

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 220.742 van 25 september 2012
in de zaak A. 206.143/XII-7047**

In zake: de NV DREDGING INTERNATIONAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Annelies Verlinden
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV WATERWEGEN EN ZEEKANAAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 28 augustus 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van Waterwegen en Zeekanaal van 18 juli 2012 tot ‘niet-plaatsing van deelcontract 2 en tot overdoen van de gunningsprocedure voor deelcontract 2’ met betrekking tot de overheidsopdracht ‘Fort Filip tot Noordkasteel - Verhoging van een dijk tot Sigmahoogte’”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 september 2012, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Annelies Verlinden en Jackie Joossen, die verschijnen voor verzoekende partij, en advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Verwerende partij schrijft in 2009 een openbare aanbesteding uit voor een aanneming van werken, in de aankondiging genaamd “Zeeschelde R.O. Dijkwerken te Antwerpen. Fort Filip tot Noordkasteel. Verhoging van een dijk tot Sigmahoogte”.

De aankondiging van de opdracht wordt op 4 maart 2009 bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie en op 6 maart 2009 in het Bulletin der Aanbestedingen. Een kennisgeving van aanvullende informatie, informatie over een onvolledige procedure of rectificatie wordt op 18 maart 2009 bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie en op 20 maart 2009 in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.2. Het bijzonder bestek 16EI/09/06 is op de opdracht van toepassing. Artikel 1.2 “Voorwerp van de opdracht” bepaalt:

“Het voorwerp van de opdracht is het ophogen van een bestaande dijk tot Sigmahoogte (11,00m TAW) op de rechter oever van de Schelde op het

grondgebied van de stad Antwerpen tussen Fort Filip en Noordkasteel. Om een maximalistische invulling van slikken en schorregebied te realiseren wordt een gereduceerd dijkprofiel aangehouden.

Deelcontracten

Onderhavige opdracht is opgesplitst in 4 deelcontracten. Elk deelcontract omvat een deel van de volledige opdracht.

De deelcontracten zijn als volgt:

deelcontract 1: Dijkwerken Fort-Filip tot Noordkasteel A

deelcontract 2: Dijkwerken Fort-Filip tot Noordkasteel B

deelcontract 3: Inrichting vijver Noordkasteel

deelcontract 4: Aanleg verharding voor dienstweg

In zijn offerte geeft de inschrijver een prijs per deelcontract.

Nochtans is de inschrijver gebonden door de totale offertesom voor de uitvoering van de volledige opdracht. Ook de vergelijking en de evaluatie van de offertes gebeurt op basis van de totale offertesom.

De betekening zal slechts betrekking hebben op een of meerdere deelcontracten.

De aanbestedende overheid behoudt nochtans de optie tot de verdere betekening van één of meer van de overige deelcontracten.

De aanbestedende overheid heeft tevens het recht om af te zien van de betekening van één of meer van de overige deelcontracten, of de opdracht na uitvoering van een of meerdere deelcontracten stop te zetten, zonder tot enige schadevergoeding gehouden te zijn.

Voor de toepassing van de bepalingen van artikel 5, 6, 7, 15, 16, 17, 20, 28, 43 en 48 AAV wordt ieder deelcontract beschouwd als een afzonderlijke opdracht. De aanbestedende overheid houdt zich het recht voor om deelcontracten in de tijd te laten overlappen”.

3.3. In een gunningsbeslissing van 3 augustus 2009 wordt “de opdracht voor aanneming van werken ‘Zeeschelde RO. Dijkwerken te Antwerpen. Fort Filip tot Noordkasteel. Verhoging van een dijk tot Sigmahoogte’, volgens bestek nr. 16EI/09/06 [...] gegund aan de nv Dredging International voor een bedrag van 6.364.279,60 euro, (excl. BTW)”.

3.4. Met een aangetekende brief van 19 oktober 2009 die in de referte de omschrijving van de opdracht en het besteknummer herneemt en vermeldt “Betekening Deelcontract 1”, deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee “dat uw deelcontract 1 voor een bedrag van 2.735.619,10 € betreffende de bovenvermelde aannemingsopdracht werd goedgekeurd”.

3.5. Volgens de nota zijn de werken voor deelcontract 1 gestart op 14 december 2009.

3.6. In het kader van de uitvoering van deze werken ontstaan blijkbaar betwistingen tussen de partijen.

3.7. Omdat overleg niet tot een akkoord leidt en met het oog op het bereiken van een oplossing, legt verwerende partij, zoals blijkbaar tussen partijen werd afgesproken, met een brief van 3 februari 2012, het dossier voor aan de Geschillencommissie Overheidsopdrachten Mobiliteit (hierna ook: Gecover).

3.8. De secretaris van Gecover deelt met een brief van 19 juni 2012 de notulen van de zitting van 12 juni 2012 mee aan verwerende partij met vraag ze aan de raad van bestuur voor te leggen en in geval van akkoord te laten ondertekenen, de tegenpartij van deze beslissing in kennis te stellen en het secretariaat hierover in te lichten en in kennis te stellen van de reactie van de tegenpartij.

Deze notulen luiden onder meer als volgt:

“De Commissie neemt kennis van de bevindingen van de tijdens de vorige zitting opgerichte werkgroep betreffende het ultieme bedrag dat door het Bestuur kan worden aanvaard als basis voor een minnelijke regeling met de aannemer.

