gegund.

Bovendien vereist de coherentie en uitvoering van de werken volgens verzoekende partij geenszins dat alle loten “samen en tegelijk” zouden worden gegund. De omstandigheid dat de loten 2 en 3 chronologisch gezien pas na lot 1 zouden moeten worden uitgevoerd, is volgens verzoekende partij niet van aard om de stopzetting en heraanbesteding van deze twee loten te verantwoorden. Verwerende partij toont geenszins aan dat bij een nieuwe opdracht voor lot 1, de loten 2 en 3 niet meer zouden kunnen worden toegewezen op basis van de oorspronkelijk ingediende offertes.

Ook het verstrijken van de gestanddoeningstermijn van de offertes voor de loten 2 en 3 ten gevolge van de heraanbesteding van lot 1 is volgens verzoekende partij niet van aard om de stopzetting en heraanbesteding van deze twee loten te verantwoorden. Dergelijk motief is niet opgenomen in de motivering van de bestreden beslissing en kan alleen al om die reden niet worden aanvaard. Het aanhalen van een dergelijk motief zou volgens haar bovendien in strijd zijn met de houding die de aanbestedende overheid zelf heeft ingenomen naar aanleiding van de oorspronkelijke gunningsbeslissing. Ten slotte heeft het verstrijken van de gestanddoeningstermijn geen enkel gevolg op de bevoegdheid van de aanbestedende overheid om een rechtsgeldige gunningsbeslissing te nemen.

Het motief dat op elk moment de wetgeving inzake klassering van het slib zou kunnen wijzigen hetgeen een prijsaanpassing voor de loten 2 en 3 zou impliceren zonder dat die in mededinging zou worden gesteld indien deze loten thans reeds zouden worden toegewezen, is volgens verzoekende partij puur hypothetisch. Bovendien voorzien de algemene aannemingsvoorwaarden in een aantal mechanismen om in de loop van de uitvoering van de opdracht de prijzen aan bepaalde omstandigheden aan te passen.

Evenmin overtuigt volgens verzoekende partij het motief dat in geval van stopzetting en heraanbesteding voor het geheel, de best mogelijke prijzen zouden kunnen worden behaald. Zij wijst erop dat het bestek vermeldt dat elk lot apart toewijsbaar is en geenszins voorziet in de mogelijkheid voor de inschrijvers om prijsverminderingen voor te stellen in geval van samenvoeging van diverse percelen.

De begrotingsredenen

5.3. Voorts toont verwerende partij geenszins *in concreto* aan dat zij de percelen 2 en 3 om begrotingsredenen niet zou kunnen toewijzen en dat integendeel de stopzetting en heraanbesteding van de volledige opdracht zich zou opdringen. In de oorspronkelijke beslissing wordt geenszins gewag gemaakt van bezwaren van begrotingstechnische aard om de percelen 2 en 3 toe te wijzen. In de motieven van de bestreden beslissing wordt overigens enkel verwezen naar de stopzetting van perceel 1 om begrotingsredenen, maar niet naar de stopzetting van de percelen 2 en 3. Evenmin toont verwerende partij aan welke begrotingsoverwegingen zouden verhinderen dat lot 1 wordt uitgevoerd tegen de door verzoekende partij voorgestelde prijs. Zij wijst erop dat in de aankondiging of het bestek geen enkele budgettaire beperking werd vooropgesteld en dat deze evenmin blijkt uit het oorspronkelijke gunningsverslag. Bovendien zou het niet opgaan om de inschrijvingsprijzen van verzoekende partij te vergelijken met de inschrijvingsprijzen van bv Baggerbedrijf De Boer nu de Raad van State in zijn schorsingsarrest reeds heeft vastgesteld dat de offerte van bv Baggerbedrijf De Boer, variante lagunering, onregelmatig is. Daarnaast zou ook de basisoplossing van deze inschrijver in wezen onregelmatig zijn.

De gecombineerde uitvoering

5.4. Met betrekking tot het motief dat door de gecombineerde uitvoering van diverse projecten besparingen zouden kunnen worden gerealiseerd, merkt verzoekende partij ten slotte nog op dat dit motief volstrekt onduidelijk is geformuleerd en bovendien hypothetisch. Er wordt geenszins aangegeven welke projecten en welke “beduidende besparingen” verwerende partij voor ogen zou hebben.

5.5. *Besluit*

De heraanbesteding lijkt – gelet op het gebrek aan redelijke motivering – volgens verzoekende partij louter tot doel te hebben om bv Baggerbedrijf De Boer de kans te geven de onregelmatigheid van haar offertes recht te zetten in een nieuwe procedure. De niet gekozen inschrijvers hebben bij

een niet-gegronde heraanbesteding tevens het ongerechtvaardigde voordeel dat ze de prijzen van hun concurrenten reeds weten.

Beoordeling

6.1. Krachtens artikel 18, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, mag een aanbestedende dienst zowel afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze, zij het dat zij daarbij niet willekeurig mag te werk gaan en die beslissing moet steunen op deugdelijke motieven die de beslissing kunnen dragen.

6.2. De bestreden beslissing vermeldt de volgende motieven voor de beslissing om de opdracht niet te gunnen en een nieuwe aanbestedingsprocedure met Europese bekendmaking op te starten:

“Gelet op het verzoek ter opschorting en bij hoogdringendheid door DC Industrial op 12 mei 2010 bij de Raad van State ingediend;

Gelet op de beslissing van de Raad van State van 3 juni 2010 om de beslissing van 26 maart 2010 om lot 1 van het Bijzonder Bestek nr. 997 aan bv. De Boer te gunnen, te schorsen;

Gelet op artikel 8 van het Lastenboek van de Haven van Brussel:

Artikel 8. Verzekeren van het verkeer op de waterweg op ononderbroken wijze

8.1. De Haven van Brussel stelt alle middelen in het werk om de scheepvaart die de haven als bestemming heeft en het doorgaand verkeer, met inbegrip van de plezierscheepvaart, te verzekeren, overeenkomstig de wetgeving die de materie regelt en de samenwerkingsakkoorden tussen de gewesten.

8.2. Om dit te doen, moet de Haven van Brussel, met name: - de verkeerstekens voor de scheepvaart verzekeren; - de doorgang en de veiligheid van de scheepvaart verzekeren;

- de inschrijvingsbewijzen uitreiken; - het waterniveau controleren; - het uitbaggeren van de waterweg verzekeren.

8.3. Bij de organisatie van het verkeer op de waterweg wordt rekening gehouden met: verkeerstromen (volumes, omvang, oorsprong en bestemming, vervoerwijzen,...); - kenmerken en verwachtingen van potentiële gebruiker (bijvoorbeeld

verwachtingen over informatie, duur van hun vervoer, betrouwbaarheid van de dienstverlening, veiligheid, ...).

Gelet op het artikel 4 van het beheerscontract 2008-2012 van de Haven van Brussel betreffende de uitbaggering van het bezonken slib dat zich opstapelt op de bodem van het kanaal:

4.1. Overeenkomstig artikel 8 van het bestek baggert de Haven het kanaalgedeelte dat is gelegen op het grondgebied van het Gewest. De baggeroperaties worden uitgevoerd volgens het indicatieve baggerprogramma over 25 jaar dat is gebaseerd op hypothesen die de prijzen optimaliseren en als bijlage 7 bij onderhavig contract is gevoegd. Dat programma kan worden gewijzigd overeenkomstig de bepalingen bedoeld in punt 4.4. van onderhavig artikel.

4.2. Eind 2007 bedroeg het niveau van het bezonken slib dat zich opstapelde in het kanaal 330.000 m³. Vanaf een niveau van 250.000 m³ is een interventie vereist om vaarproblemen te voorkomen. Een volume van 360.000 m³ bezonken slib is de limiet. Daarboven komen de economische belangen en de vaarveiligheid op het kanaal in het gedrang.