De Voorzitter stelt vast dat het bedrag dat de werkgroep aanvaardbaar acht als regelingsvoorstel (maximaal 2.454.646,76 euro; 2.235.989,66 euro na ultiem nazicht door de afdeling Algemene Technische Ondersteuning), lager ligt dan het door Waterwegen en Zeekanaal in het dadingsvoorstel van november 2011 voorgestelde bedrag van 2.633.537,66 euro. De Voorzitter is van oordeel dat dit laatste bedrag als ultiem voorstel dient te worden gehandhaafd.

De Commissie is van oordeel dat de sluiting van deelcontract 2 geen deel kan uitmaken van het voorstel, overwegende:

- het onaanvaardbaar karakter van het door de nv Dredging International geformuleerd voorstel tot uitvoering van deelcontract 2 op basis van een lumpsum vergoeding (onder meer met afwijzing van elke aansprakelijkheid voor schade waarvoor zij meent dat deze voortspruit uit het ontwerp).

- dat de besteksbepalingen uitdrukkelijk voorzien in de toepassing van de figuur van de ‘deelcontractenopdrachten’ waarbij de aanbestedende overheid het recht heeft af te zien van de betekening van één of meer deelcontracten;
- de aanzienlijke wijzigingen die moeten worden doorgevoerd aan deelcontract 2, die er blijkbaar toe hebben geleid dat Waterwegen en Zeekanaal heeft beslist om dit laatste in gewijzigde vorm opnieuw in mededinging te stellen”.

3.9. Op 18 juli 2012 hecht de raad van bestuur van verwerende partij zijn goedkeuring aan de voormelde notulen en aan:

- “2) de beslissing tot niet-plaatsing van deelcontract 2 van bestek 16EI/09/06 betreffende de aannemingsopdracht ‘Zeeschelde te Antwerpen. Dijkwerken tussen Noordkasteel en Fort Filip tot Noordkasteel en tot het overdoen van de gunningsprocedure DC 2 middels een openbare aanbesteding volgens het bestek 16EI/12/39;
- 3) het bestek 16EI/12/39 ‘Zeeschelde RO-Dijkwerken tussen Antwerpen Fort Filip en hoogspanningsmast ESSO – Verhoging van een dijk tot Sigmahoogte”.

Een “gemotiveerde beslissing tot niet-plaatsing van deelcontract 2 en tot overdoen van de gunningsprocedure voor deelcontract 2” werd op dezelfde dag ondertekend door de voorzitter van de raad van bestuur en de gedelegeerd bestuurder. Deze beslissing luidt als volgt:

“WATERWEGEN EN ZEEKANAAL NV

Overheidsopdracht voor aanneming van werken
Zeeschelde RO - Dijkwerken te Antwerpen - Fort Filip tot Noordkasteel -
verhogen van een dijk tot Sigmahoogte

Bestek nr. 16EI/09/06

Openbare aanbesteding

Gemotiveerde beslissing tot niet-plaatsing van deelcontract 2 en tot overdoen van de gunningsprocedure voor deelcontract 2

Gelet op de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, in het bijzonder de artikelen 18, 65/4, 65/5 en 65/9;

Gelet op het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken;

Gelet op het besluit van de Raad van Bestuur van Waterwegen en Zeekanaal nv van 13 september 2006 betreffende de delegatie van bevoegdheden;

Gelet op de bekendmaking van de opdracht op 6 maart 2009 in het Publicatieblad van de Europese Unie en in het Bulletin der Aanbestedingen;

Gelet op het bestek nr. 16E1/09/06;

Gelet op het proces-verbaal van de opening van de offertes van 12 mei 2009;

Gelet op de gemotiveerde gunningsbeslissing van 3 augustus 2009;

Gelet op de sluiting van deelcontract 1 op 19 oktober 2009;

Overwegende dat tijdens de uitvoering van deelcontract 1 van het bestek 16E1/09/06 is gebleken dat de reële grondbalans, met name de hoeveelheden en de kwaliteit van de aanwezige gronden, in sterke mate afwijkt van de bevindingen uit het grondonderzoek en dus van de bepalingen van het bestek;

Overwegende dat deze afwijking ten opzichte van het bestek niet alleen aanleiding heeft gegeven tot belangrijke wijzigingen aan de vermoedelijke hoeveelheden van deelcontract 1, met verzoek tot prijsherzieningen als gevolg, maar ook heeft geleid tot technische wijzigingen aan de opdracht, met name:

- het niet uitvoeren van het transport over water van een grote hoeveelheid grond; het niet kunnen herbruiken van het grootste gedeelte van de teelaarde als afdekgrond voor de nieuw te bouwen dijk;
- het aanvoeren van grote hoeveelheden vette grond inclusief stockage op de werf
- het behandelen van de aanwezige gronden met kalk in het kader van de verdichtingseisen die werden gesteld in het bestek
- de afvoer van belangrijke meerhoeveelheden niet voorzien puin in de dijk, alsook het afzeven van dit materiaal binnen de werfzone;

Overwegende dat de financiële weerslag van de meerwerken en de schadevergoedingen ten gevolge van deze onvoorziene omstandigheid tijdens de uitvoering van deelcontract 1 dan ook zeer groot is geweest, te weten een meerkost van 2.192,124,74 euro (80% v/h aanbestedingsbedrag), en een minkost van -331.687,50 euro (12% v/h aanbestedingsbedrag);