4.3. Het baggerprogramma bedoeld in punt 4.1. van dit artikel is gebaseerd op de conclusies van de haalbaarheidsstudie betreffende de baggerwerkzaamheden (februari 2007) en goedgekeurd door de Raad van bestuur van 19 oktober 2007, omvat de volgende mogelijkheden:

- * Het blijven beroep doen op overheidsopdrachten en, in voorkomend geval, de verdeling van de markt in loten om de meest concurrentiële prijzen te bekomen;

- * Deshydratie van het baggerslib in het Gewest;

- * Uitvoering van een overdiepte in het kanaal om het bezonken slib in te bergen;

- * Gebruik van biologische baggertechnieken.

4.4. De Haven zal de baggermodaliteiten en het baggerritme voortdurend aanpassen in functie van de uitvoering van de beste technieken in dit domein teneinde de laagste kostprijs na te streven.

4.5. De Haven stelt alles in het werk voor de realisatie van een overdiepte.

Gelet op haar bijlage nr. 7;

Gelet op fiche nr. 15.2 van het ondernemingsplan, het Calypsoplan, 2008-2012 van de Haven van Brussel ‘Het baggerprogramma verzekeren’;

Vermits uit deze verschillende reglementaire teksten voortvloeit dat de Haven van Brussel moet instaan voor de baggerwerken van het kanaal, met name een zo groot mogelijk volume tegen een zo laag mogelijke prijs met een minimum jaarlijks volume van 40.000 m³ voor een initieel budget van 3.100.000 € in 2010 (beslissing van de raad van bestuur van 18 december 2009);

Vermits dat er in een zorg voor samenhang de drie loten 1, 2 en 3 samen en tegelijk moeten gegund worden en dat, wanneer er geen uitgebaggerd slib is, er ook geen verwerking van slib kan zijn;

Dat op elk moment de wetgeving inzake klassering van slib gewijzigd kan worden en dan dus de gunning van loten 2 en 3 in een eerste fase en dan lot 1 in een tweede fase na aanbesteding, een risico behelst wanneer ingeval van wijziging van de wetgeving een prijsaanpassing zou meebrengen zonder in mededinging te stellen;

Vermits bovendien in een zorg van zuinig en goed beheer van gemeenschapsgeld, de loten van de opdracht tegelijk moeten gegund worden om de best mogelijke prijs te behalen;

Dat de Haven van Brussel gebonden is aan de begrotingsplanning die slechts weinig manoeuvreerruimte laat;

Dat de prijs voor lot 1 van de b.v. De Boer, variante waterbekken 1.619.350 € bedroeg (variante oorspronkelijk door de Haven van Brussel gekozen krachtens beslissing van 26 maart 2010, beslissing opgeschort door de Raad van State op (3) juni 2010, arrest nr. 204.599), met name een verschil van 340.736,94 € met de beste offerte van DC Industrial (1.960.086,94, variante waterbekken);

Dat met de gemiddelde baggerprijs van 72 €/m³ slib deze prijs zou toelaten om 4.732,45 m³ meer te baggeren dan met de offerte van DC Industrial wetende dat begin 2008 het niveau van het slib in het kanaal 332.742 m³ beliep; dat de jaarlijkse toename van slib in het kanaal 40.000 m³ was in 2008 en 37.200 m³ vanaf 2009; dat de Haven van Brussel alles in het werk moet stellen om een overdiepte te realiseren waardoor de kostprijs voor de baggerwerken zo veel mogelijk ingeperkt wordt;

Dat de Haven van Brussel de baggermodaliteiten en het baggerritme voortdurend aanpassen in functie van de uitvoering van de beste technieken in dit domein teneinde de laagste kostprijs na te streven (artikel 4.4. van het beheerscontract 2008-2012);

Dat de prijzen bovendien van jaar tot jaar schommelen, in functie van de projecten die bij de prestatieverleners nog lopend zijn, dat met de stopzetting van de procedure en het herbeginnen van de gunningsprocedure er andere beduidende besparingen kunnen ontstaan: een inschrijver kan verscheidene projecten hebben, die samen gecombineerd substantiële besparingen toelaten; deze besparingen worden dan doorberekend in de prijzen van de inschrijver, waardoor ook de aanbestedende instellingen bezuinigingen kunnen uitvoeren”.