Overwegende dat de posten 10,18,23,24,25,26,28 waaraan belangrijke wijzigingen werden aangebracht tijdens de uitvoering van deelcontract 1 ook van toepassing zijn op deelcontract 2, waardoor de aanbestedende overheid zich heden genoodzaakt ziet om het oorspronkelijke bestek 16E1/09/06 te wijzigen alvorens over te gaan tot de sluiting van deelcontract 2;

Overwegende dat het doorvoeren van deze wijzigingen tijdens de uitvoering van deelcontract 2, te weten op basis van artikel 42 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden, geen optie is, aangezien deze bepaling enkel geldt wanneer na de sluiting en in de loop van de uitvoering van de opdracht blijkt dat wijzigingen noodzakelijk of nuttig zijn, terwijl deze noodzaak nu, voorafgaand aan de sluiting en de uitvoering, reeds duidelijk is;

Overwegende dat teneinde de gelijke behandeling van de inschrijvers voldoende te kunnen waarborgen, een nieuwe gunningsprocedure voor de werken die voorzien waren in deelcontract 2 van bestek 16E1/09/06 zich bijgevolg opdringt, waarbij elke belangstellende (opnieuw) de mogelijkheid krijgt om, rekening houdende met de nieuwe vermoedelijke hoeveelheden en met de gewijzigde werken, een offerte in te dienen;

Besluit

Artikel 1. Deelcontract 2 van de opdracht ‘Zeeschelde RO Dijkwerken te Antwerpen - Fort Filip tot Noordkasteel - verhoging van een dijk tot Sigmahoogte’ volgens bestek 16E1-09-06, wordt niet geplaatst.

Artikel 2. Voor de werken beschreven in voormeld deelcontract 2 wordt een nieuwe openbare aanbesteding georganiseerd op basis van een aangepast bestek.

Artikel 3. Er wordt goedkeuring verleend aan het aangepast bestek 16E1/12/39 ‘Zeeschelde RO - Dijkwerken tussen Antwerpen Fort Filip en hoogspanningsmast ESSO - Verhoging van een dijk tot Sigmahoogte’.

Artikel 4. Onderhavige gemotiveerde beslissing wordt ter kennis gebracht van de inschrijvers die reeds een offerte hebben ingediend voor de globale opdracht ‘Zeeschelde RO Dijkwerken te Antwerpen - Fort Filip tot Noordkasteel - verhoging van een dijk tot Sigmahoogten’.

3.10. Met een brief van 2 augustus 2012 deelt verwerende partij de voormelde door de raad van bestuur op 18 juli 2012 goedgekeurde notulen van de zitting van 12 juni 2012 van Gecover aan verzoekende partij mee.

Tegelijk wordt meegedeeld dat verzoekende partij in een apart schrijven op de hoogte zal worden gebracht van de beslissing tot niet-plaatsing van deelcontract 2.

Voorts wordt gemotiveerd waarom andere stukken niet openbaar gemaakt worden en wordt als volgt gemotiveerd waarom de beslissing tot niet-plaatsing niet strijdig is met enige aanspraken van verzoekende partij:

“Wat de inhoud van de beslissing van niet-plaatsing betreft, wijs ik u er op dat deze beslissing niet strijdig is met enige aanspraken die u zou kunnen maken. Deelcontract 2 van bestek 16E1/09/06 is immers niet gesloten ten gunste van DI, zodat DI geen enkel contractueel recht heeft in verband met dit deelcontract. DI kan geen recht op welke schadevergoeding dan ook doen gelden wegens het niet-sluiten van een deelcontract. De besteksbepalingen hierover zijn duidelijk:

‘De betekening zal slechts betrekking hebben op een of meerdere deelcontracten.

De aanbestedende overheid behoudt nochtans de optie tot de verdere betekening van één of meer van de overige deelcontracten. De aanbestedende overheid heeft tevens het recht om af te zien van de betekening van één of meer van de overige deelcontracten, of de opdracht na uitvoering van een of meerdere deelcontracten stop te zetten, zonder tot enige schadevergoeding gehouden te zijn”.

3.11. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd op 14 augustus 2012 deelt verwerende partij “conform artikel 65/4 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten” aan verzoekende partij mee dat werd besloten om “deelcontract twee van de bovenvermelde overheidsopdracht niet te plaatsen”. De hiervoor aangehaalde “gemotiveerde beslissing tot niet-plaatsing van deelcontract 2 en tot overdoen van de gunningsprocedure voor deelcontract 2”, ondertekend door de voorzitter van de raad van bestuur en de gedelegeerd bestuurder, wordt bijgevoegd.