Samengevat lijkt de bestreden beslissing om af te zien van het gunnen van de opdracht voor werken beschreven in het bijzonder bestek nr. 997 en een nieuwe aanbestedingsprocedure met Europese bekendmaking op te starten gesteund te zijn op de volgende motieven:

- Het arrest van de Raad van State van 3 juni 2010 om de beslissing van 26 maart 2010 inzake de gunning van lot 1 aan bv Baggerbedrijf De Boer te schorsen;
- Het feit dat de Haven van Brussel verplicht instaat voor de baggerwerken van het kanaal, met name een zo groot mogelijk volume tegen een zo laag mogelijke prijs, met een minimum jaarlijks volume van 40.000 m³ voor een initieel budget van 3.100.000 euro in 2010 (hierbij wordt door verwerende partij verwezen naar artikel 8 van haar Lastenboek, artikel 4 van het beheerscontract 2008-2012 en bijlage 7 en Fiche nr. 15.2 van het ondernemingsplan);
- De samenhang tussen de drie loten 1, 2 en 3 die tegelijk zouden moeten worden gegund (1) omdat wanneer er geen uitgebaggerd slib is, er ook geen verwerking van slib kan zijn en (2) omdat op elk moment de wetgeving inzake de klassering van het slib zou kunnen wijzigen hetgeen een prijsaanpassing voor de loten 2 en 3 zou impliceren zonder dat die in mededinging zou worden gesteld indien deze loten thans reeds zouden worden toegewezen en (3) omdat, gelet op de zorg van zuinig en goed beheer van gemeenschapsgeld, derwijze de best mogelijke prijs zou kunnen worden behaald;
- De Haven van Brussel zou gehouden zijn aan een begrotingsplanning die slechts weinig manoeuvreerruimte zou toelaten, terwijl zij gelet op haar opdracht alles in het werk moet stellen om een overdiepte te realiseren waardoor de kostprijs voor de baggerwerken zo veel mogelijk ingeperkt wordt;

- De Haven van Brussel zou ertoe gehouden zijn de baggermodaliteiten en het baggerritme voortdurend aan te passen in functie van de uitvoering van de beste technieken in dit domein teneinde de laagste kostprijs na te streven;
- De prijzen zouden van jaar tot jaar schommelen, in functie van de projecten die bij de prestatieverleners nog lopend zijn. Met de stopzetting van de procedure en het herbeginnen van de gunningsprocedure kunnen er volgens verwerende partij andere beduidende besparingen ontstaan; een inschrijver kan verscheidene projecten hebben, die samen gecombineerd substantiële besparingen toelaten; deze besparingen worden dan doorgerekend in de prijzen van de inschrijver, waardoor de aanbestedende instellingen bezuinigingen kunnen uitvoeren.

6.3. In zijn arrest nr. 204.599 van 3 juni 2010 heeft de Raad van State geoordeeld dat verwerende partij, door na de opening van de offertes bv Baggerbedrijf De Boer tweemaal te hebben gecontacteerd en deze de gelegenheid te hebben geboden om haar offerte te wijzigen, artikel 103, zesde lid, van het meer vermelde koninklijk besluit van 10 januari 1996 en het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers heeft geschonden. Aldus is volgens de Raad van State de toewijzing gebeurd aan een inschrijver waarvan de offerte, in de variant waterbekken/lagunering, had moeten worden geweerd. Wat de impliciete beslissing betreft, om de opdracht niet aan verzoekende partij toe te wijzen, oordeelde de Raad van State:

“[D]at verzoekende partij geen belang lijkt te hebben bij dat deel van haar vordering: in tegenstelling tot hetgeen zij betoogt, lijkt de aanvaarding van de middelen niet met zich te moeten meebrengen dat de opdracht aan haar zou moeten worden toegewezen. Zoals het hiervoor ernstig is bevonden, leidt het tweede middel immers niet tot het onregelmatig bevinden van de eerst geklasseerde basisofferte met mechanische dehydratatie van tussenkomende partij, omdat deze offerte niet ten volle op haar regelmatigheid lijkt te zijn onderzocht. Dezelfde conclusie lijkt te moeten gelden wat het eerste middel betreft: de kritiek in dat middel, waarbij abnormale prijzen worden toegeschreven aan de inschrijving van tussenkomende partij, lijkt enkel te kunnen worden betrokken op de variante lagunering”.

Uit voormeld arrest blijkt enkel dat verwerende partij de offerte van bv Baggerbedrijf De Boer, in de variant waterbekken/lagunering, had moeten

weren. Het arrest sluit als dusdanig de herbeoordeling niet uit van de overige offertes wat lot 1 betreft.

Verwerende partij merkt evenwel terecht op dat voormeld arrest de toepassing van artikel 18 van de overheidsopdrachtenwet evenmin uitsluit.

Op het eerste gezicht lijkt voormeld arrest van de Raad van State dus eveneens een deugdelijk motief te kunnen vormen om te besluiten tot stopzetting en heraanbesteding van de opdracht wat lot 1 betreft, zeker samengenomen met de andere motieven in de bestreden beslissing zoals onder meer het motief dat uit diverse normeringen voortvloeit dat de Haven van Brussel moet instaan voor de baggerwerken van het kanaal, onder meer een zo groot mogelijk volume tegen een zo laag mogelijke prijs, met een minimum jaarlijks volume van 40.000 m³ voor een initieel budget van 3.100.000 euro in 2010 en dat de Haven van Brussel zou zijn gehouden aan een begrotingsplanning die slechts weinig manoeuvreerruimte zou toelaten.

Ook de opgegeven motieven dat de Haven van Brussel gehouden is de baggermodaliteiten en het baggerritme voortdurend aan te passen in functie van de uitvoering van de beste technieken in dit domein en dat de prijzen van jaar tot jaar schommelen lijken niet de perken van de redelijkheid te buiten te gaan, in het licht van het gegeven dat er tussen de datum van de opening van de offertes in het kader van de eerste procedure (3 december 2009) en de datum van de bestreden beslissing van 27 augustus 2010 reeds een tijdspanne ligt van bijna negen maanden.

Er lijkt dus niet te worden aangetoond dat de bestreden beslissing inzake stopzetting en heraanbesteding van lot 1 niet zou zijn gedragen door deugdelijke motieven.

6.4. Aangezien voormeld arrest van de Raad van State geen betrekking heeft op de loten 2 en 3, lijkt dit arrest daarentegen geen deugdelijk motief te kunnen bieden om de stopzetting van de lopende gunningsprocedure en heraanbesteding te verantwoorden betreffende de loten 2 en 3.

Verwerende partij draagt evenwel in de bestreden beslissing andere motieven aan om de stopzetting wat de loten 2 en 3 betreft te verantwoorden, namelijk de samenhang tussen de drie loten 1, 2 en 3 die tegelijk zouden moeten worden gegund (1) omdat wanneer er geen uitgebaggerd slib is, er ook geen verwerking van slib kan zijn en (2) omdat op elk moment de wetgeving inzake de klassering van het slib zou kunnen wijzigen hetgeen een prijsaanpassing voor de loten 2 en 3 zou impliceren zonder dat die in mededinging zouden worden gesteld indien deze loten thans reeds zouden worden toegewezen en (3) omdat, gelet op de zorg van zuinig en goed beheer van gemeenschapsgeld, derwijze de best mogelijke prijs zou kunnen worden behaald.