3.12. Op 28 augustus 2012 dient verzoekende partij de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Daargelaten de vraag naar de toepassing te dezen van de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, waaruit eventueel moet worden afgeleid dat de voormelde eerste en derde voorwaarde niet van toepassing zijn, kan worden volstaan met de vaststelling dat indien hierna zou blijken dat geen van de middelen ernstig is, de vordering in elk geval moet worden afgewezen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. In een eerste middel roept verzoekende partij de schending in van de artikelen 65/4, 65/5 en 65/9 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, alsook van artikel 117 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, *juncto* artikel 18, eerste lid van de wet van 24 december 1993 en de “materiële motiveringsplicht”, alsook “de schending van het bestek zoals van toepassing op de opdracht en de lopende overeenkomst voor de opdracht”:

“Doordat, de verwerende partij beslist tot de niet-plaatsing van de werken van deelcontract 2 van de Opdracht en tot de heraanbesteding van deze werken;

En doordat, de verwerende partij deze beslissing motiveert door voor te houden dat de werken met betrekking tot deelcontract 2 nog niet aan verzoekende partij gegund zouden zijn en er aldus nog geen sluiting van een overeenkomst met betrekking tot deze werken zou hebben plaatsgevonden;

Hoewel, er geen sprake kan zijn van de niet-plaatsing van de werken van deelcontract 2 daar deze werken reeds werden geplaatst, *c.q.* gegund, bij de gunning van de Opdracht aan verzoekende partij (in overeenstemming met artikel 117 van het K.B. dd. 8 januari 1996);

Terwijl, verzoekende partij een contractueel recht heeft op de uitvoering van deze werken van deelcontract 2 die vervat zitten in de Opdracht en de contractuele relatie tussen verzoekende partij en verwerende partij;

En terwijl, de door verwerende partij vermelde artikelen 65/4, 65/5 en 65/9 van de Overheidsopdrachtwet enkel van toepassing zijn op de stopzetting van een lopende gunningsprocedure vooraleer er tot gunning van de betreffende overheidsopdracht werd overgegaan;

En terwijl, het materiële motiveringsbeginsel vereist dat de beslissing steunt op motieven die feitelijk juist of in rechte aanvaardbaar zijn;

Zodat, de in dit middel aangehaalde bepalingen en de materiële motiveringsplicht van verwerende partij zijn geschonden”.

Dit middel wordt uitvoerig toegelicht.

Beoordeling

6. In dit middel gaat verzoekende partij grotendeels in op de sluiting van de opdracht voor deelcontract 2 maar soms ook op de sluiting van de opdracht voor deelcontract 3. Op dit laatste punt dient niet verder te worden ingegaan nu het voorwerp van de vordering de beslissing van 18 juli 2012 tot niet-plaatsing van deelcontract 2 en tot het overdoen van de gunningsprocedure voor dat deelcontract is. Er blijkt ook niet dat eenzelfde beslissing werd genomen voor deelcontract 3.

7.

Artikel 18 van de wet van 24 december 1993 bepaalt:

“Het volgen van de procedure van aanbesteding, offerteaanvraag of via onderhandelingen houdt geen verplichting in tot het toewijzen van de opdracht. De aanbestedende overheid kan zowel afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze. Wanneer de opdracht verschillende percelen betreft, heeft de aanbestedende overheid het recht er slechts enkele toe te wijzen en eventueel te besluiten de andere op te nemen in één of meer nieuwe opdrachten die desnoods op een andere wijze zullen worden gegund op voorwaarde dat zij zich dit recht uitdrukkelijk heeft voorbehouden in het bestek of de als zodanig geldende stukken”.

Overeenkomstig dit artikel 18, eerste lid, mag aldus een aanbestedende overheid zowel afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze, zij het dat zij daarbij niet willekeurig te werk mag gaan en dat die beslissing moet steunen op in feite en in rechte aanvaardbare motieven die de beslissing kunnen dragen .

Krachtens artikel 65/4, eerste lid, 6°, *juncto* artikel 65/5, 8°, van de wet van 24 december 1993 stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op “wanneer ze afziet van het plaatsen van de opdracht en eventueel beslist een nieuwe opdracht uit te schrijven”; deze gemotiveerde beslissing bevat “de juridische en feitelijke motieven van de beslissing van de aanbestedende instantie om af te zien van het plaatsen van de opdracht en, in voorkomend geval, de vermelding van de nieuwe gunningsprocedure die wordt gevolgd”. Artikel 65/9 van die wet bepaalt dat de aanbestedende instantie, “onmiddellijk” na het nemen van de beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht en, in voorkomend geval, een nieuwe opdracht uit te schrijven, de gemotiveerde beslissing meedeelt aan de betrokken kandidaten en inschrijvers.

Artikel 117 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, zoals vervangen bij artikel 31 van het koninklijk besluit van 10 februari 2010, bepaalt thans:

“De sluiting van de opdracht gebeurt door de betekening van de goedkeuring van zijn offerte aan de begunstigde. Ze mag niet onderhevig zijn aan enig voorbehoud.

De betekening gebeurt per aangetekende brief, per telefax of via andere elektronische middelen op voorwaarde dat in de twee laatste gevallen, de inhoud binnen vijf dagen per aangetekende brief wordt bevestigd.

De betekening is tijdig gedaan door de verzending van de aangetekende brief of de verzending per telefax of via andere elektronische middelen binnen de gestanddoeningstermijn bedoeld in artikel 116”.

Dit koninklijk besluit van 10 februari 2010 trad in werking op 25 februari 2010 en bepaalt in artikel 76 voorts dat de overheidsopdrachten en de opdrachten bekendgemaakt vóór deze datum of waarvoor, bij ontstentenis van een bekendmaking van aankondiging, vóór deze datum een uitnodiging wordt verstuurd om zich kandidaat te stellen of een offerte in te dienen, onderworpen blijven aan de wettelijke en reglementaire bepalingen die gelden op het ogenblik van de aankondiging of van de uitnodiging. Aldus lijkt voor de sluiting van de voorliggende opdracht, waarvan de aankondiging op 4 maart 2009 werd bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie en op 6 maart 2009 in het Bulletin der Aanbestedingen, rekening te moeten worden gehouden met artikel 117 zoals toepasselijk vóór de wijziging door het koninklijk besluit van 10 februari 2010. Artikel 117 luidde dan als volgt:

“De opdracht is gegund wanneer aan de gekozen inschrijver, hierna aannemer te noemen, kennis is gegeven van de goedkeuring van zijn offerte. De betekening mag niet onderhevig zijn aan enig voorbehoud.

Die kennisgeving geschiedt bij een ter post aangetekende brief. Zo nodig kan de kennisgeving geschieden per telegram, per telex of per telefax, of via andere elektronische middelen voor zover de inhoud binnen de vijf dagen per aangetekende brief wordt bevestigd.

De kennisgeving wordt geacht gedaan te zijn door afgifte van de brief of het telegram op het post- of telegraafkantoor, of de verzending per telex of telefax of via andere elektronische middelen binnen de termijn gedurende dewelke de inschrijvers ingevolge artikel 116 door hun offerte gebonden blijven”.

8. In het middel voert verzoekende partij in wezen aan dat de beslissing tot niet-plaatsing van deelcontract 2 van opdracht 16EI/09/06 en heraanbesteding van die werken onwettig is omdat deze werken “reeds werden geplaatst, *c.q.* gegund, bij de gunning van de Opdracht aan verzoekende partij (in overeenstemming met artikel 117 van het K.B. dd. 8 januari 1996” en zij dus “een contractueel recht heeft op de uitvoering van deze werken van deelcontract 2 die

vervat zitten in de Opdracht en de contractuele relatie tussen verzoekende partij en verwerende partij”.

Aldus lijkt deze grief in verband te moeten worden gebracht met voormeld artikel 18.

In de mate dat de bestreden beslissing tevens strijdig wordt geacht met de artikelen 65/4, 65/5 en 65/9 van de wet van 24 december 1993, lijken deze bepalingen geen beperkingen te bevatten op de mogelijkheid van stopzetting behoudens dat deze stopzetting gemotiveerd moet worden. In de mate dat bedoeld is dat de opdracht niet meer mag worden stopgezet en daarom geen gemotiveerde beslissing in die zin en zoals vereist door de artikelen 65/4, 65/5 en 65/9 mag worden genomen, valt deze grief samen met de ingeroepen schending van artikel 18.

De ingeroepen schending van de artikelen 65/4, 65/5 en 65/9 lijkt hier dan ook niet aangetoond.

9. Uit de stukken van het dossier blijkt dat verwerende partij in een door de voorzitter van de raad van bestuur en de gedelegeerd bestuurder ondertekende gemotiveerde gunningsbeslissing van 3 augustus 2009, met verwijzing naar een gunningsverslag van 16 juli 2009, vaststelt dat “de laagste regelmatige offerte werd ingediend door de nv Dredging International” en beslist dat “de opdracht voor aanneming van werken “Zeeschelde RO.Dijkwerken te Antwerpen. Fort Filip tot Noordkasteel. Verhoging van een dijk tot Sigmahoogte”, volgens bestek nr. 16EI/09/06 wordt gegund aan Dredging International nv voor een bedrag van 6.364.279,60 euro, (excl. BTW)”.

Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd op 19 oktober 2009 die in de referte de omschrijving van de opdracht en het besteknummer herneemt en vermeldt “Betekening Deelcontract 1”, deelt verwerende partij vervolgens aan verzoekende partij mee “dat uw deelcontract 1 voor een bedrag van 2.735.619,10 € (BWT) betreffende de bovenvermelde aannemingsopdracht werd goedgekeurd”. Het bedrag van de borgtocht ingevolge artikel 5, § 1 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden (bijlage bij koninklijk

besluit van 26 september 1996), 136.790 euro of 5% van 2.735.619,10 euro, wordt vermeld en er wordt gevraagd binnen 30 kalenderdagen het bewijs van deze borgtocht te leveren.

Aldus lijkt in de dan geldende terminologie de opdracht in zijn geheel te zijn “toegewezen”, in de huidige terminologie, “gegund” aan verzoekende partij, maar lijkt, in de dan geldende terminologie, de opdracht enkel voor deelcontract 1 “gegund aan”, of in de huidige terminologie, “gesloten met” verzoekende partij.

10. Verzoekende partij voert in dit middel in wezen aan dat met haar reeds een overeenkomst is tot stand gekomen betreffende de volledige opdracht 16EI/09/06 en dus ook voor deelcontract 2 terwijl volgens verwerende partij de goedkeuring van de offerte enkel werd betekend en dus enkel een contract werd gesloten wat deelcontracten 1 en 4 betreft.

Aldus is het ontstaan en de draagwijdte van de bedoelde overeenkomst voorwerp van betwisting tussen de partijen en lijkt een uitspraak over de ernst van dit middel de Raad van State te verplichten tot een uitspraak over de eventuele schending van rechten die verzoekende partij uit die overeenkomst zou putten; dergelijke betwistingen lijken krachtens de artikelen 144 en 145 van de Grondwet echter tot de rechtsmacht van de gewone rechter te behoren.

De Raad van State lijkt dan ook zonder rechtsmacht om dit middel nader te onderzoeken. Dit dient ambtshalve te worden vastgesteld. Ter terechtzitting daarover bevraagd, verklaart verzoekende partij dat deze conclusie mogelijk is.

Er lijkt echter niet *prima facie* vast te staan dat de Raad van State aldus ook zonder rechtsmacht is om kennis te nemen van de vordering in haar geheel, nu de andere middelen niet zijn gesteund op betwistingen over contractuele rechten.

Voor de afwikkeling van de huidige procedure lijkt in elk geval voorlopig te moeten worden aangenomen, alvast totdat een bevoegde rechter

eventueel anders zou beslissen, dat de overeenkomst betreffende de opdracht door verwerende partij enkel werd gesloten voor deelcontract 1 (en 4). Verzoekende partij toont in dat licht dan niet aan dat niet beslist mocht worden tot afzien van sluiten van deelcontract 2. Artikel 18 van de wet van 24 december 1993 lijkt zich tegen een dergelijke beslissing niet te verzetten zolang het contract niet is gesloten, en de beslissing van 3 augustus 2009 tot gunning, van de opdracht aan verzoekende partij, lijkt niet in te houden dat het contract reeds was gesloten voor deelcontract 2.

11. Het eerste middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. In een tweede middel roept verzoekende partij de schending in van het “besluit van de Vlaamse Regering van 7 mei 2004 tot het aannemen van de statuten van het Agentschap Waterwegen en Zeekanaal *juncto* het besluit van de raad van bestuur van de nv Waterwegen en Zeekanaal nv betreffende de delegatie van bevoegdheden van 13 september 2006”:

“Doordat, de bestreden beslissing van verwerende partij door de gedelegeerd bestuurder (de heer Leo Clinckers) en de voorzitter van de Raad van Bestuur (de heer Albert Absillis) werd genomen en ondertekend;

En doordat, de bestreden beslissing verwijst naar het besluit van de Raad van Bestuur van Waterwegen en Zeekanaal betreffende de delegatie van bevoegdheden van 13 september 2006 voor de zogenaamde bevoegdheid van de gedelegeerd bestuurder en de voorzitter van de Raad van Bestuur;

Terwijl, het besluit van de Raad van Bestuur van Waterwegen en Zeekanaal betreffende de delegatie van bevoegdheden van 13 september 2006 geen bevoegdheid voorziet voor de gedelegeerd bestuurder en de voorzitter van de Raad van Bestuur voor het stopzetten van een lopende gunningsprocedure (waarvan verwerende partij ten onrechte van uit gaat, zie hiervoor de wettigheidskritiek in het tweede middel);

En terwijl, de statuten van verwerende partij, zoals vastgelegd in het besluit van de Vlaamse Regering tot het aannemen van de statuten van het Agentschap Waterwegen en Zeekanaal van 7 mei 2004, bepalen dat de

Raad van Bestuur van verwerende partij bevoegd is voor het stellen van alle handelingen die nodig of dienstig zijn voor de verwezenlijking van het doel van verwerende partij; dat het dan ook uitsluitend de Raad van Bestuur van verwerende partij was die bij meerderheid van stemmen tot de bestreden beslissing kon overgaan;

Zodat, de in dit middel aangehaalde besluiten zijn geschonden”.

Beoordeling

13. In het middel zoals verwoord in het inleidend verzoekschrift wordt ervan uitgegaan dat enkel de raad van bestuur van verwerende partij bevoegd is om te beslissen tot stopzetting van een lopende gunningsprocedure en dus niet de voorzitter van de raad van bestuur en de gedelegeerd bestuurder van de nv Waterwegen en Zeekanaal die de meegedeelde gemotiveerde beslissing van 18 juli 2012 ondertekenden.

Uit het door verwerende partij voorgelegde stuk 23 - een uittreksel uit de notulen van de raad van bestuur van 18 juli 2012 - blijkt dat de raad van bestuur op 18 juli 2012 goedkeuring verleent aan de beslissing tot niet-plaatsing van deelcontract 2 van bestek 16EI/09/06 en tot het overdoen van de gunningsprocedure voor deelcontract 2 met een openbare aanbesteding volgens het bestek 16EI/12/39, alsook aan dit bestek 16EI/12/39 “Zeeschelde RO-Dijkwerken tussen Antwerpen Fort Filip en hoogspanningsmast ESSO - Verhoging van een dijk tot Sigmahoogte”.

Zoals verwerende partij opmerkt in de nota lijkt aldus de beslissing tot niet-plaatsing van deelcontract 2 en heraanbesteding van die werken, te zijn genomen door het volgens verzoekende partij bevoegde orgaan.

Ter terechtzitting betoogt verzoekende partij dat zij het middel handhaaft omdat zij niet weet of de raad van bestuur van verwerende partij die beslissing nam om de redenen opgenomen in de aan haar meegedeelde en door de voorzitter van de raad van bestuur en gedelegeerd bestuurder ondertekende “gemotiveerde beslissing tot niet-plaatsing van deelcontract 2 en tot overdoen van de gunningsprocedure voor deelcontract 2”.

Aangenomen lijkt echter te kunnen worden dat de raad van bestuur die volgens de voorgelegde notulen “de beslissing” tot niet-plaatsing van deelcontract 2 en heraanbesteding van die werken goedkeurt, daarmee die meegedeelde gemotiveerde beslissing, en dus ook de motieven ervan, goedkeurde.

14. Het feitelijk uitgangspunt van het middel, namelijk dat niet tot stopzetting werd beslist door de raad van bestuur, lijkt dan ook te falen en het middel is dan ook niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

15. In een derde en laatste middel roept verzoekende partij de schending in van artikel 18, artikel 65/4, 6°, en artikel 65/9 van de wet van 24 december 1993 en de materiële motiveringsplicht, alsook de schending van “het proportionaliteitsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel”:

“Doordat, voor zover er al sprake zou kunnen zijn van een lopende gunningsprocedure voor de werken van deelcontract 2 (*quod non, vide supra*), de bestreden beslissing niet motiveert waarom er tot een stopzetting van deze gunningsprocedure zou kunnen worden overgegaan;

Terwijl, een stopzettingsbeslissing op grond van artikel 18 van de Overheidsopdrachtenwet moet steunen op motieven die in rechte en in feite aanvaardbaar moeten zijn, zoals ook aangeduid in de artikelen 65/4, 6° en 65/9 van de Overheidsopdrachtenwet;

Zodat, het in dit middel aangehaalde artikel 18 van de Overheidsopdrachtenwet en de materiële motiveringsplicht van verwerende partij zijn geschonden”.

Beoordeling

16. Daargelaten de vraag of de ingeroepen artikelen 65/4, 65/5 en 65/9 van de wet van 24 december 1993 te dezen van toepassing zijn minstens wat betreft de beslissing tot niet-plaatsing van deelcontract 2, zou dergelijke beslissing ook krachtens de wet van 29 juli 1991 betreffende uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen formeel gemotiveerd moeten worden.

Aldus moet de formele motivering van de bestreden beslissing de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

In de mate dat in het middel de schending van de formele motiveringsplicht aan de orde is, wordt niet *prima facie* aangetoond dat de reeds aangehaalde motivering om deelcontract 2 niet te plaatsen en de werken opnieuw aan te besteden met een gewijzigd bestek, vanuit formeel oogpunt niet kan volstaan. Verzoekende partij betwist overigens een deel van de motivering in het eerste middel en een ander deel in huidig middel. Aldus lijkt aan de formele motiveringsplicht voldaan, minstens aan de *ratio legis* ervan.

17. Wat de beweerde schending van artikel 65/9 van de wet van 24 december 1993 betreft omdat van deze beslissing niet “onmiddellijk” na het nemen ervan kennis werd gegeven, dient voorts in ieder geval te worden vastgesteld dat een gebeurlijk gebrek in de kennisgeving de rechtmatigheid van de bestreden beslissing zelf in beginsel niet aantast.

18. In de mate dat de motivering in dit middel inhoudelijk wordt betwist, lijkt de noodzaak verbeteringen aan te brengen aan het bestek een gegronde reden voor heraanbesteding te kunnen zijn.

Het argument van verzoekende partij dat te dezen in feite enkel naar eigen nalatigheden wordt verwezen om de beslissing tot niet-plaatsing van deelcontract 2 en tot heraanbesteding van die werken te verantwoorden, lijkt dan

ook niet te beletten dat ook dan de noodzaak verbeteringen aan te brengen aan het bestek een stopzettingsbeslissing en heraanbesteding kunnen rechtvaardigen.

Verzoekende partij lijkt die noodzaak trouwens zelf te hebben bevestigd in haar brief van 8 november 2011 met een voorstel tot uitvoering van deelcontract 2 op basis van een lumpsumvergoeding - die aanzienlijk hoger is dan in het prijsvoorstel in de offerte - en een aangepaste meetstaat, volgens die brief “op basis van omstandigheden en condities zoals aangetroffen tijdens uitvoering van Deelcontract 1” en waarbij volgens de begeleidende brief rekening werd gehouden met de sterk afwijkende grondcondities en daaraan gekoppelde grondbalans, met de noodzaak tot installatie en beheer van een horizontale bemaling en met het tekort aan vette grond, en werd uitgegaan van de volgende punten:

- de bereikbaarheid van de stockageplaats te Prosperpolder met opliggers voor wegtransport wordt gegarandeerd door Waterwegen en Zeekanaal door middel van een gecoördineerd onderhoud van de aan- en afvoerroute en stock;
- een maximale recuperatie van vette grond ter plaatse;
- de verwerking van alle overtollige niet-verpersbare grond te Prosperpolder;
- de afvoer overtollige persbare grond is een last van de aanneming; en
- het ontwerp blijft de verantwoordelijkheid van Waterwegen en Zeekanaal.

Gelet op de ruime beoordelingsbevoegdheid van de aanbestedende overheid terzake, lijkt het motief dat een heraanbesteding zich opdringt om een gelijke behandeling van de inschrijvers te kunnen waarborgen, lees alle belangstellenden opnieuw de kans te geven om een offerte in te dienen rekening houdend met de nieuwe vermoedelijke hoeveelheden en de gewijzigde werken, in dat licht niet prima facie zonder draagkracht. Het feit dat het blijft gaan om de verhoging van eenzelfde dijk, zoals verzoekende partij ter terechtzitting benadrukt, leidt niet tot een andere conclusie.

Ter terechtzitting benadrukt verzoekende partij dat zij het gewijzigd bestek niet kreeg en dus niet weet wat werd gewijzigd. Aldus lijkt zij voorbij te gaan aan de volgende overwegingen in de meegedeelde gemotiveerde beslissing tot niet-plaatsing van deelcontract 2 en tot overdoen van de

gunningsprocedure voor deelcontract 2:

“Overwegende dat tijdens de uitvoering van deelcontract 1 van het bestek 16E1/09/06 is gebleken dat de reële grondbalans, met name de hoeveelheden en de kwaliteit van de aanwezige gronden, in sterke mate afwijkt van de bevindingen uit het grondonderzoek en dus van de bepalingen van het bestek;

Overwegende dat deze afwijking ten opzichte van het bestek niet alleen aanleiding heeft gegeven tot belangrijke wijzigingen aan de vermoedelijke hoeveelheden van deelcontract 1, met verzoek tot prijsherzieningen als gevolg, maar ook heeft geleid tot technische wijzigingen aan de opdracht, met name :

- het niet uitvoeren van het transport over water van een grote hoeveelheid grond; het niet kunnen herbruiken van het grootste gedeelte van de teelaarde als afdekgrond voor de nieuw te bouwen dijk;
- het aanvoeren van grote hoeveelheden vette grond,, inclusief stockage op de werf
- het behandelen van de aanwezige gronden met kalk in het kader van de verdrichtingseisen die werden gesteld in het bestek
- de afvoer van belangrijke meerhoeveelheden niet voorzien puin in de dijk, alsook het afzeven van dit materiaal binnen de werfzone;

Overwegende dat de financiële weerslag van de meerwerken en de schadevergoedingen ten gevolge van deze onvoorziene omstandigheid tijdens de uitvoering van deelcontract 1 dan ook zeer groot is geweest, te weten een meerkost van 2.192,124,74 euro (80% v/h aanbestedingsbedrag), en een minkost van -331.687,50 euro (12% v/h aanbestedingsbedrag);

Overwegende dat de posten 10,18,23,24,25,26,28 waaraan belangrijke wijzigingen werden aangebracht tijdens de uitvoering van deelcontract 1 ook van toepassing zijn op deelcontract 2, waardoor de aanbestedende overheid zich heden genoodzaakt ziet om het oorspronkelijke bestek 16E1/09/06 te wijzigen alvorens over te gaan tot de sluiting van deelcontract 2;”

Aldus lijken de bedoelde technische wijzigingen en de belangrijkste gewijzigde posten wel degelijk vermeld. Overigens lijkt het ter inzage geven van een bestek alleen aan verzoekende partij niet verenigbaar met de naleving van het principe van gelijke behandeling van potentiële inschrijvers voor een overheidsopdracht.

In de mate dat verzoekende partij in het inleidend verzoekschrift voorts doet gelden dat niet wordt toegelicht waarom de vereiste wijzigingen voor de uitvoering van deelcontract 2 “niet zouden kunnen worden doorgevoerd in overeenstemming met de algemene aannemingsvoorwaarden”, gaat zij voorbij aan de motivering dat “de toepassing van artikel 42 van de algemene aannemingsvoorwaarden geen optie is” aangezien de noodzaak van deze wijzigingen niet pas na de sluiting van deelcontract 2 en in de loop van de uitvoering van dit deelcontract blijkt maar nu reeds gebleken is in de uitvoering van deelcontract 1. Het definitieve antwoord op de vraag of deelcontract 2 al werd gesloten, aan de orde in het eerste middel, lijkt, zoals reeds daar vastgesteld, de rechtsmacht van de Raad van State te buiten te gaan.

19. Het argument van verzoekende partij, dat de niet-plaatsing en heraanbesteding van deelcontract 2 des te minder verantwoord is nu inmiddels wel werd overgegaan tot betekening en start van deelcontract 4, toont evenmin *prima facie* aan dat deze beslissing tot niet-plaatsing een “onrechtvaardige, onredelijke of disproportionele beslissing” is, alleen al omdat niet blijkt dat het gaat om vergelijkbare werken. Er wordt immers niet aangetoond dat wijzigingen aan de vermoedelijke hoeveelheden of werken van dit deelcontract 4 noodzakelijk zijn in functie van vaststellingen tijdens de uitvoering van deelcontract 1. Anders dan deelcontract 2 lijkt deelcontract 4 ook geen eigenlijke dijkwerken te bevatten maar de aanleg van een verharding voor een dienstweg.

20. Het argument dat er minstens geen zorgvuldig bestuur van verwerende partij is omdat zij in weerwil van de beschikking van 24 juli 2012 van de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg van Antwerpen, alsnog een stopzettingsbeslissing en heraanbestedingsbeslissing nam, gaat eraan voorbij dat laatstgenoemde beslissingen eerder al op 18 juli 2012 waren genomen. Voorts legt deze beschikking enkel een verbod op om in het Bulletin der Aanbestedingen over te gaan tot publicatie van een nieuwe opdracht met betrekking tot de werken die deel uitmaken van deelcontracten 2 en 3. Er wordt niet betoogd dat dit is gebeurd, nog daargelaten de vraag of dit anders zou leiden tot onwettigheid van de voorafgaande beslissing tot stopzetting en heraanbesteding zelf.

21. Het derde middel is bijgevolg niet ernstig.

VI. Besluit

22. Geen van de middelen is ernstig gebleken. Deze vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te verwerpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. Verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 25 september 2012, 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