6.5. Daarbij dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat de initiële toewijzingsbeslissing wat de loten 2 en 3 betreft niet aan verzoekende partij lijkt te zijn betekend en dat dus nog geen overeenkomst lijkt tot stand te zijn gekomen.

6.6. Voorts lijken de drie percelen onmiskenbaar samenhangend.

6.7. In haar verzoekschrift zet verzoekende partij uiteen waarom, indien de overheid thans een nieuwe beoordeling verricht van lot 1, zoals zij volgens verzoekende partij diende te doen, alle loten nog steeds samen kunnen worden gegund, onder andere door het vragen van een verlenging van de gestanddoeningstermijn voor de loten 2 en 3. Dergelijke vraag lijkt evenwel niet op te gaan in geval van heraanbesteding van lot 1, die zoals hoger reeds werd gesteld *prima facie* op deugdelijke motieven lijkt te steunen, in welk geval voor het eerste lot nieuwe offertes worden ingediend en voor de andere loten een nog grotere tijdspanne dan hiervoor aangestipt, zou moeten worden overbrugd met alle mogelijke prijsschommelingen vandien.

6.8. Voorts lijkt het motief dat ondertussen de regelgeving inzake de klassering van het slib zou kunnen wijzigen, hetgeen een prijsaanpassing voor de loten 2 en 3 zou impliceren zonder dat die in mededinging zou worden gesteld, niet puur hypothetisch, doch veeleer een reëel risico waarbij het de aanbestedende overheid niet als een onzorgvuldigheid mag worden aangerekend dat zij dergelijk risico niet wenst te lopen. Bovendien lijkt een eventuele prijsaanpassing zoals

verzoekende partij betoogt, zelfs indien mogelijk op grond van de door haar aangehaalde bepalingen van de algemene aannemingsvoorwaarden, geen oplossing te bieden voor het gebrek aan mededinging op dat punt.

6.9. Voorts lijkt het bestek met betrekking tot de eerste opdracht inderdaad zoals verzoekende partij vaststelt niet toe te laten dat de inschrijver prijsverminderingen kan voorstellen bij samenvoeging van percelen.

Op het eerste gezicht lijkt het echter niet uitgesloten dat verwerende partij in het licht van de opgegeven motieven inzake de zorg om de best mogelijke prijs te behalen in het licht van het beperkte budget dergelijke besteksbepaling nu net wel wenst op te nemen in het nieuwe bestek.

6.10. Er lijkt dus niet te worden aangetoond dat de bestreden beslissing ook voor wat de loten 2 en 3 betreft niet zou zijn gedragen door deugdelijke motieven.

6.11. In elk geval lijkt nergens uit de stukken voort te vloeien dat de beslissing tot stopzetting van de lopende gunningsprocedure en het uitschrijven van de nieuwe procedure doelbewust zou zijn geconcipieerd om bv Baggerbedrijf De Boer te bevoordelen ten nadele van verzoekende partij. Zoals hiervoor reeds werd uiteengezet lijkt niet aangetoond dat voor de stopzetting van de eerste opdracht geen deugdelijke motieven voorhanden waren.

6.12. Aangezien in geval van openbare aanbesteding de aangeboden prijzen worden bekendgemaakt op de openingszitting, is ten slotte voorkennis omtrent de prijzen inherent aan het herbeginnen van de procedure na openbare aanbesteding zoals artikel 18 van de voormelde wet van 24 december 1993 toestaat. Aldus lijkt het gelijkheidsbeginsel niet geschonden. Aangezien verzoekende partij in dat geval eveneens op de hoogte is van de ingediende prijzen, verkeert zij immers evenzeer in de mogelijkheid om een andere, weze het een lagere of een hogere prijs, in te dienen.

6.13. Het eerste en enig middel is niet ernstig.

Deze vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van achtentwintig december 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest