

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 245.830 van 21 oktober 2019

in de zaak A. 229.227/XII-8805

In zake: 1. de NV COMBINED MARINE TERMINAL OPERATIONS
WORLDWIDE
2. de BV MULTRASHIP
samen vormend de naamloze vennootschap in oprichting
Zeebrugge Towage nv
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Annelies Verlinden en Evelien De Raeymaecker
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV MAATSCHAPPIJ VAN DE BRUGSE ZEEHAVEN
(MBZ)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Neil Braeckeveldt en Jan-Willem Vanhoutte
kantoor houdend te 8000 Brugge
Ezelstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV UNIE VAN REDDING- EN SLEEPDIENST BELGIE
(URS)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wouter Moonen, Nick Parthoens en Jarien Bloemen
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 27 september 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de

XII-8805-1/20

beslissingen van de Raad van bestuur van MBZ d.d. 13 september 2019 [...] die luiden als volgt:

‘[...] De Raad van bestuur neemt met eenparigheid van stemmen elk van de volgende besluiten:

- De offerte van inschrijver NV URS België en de offerte van inschrijver Zeebrugge Towage NV, die beiden voor limietdatum van 29 augustus 2019 om 11u werden ingediend, worden als substantieel onregelmatig afgewezen en de lopende plaatsingsprocedure voor de concessieopdracht wordt stopgezet zonder gunning;
- Er wordt een nieuwe plaatsingsprocedure (via onderhandelingsprocedure) uitgeschreven voor de gunning van de concessie-opdracht voor sleepdiensten in de haven van Brugge-Zeebrugge en haar toegangswegen met bekendmaking in het Bulletin der Aanbestedingen en het Europees Publicatieblad [...]

met dien verstande dat huidig verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid niet is gericht tegen de beslissing van de Raad van bestuur van MBZ d.d. 13 september 2019 om de offerte van inschrijver NV URS België als substantieel onregelmatig af te wijzen en [de nv Combined Marine Terminal Operations Worldwide en de bv Multtraship] Uw Raad aldus niet om de schorsing van de beslissing tot substantiële onregelmatigverklaring van de offerte van inschrijver NV URS België verzoeken” en van “de impliciete beslissing s.d., maar *de facto* eveneens van 13 september 2019, van de Raad van bestuur van MBZ om de concessieopdracht niet aan [de nv Combined Marine Terminal Operations Worldwide en de bv Multtraship], samen vormend de vennootschap in oprichting Zeebrugge Towage NV, toe te wijzen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 9 oktober 2019 heeft de nv Unie van Redding- en Sleepdienst België (URS) gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 oktober 2019, om 10.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Annelies Verlinden, Evelien De Raeymaecker en Maïté Bultheel, die verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaten Neil Braeckevelt en Jan-Willem Vanhoutte, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Wouter Moonen en Jarien Bloemen, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij beslist op 14 december 2018 om een plaatsingsprocedure met onderhandelingen te organiseren voor een concessie voor het verrichten van sleepdiensten in de haven van Brugge-Zeebrugge en haar toegangswegen.

Het bestek omschrijft het voorwerp van de concessie als ‘het organiseren van een sleepdienst van zeeschepen, en indien gevraagd andere vaartuigen, in de haven van Brugge-Zeebrugge en haar maritieme toegangswegen om de veiligheid en de goede werking van de haven te verzekeren’.

Het bestek wijst er de inschrijvers op dat zij de geldende arbeids-, loon-, en tewerkstellingsvoorwaarden dienen na te leven en bepaalt onder andere:

“De concessiehouder zal voor de uitvoering van het voorwerp van deze concessie de arbeids-, loon-, en tewerkstellingsvoorwaarden naleven van het Paritair Comité voor de binnenscheepvaart (nr.139) behoudens wijzigingen in de toepasselijke wetgeving/reglementering.”

In het bestek worden in punt IV.A. voorts de volgende technische voorschriften opgelegd:

“Volgende technische voorschriften gelden voor de uitvoering van de concessie:

1. De concessiehouder moet de permanente beschikking hebben over minstens 7 bedrijfsklare sleepboten, inclusief sleeptros, gestationeerd in Zeebrugge. In functie van het aantal sleepbewegingen die 3 of meer sleepboten vereisen dient de inschrijver minstens te beschikken over het aantal bedrijfsklare sleepboten conform onderstaande tabel. Dit aantal sleepboten moet beschikbaar zijn tijdens deze prestaties die 3 of meer sleepboten vereisen indien ze minimum 12 uur op voorhand aangevraagd worden.

Aantal bewegingen ≥ 3 slepers	Totaal aantal slepers	Configuratie	
		≥ 80 ton bollard pull	≥ 65 ton bollard pull
< 130 per jaar, of < 8 per maand, of 1 per 24 uur	7	4	3
130-199 per jaar, of 8-15 per maand, of 2 per 24 uur	8	5	3
≥ 200 per jaar, of > 15 per maand, of > 2 per 24 uur	9	5	4

2. De sleepboten dienen geschikt te zijn voor gebruik in de maritieme toegang en de volledige haven waarbij minstens 2 sleepboten een operationele diepgang moeten hebben van maximum 5,5 meter.

3. Extra sleepboten dienen beschikbaar te zijn mits een kennisgeving van 2,5 uur. Extra sleepboten moeten beschikbaar zijn op basis van noodzaak en onafhankelijk van het aantal bewegingen met 3 of meer slepers.

4. Indien een sleepboot buiten dienst is wegens onderhoud, droogdok of inspectie dient onmiddellijk in de vervanging van een evenwaardige sleepboot te worden voorzien. Deze vervanging moet aanwezig en beschikbaar zijn voor het uit dienst nemen van de sleepboot in kwestie en op voorhand gemeld en goedgekeurd worden door de havenkapitein of

haar/zijn afgevaardigde. Bij technische defecten, averij of andere operationele uitval dient zo snel als mogelijk in een evenwaardige vervanging voorzien te worden.

5. Minstens 6 sleepboten dienen continu inzetbaar te zijn. Andere sleepboten in Zeebrugge gestationeerd dienen binnen 2,5 uur inzetbaar te zijn.”

3.2. Er worden twee offertes ingediend, namelijk door de nv in oprichting Zeebrugge Towage gevormd door de huidige verzoekende partijen en door de nv URS België, de zittende concessiehouder die hier in de procedure tussenkomt.

3.3. Er vinden onderhandelingen plaats met de inschrijvers. Er wordt de inschrijvers onder meer gevraagd om een casestudy te maken met reële trafiekgegevens voor de periode maart 2019, om na te gaan of de kostprijsberekening realistisch is en of de door de inschrijvers voorgestelde vlootconfiguratie en het bijhorende werksysteem een sluitende oplossing kunnen bieden.

3.4. Op 29 augustus 2019 wordt door de beide inschrijvers een finale offerte ingediend.

3.5. Op 12 september 2019 wordt er een beoordelingsverslag opgesteld. Wat de offerte van de verzoekende partijen betreft, wordt er besloten dat hun definitieve offerte niet overeenstemt met de essentiële bestekseisen inzake het aantal bedrijfsklare sleepboten en continu inzetbare sleepboten, samen genomen met de bepalingen van de sectorale CAO van 18 februari 2016 inzake loon- en arbeidsvoorwaarden havensleepvaart voor de periode 2016-2017 en bedrijfs-CAO havensleepvaart voor de periode 2019-2020, en bijgevolg materieel substantieel onregelmatig is. In een onderzoek overheen zeven bladzijden wordt in essentie vastgesteld dat het door de verzoekende partijen voorgestelde werkschema inbreuk maakt op de arbeidsduur en de gegarandeerde rusttijd opgelegd door de voornoemde CAO's en dat bijgevolg niet wordt voldaan aan het vereiste aantal bedrijfsklare sleepboten en continu inzetbare sleepboten. Hierbij wordt onder meer als volgt overwogen:

“Met het ingediende voorstel in de definitieve offerte voorziet Zeebrugge Towage in 6 continu inzetbare sleepboten aan de hand van het werkschema van 8 sleepboten. Echter beschikt Zeebrugge Towage niet langer over een 7e bedrijfsklare in Zeebrugge gestationeerde sleepboot, *in casu* dus een negende sleepboot in het havengebied, die inzetbaar is mits een kennisgeving van 2,5 uur.

Rekening houdend met het feit dat:

- deze schepen bemand dienen te zijn;
- de continu inzetbaarheid van de sleepboten niet gekoppeld kan worden aan de noden van de trafiek en als dusdanig onderdeel dient te vormen van een structurele basisoplossing waarbij:
 - ° het gegarandeerde ononderbroken rustblok van 8 uur (voor 14 uurs schepen) niet ingepland kan worden in functie van de noden zoals door de trafiek opgelegd;
 - ° de 2 uur ononderbroken rust + 1 uur rust binnen MLC (voor 14 uurs schepen) wel kan ingepland worden in functie van de trafiek;
 - ° abstractie mag gemaakt worden van de korte periodes voor bemanningswissel waarbij 24 uurs schepen niet inzetbaar zouden zijn.

wordt, met de voorgestelde vlootconfiguratie van 8 in Zeebrugge gestationeerde sleepers, weliswaar de effectieve continue inzetbaarheid van 6 sleepers door Zeebrugge Towage in haar definitieve offerte wel voorzien, maar voldoet de oplossing niet aan de besteksvereisten wat de zevende in Zeebrugge te stationeren bedrijfsklare sleepboot betreft.

Een dagelijks gegarandeerd rustblok (8 uur) voor blokboten dient ononderbroken te zijn en kan enkel verschoven worden omwille van onvoorziene omstandigheden en/of overmacht. Het gegarandeerde rustblok verlaten kan alleen in dringende omstandigheden. Deze regel is uitzonderlijk en zal na overleg met de werkleider en mits akkoord van de kapitein van de sleepboot toegepast worden. Concreet betekent dit dus dat een sleepboot die bijvoorbeeld reeds 4 uur in rust ligt, niet opgeroepen kan worden om binnen 2,5 uur een prestatie aan te vangen.

Het vervangen van de bemanning aan boord voor een periode van 12 uur ofwel het omvormen van een blokboot naar 24-uurs schip kan dus enkel gebeuren vóór aanvang van het ononderbroken rustblok van 8 uur en niet tijdens het rustblok. Concreet betekent dit dus dat 2 van de 8 sleepers die zich telkens samen in rust bevinden, niet binnen de 2,5 uur kunnen ingezet worden conform de technische voorschriften, aangezien ze niet kunnen voorzien worden van een inzetbare bemanning (bvb. door middel van het vervangen van de bemanning in rust) conform de voorwaarden van de CAO.

Bijgevolg kan niet worden geconcludeerd dat Zeebrugge Towage nv in zijn offerte een oplossing voorstelt die beantwoordt aan de vereisten van een permanente beschikking over 7 bedrijfsklare sleepboten gestationeerd in Zeebrugge die inzetbaar zijn onder de voorwaarden van het bestek (termijn, naleving CAO...) onder de vorm van 6 continu inzetbare schepen en 1 inzetbaar na afroep binnen 2,5 uur).

Vertrekkende van een volstrekt werkelijke situatie (zie case), zoals op 15 maart 2019, zonder als exhaustief voorbeeld te dienen, is de achtste sleepboot die in de offerte van Zeebrugge Towage is voorzien bezig met het uitvoeren van sleepprestaties tijdens een periode waarin de sleepboot in rust zou moeten zijn (pro forma rustblokken in rood omlijnd). Om deze prestaties uit te kunnen voeren, zou de ad hoc/stand by sleper bemand moeten worden. Indien het rustblok verschoven of verlaat wordt dan situeert het probleem zich opnieuw tijdens het rustblok van andere sleepboten. Met onderstaand voorbeeld wordt aangetoond dat met het voorgestelde werkschema van 8 sleepboten slechts de continu inzetbaarheid van 6 sleepboten wordt gerealiseerd.

[Er volgt een schematische weergave van het voorgaande]

Enkele voorbeelden ter illustratie van situaties waarbij de inzet van een 7de sleepboot noodzakelijk is:

- Indien zich een technisch defect voordoet op één van de vijf verplicht toegewezen sleepers wanneer een LNG-tanker bij opvaart zich voorbij het *point of no return* (het punt waarbij de aanloop naar de haven niet langer kan afgebroken worden) bevindt, kan de bemanning de sleper met het defect afmeren en overstappen op de 7de bedrijfsklare sleepboot (in dit geval de *ad hoc* of *standby* boot die als negende boot in het havengebied aanwezig is) met een minimum aan tijdsverlies en als dusdanig een veilige invaart garanderen.
- Bij eventueel defect aan de sluis en indien er zich in de sluis 2 uitgaande *car carriers*, elk met 2 sleepers, bevinden en één van deze sleepboten nadien het geplande vertrek van een conventionele LNG-tanker (verplicht 3 sleepboten) moet bijstaan, kan de zevende sleper opgeroepen worden om alsnog het uitgaande manoeuvre met de LNG-tanker te voltooien.
- Indien 4 sleepboten ingezet worden in de achterhaven en een opvarend stroom- en/of tijgebonden containerschip vraagt een bijkomende sleepboot, kan de zevende sleper opgeroepen worden binnen het vooropgestelde tijdsbestek.
- Het inzetten van een sleepboot als brandwacht boot vermindert de inzetbare capaciteit naar 5, hetgeen de waarschijnlijkheid om de 7e sleper op te roepen doet toenemen.
- Bij onderhoudswerkzaamheden aan de sluis (stremmingen) kan een bepaald aantal sleepboten tijdelijk vast komen te zitten in de

achterhaven waardoor de 7de sleepboot opgeroepen dient te worden voor assistenties in de voorhaven of *vice versa*, afhankelijk van de positionering.

Substantieel karakter van de onregelmatigheid

Het voorzien van een oplossing waarbij er een inbreuk zou gepleegd worden op een (sectorale) CAO verschaft een inschrijver een discriminerend voordeel ten aanzien van partijen die wel deze voorschriften naleven en dus zelfs vrij aanzienlijke bijkomende middelen (schepen, kostenafschrijving, verzekering, onderhoud, bemanningen) moeten inzetten teneinde de inbreuk te vermijden.

De inzet van de 7de bedrijfsklare sleper en het desgevallend overvaren zou ook geen zeldzame uitzondering vormen. Op grond van de gegevens vermeld in de casestudy (effectieve prestaties maart 2019) kan men vaststellen dat een tiental keer de noodzaak bestond tot mobilisatie en inzet van ‘de zevende sleepboot’. Bij niet toenemende trafiek kan dit geschat worden op 30 keer per jaar, zoals eveneens ingeschat door Zeebrugge Towage in de eerste gedetailleerde kostprijsberekening. In de definitieve offerte, die zoals hierboven reeds beschreven geen 7de bedrijfsklare sleepboot in Zeebrugge aanbiedt, zijn eveneens de kosten verbonden met de inzet van deze 7de bedrijfsklare sleepboot (overvaart, brandstof, het personeel etc.) niet in rekening gebracht. De vaststelling dat deze kosten niet inbegrepen zijn zou er toe kunnen leiden dat de aangeboden prijs lager is.

Wanneer de sectorale cao havensleepvaart 2019-2020 tijdens de looptijd van de concessie bovendien algemeen verbindend zou worden verklaard (hetgeen waarschijnlijk is aangezien de aanvraag daartoe is ingediend) dan kan een inbreuk hierop zelfs strafrechtelijk worden gesanctioneerd.

Voor de volledigheid kan nog worden opgemerkt dat het evenmin is toegestaan om de zevende sleper die binnen 2,5 uur moet kunnen worden ingezet conform technisch voorschrift 3 te laten overvaren uit een andere haven. Deze boot dient immers ook in Zeebrugge gestationeerd zijn. Deze stationeringsplaats is een minimale eis.

Het overvaren van sleepboten uit andere havens maakt de uitvoering onzeker, de inzetbaarheid zal ondermeer afhangen van de beschikbaarheid aan sleepboten in andere havens, de trafiek in die havens, het gemak van de overtocht... ten aanzien van de door het bestek bepaalde regeling. En vermits de drukte deels conjunctuurgevoelig is zal de nood aan sleepboten in de buurhavens ook toenemen wanneer het ook drukker wordt in Zeebrugge. Indien de inzet van de zevende sleper noodzakelijk zou zijn door weersomstandigheden zoals bijvoorbeeld storm, zullen diezelfde weersomstandigheden hoogstwaarschijnlijk ook de beschikbaarheid vanuit andere havens en de tijd om over te varen negatief beïnvloeden. Bovendien

is de dienstverlening dan niet vergelijkbaar, de 2,5 uur is immers een maximum, waardoor bij het overvaren van een schip al minstens telkens de overvaarttijd verloren gaat.

Op grond van bovenvermelde motieven moet de aanbestedende overheid tot het besluit komen dat de betrokken definitieve offerte substantieel onregelmatig is.”

De offerte van de nv URS België wordt als formeel substantieel onregelmatig verworpen in het beoordelingsverslag.

Er wordt voorgesteld om de beide offertes onregelmatig te verklaren, de plaatsingsprocedure stop te zetten en “[b]innen afzienbare tijd [...] de concessie opnieuw in mededinging [te] brengen met een aangepast bestek, waarvan de uitvoeringsbepalingen strakker de gewenste oplossing en de kwaliteitswaarborgen van de dienstverlening [...] bepalen”.

3.6. Op 13 september 2019 beslist de verwerende partij, verwijzend naar het beoordelingsverslag dat een integraal deel van de beslissing wordt verklaard, om beide offertes substantieel onregelmatig te verklaren, de plaatsingsprocedure stop te zetten zonder gunning en een nieuwe plaatsingsprocedure uit te schrijven. Dat is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkoms

4. De nv Unie van Redding- en Sleepdienst België (URS) dient een verzoek tot tussenkomst in. Zij lijkt er belang bij te hebben dat de vordering wordt afgewezen. Haar verzoek tot tussenkomst wordt ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de tussenkomende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. Vertrouwelijkheid van de stukken

6.1. De verwerende partij legt een aantal stukken uit het administratief dossier vertrouwelijk neer, hierbij het volledige beoordelingsverslag. In een niet-vertrouwelijke versie van dit verslag wordt de beoordeling van de offerte van de tussenkommende partij weggelaten.

De verzoekende partijen opperen ter terechtzitting dat de wapengelijkheid hier in het gedrang is door dit weglaten. De redenen voor wering van hun offerte zijn alle partijen bekend; de redenen voor wering van de offerte van de tussenkommende partij zijn de verzoekende partijen onbekend.

6.2. De Raad merkt hier op dat de onregelmatigheid van de offerte van de tussenkommende partij hier niet in het geding is. De verzoekende partijen hebben dit aspect van de bestreden beslissing van 13 september 2019 uitdrukkelijk uit het voorwerp van hun vordering weggelaten. De verzoekende partijen lijken ook niet concreet aan te geven welk nadeel voor het lopende geding zij ondervinden door het niet-kennen van de motieven van wering van de offerte van de tussenkommende partij. De tussenkommende partij betwist de onregelmatigheid van haar offerte, hier niet, noch in een andere vordering.

In die omstandigheden tonen de verzoekende partijen onvoldoende aan dat het lichten van de kwestieuze vertrouwelijkheid hier aan de orde is.

VII. Schorsingsvoorwaarden

7.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

7.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VIII. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

8. De verzoekende partijen voeren de schending aan van “artikel 30, §1, lid 3 en lid 4, 3° van het KB Concessie, artikel IV.A.1. van het Bestek, het zorgvuldigheidsbeginsel, het materiële motiveringsbeginsel en het ‘*patere legem quam ipse fecisti*’-beginsel, alsook wegens ontstentenis van de vereiste juridische en feitelijke grondslag” en vatten hun middel als volgt samen:

“Doordat verwerende partij onterecht oordeelt dat de definitieve offerte van verzoekende partijen substantieel onregelmatig zou zijn, nu in de definitieve offerte niet zou worden voorzien in een zevende bijkomende bedrijfsklare sleepboot gestationeerd in Zeebrugge en verwerende partij daarbij onterecht voorhoudt dat deze eis een essentiële bestekbepaling zou uitmaken;
En doordat de motivering van de bestreden beslissing tot substantiële onregelmatigverklaring van de definitieve offerte van verzoekende partijen

behept is met een gebrek inzonderheid doordat in de motivering van de bestreden beslissing wordt voorbijgegaan aan de vaststelling dat enerzijds het bestek geenszins vereist dat in een zevende, bijkomende bedrijfsklare sleepboot dient te worden voorzien en anderzijds verzoekende partijen middels hun definitieve offerte voldoen aan de vereiste om permanente beschikking te hebben over minimaal zeven bedrijfsklare sleepboten, gestationeerd in Zeebrugge, alsook (voor zover *per impossibile* toch zou worden geoordeeld dat het voorzien in een bijkomende sleepboot een essentiële bestekvereiste is) voldoen aan de vereiste van het ter beschikking zijn van een bijkomende sleepboot binnen de thans voorziene acht sleepboten in de definitieve offerte;

En doordat ook de stopzettingsbeslissing en de beslissing tot heraanbesteding enkel geënt werden op de substantiële onregelmatigverklaring van de definitieve offertes van beide inschrijvers; Terwijl artikel IV.A.1. van het Bestek vereist dat de concessiehouder de permanente beschikking moet hebben over minstens zeven bedrijfsklare sleepboten, inclusief sleeptros, gestationeerd in Zeebrugge en verzoekende partijen in hun definitieve offerte inderdaad voorzien in het permanent ter beschikking hebben van acht bedrijfsklare sleepboten, gestationeerd in Zeebrugge;

En terwijl krachtens artikel 30, §1, lid 3 en lid 4, 3° van het KB Concessie een offerte enkel substantieel onregelmatig kan worden verklaard indien in de offerte minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de concessiedocumenten niet worden nageleefd;

En terwijl een aanbestedende overheid op grond van haar materiële motiveringsplicht ertoe is gehouden om haar beoordeling van de regelmatigheid van de ingediende offertes te steunen op motieven die feitelijk juist en in rechte aanvaardbaar zijn, en dit met de rechtens vereiste zorgvuldigheid moet doen, alsook de stopzettingsbeslissing enkel kan nemen op basis van deugdelijke motieven die *in casu* niet voorliggen;

Zodat de in dit middel aangehaalde bepalingen en beginselen zijn geschonden.”

Zij geven bij deze samenvatting nog de volgende bondige toelichting in het verzoekschrift:

“Kort samengevat houdt verwerende partij voor dat het Bestek een minimale eis zou bevatten die zou inhouden dat de inschrijver, buiten de ingezette schepen (in ons geval acht schepen) waarmee wordt voldaan aan de vereiste van zes continu inzetbare schepen, ook steeds één extra, i.e. één bijkomende bedrijfsklare sleepboot in Zeebrugge dient te stationeren. Evenwel blijkt dit nergens uit de minimale eisen waaraan de inschrijvers moeten voldoen zoals geformuleerd in artikel IV.A van het bestek, waarbij voor de voorliggende discussie inzonderheid volgende relevant zijn:

1. De concessiehouder moet de permanente beschikking hebben over minstens 7 bedrijfsklare sleepboten, inclusief sleeptros, gestationeerd in Zeebrugge (...).
5. Minstens 6 sleepboten dienen continu inzetbaar te zijn. Andere sleepboten in Zeebrugge gestationeerd dienen binnen 2,5 uur inzetbaar te zijn.

In casu voldoen de verzoekende partijen aan deze vereisten gezien:

- ingeschreven wordt door de verzoekende partijen met 8 bedrijfsklare sleepboten gestationeerd in Zeebrugge;
- zes sleepboten continu inzetbaar zijn.

De acht bedrijfsklare sleepboten, gestationeerd in Zeebrugge (waarmee aldus wordt voldaan aan de eerste van de voormelde eisen uit het Bestek), worden alle ingezet om zes continu inzetbare sleepboten te garanderen (waarmee aldus wordt voldaan aan de tweede van de voormelde eisen uit het bestek). Er zijn bijgevolg geen andere sleepboten (gestationeerd in Zeebrugge), hetgeen immers niet vereist wordt. Het bestek bepaalt immers enkel dat wanneer er andere (i.e. naast de zes continue inzetbare sleepboten) sleepboten gestationeerd worden in Zeebrugge, deze binnen 2,5 uur inzetbaar dienen te zijn. Aangezien de acht bedrijfsklare sleepboten, gestationeerd in Zeebrugge, niet als andere sleepboten moeten worden aanzien, dienen de sleepboten die hiervan stilliggen, niet aan de eis om binnen de 2,5 uur ingezet te worden, te voldoen.

Verzoekende partijen betogen dan ook dat zij wel degelijk aan de minimale eisen voldoen, zoals hierna in detail verder wordt toegelicht.”

Er volgt dan een uitvoerige toelichting overheen zestien bladzijden, waarin de verzoekende partijen eerst ingaan op de besteksconformiteit van hun eigen offerte. Waar het bestek zeven bedrijfsklare sleepboten en zes continu inzetbare sleepboten vereist, voorzien de verzoekende partijen in acht bedrijfsklare sleepboten en minstens zes sleepboten die continu inzetbaar zijn. De besteksvereiste dat andere schepen gestationeerd in Zeebrugge binnen de 2,5 uur inzetbaar moeten zijn, is niet van toepassing op de voormelde acht sleepboten aangezien die geen “andere sleepboten” zijn.

Zij wijzen er voorts op dat er geen besteksvereiste bestaat om in een zevende bijkomende bedrijfsklare sleepboot te voorzien, zoals de verwerende partij in haar beoordelingsverslag plots beweert. Tijdens de plaatsingsprocedure heeft de verwerende partij nooit een dergelijke besteksvereiste toegelicht.

Vervolgens zetten de verzoekende partijen uiteen waarom hun definitieve offerte onterecht substantieel onregelmatig werd verklaard. Luidens artikel 30, § 1, derde en vierde lid, van het koninklijk besluit van 25 juni 2017 ‘betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten’ mag de verwerende partij een offerte slechts substantieel onregelmatig verklaren “indien de offerte een minimale eis, dan wel een vereiste die als substantieel wordt aangemerkt in de concessiedocumenten, niet naleeft”. Zij betogen dat de zogenaamde vereiste van een zevende bedrijfsklare sleepboot niet kan worden gekwalificeerd als substantieel “nu deze vereiste niet en al zeker niet als dusdanig ondubbelzinnig werd geformuleerd in het Bestek of enig ander concessiedocument”. “Overigens blijkt dit des te meer uit de handelwijze van verwerende partij, die zich genoodzaakt voelde om *post factum* in het beoordelingsverslag omstandig toe te lichten waarom de inzet van een zevende bijkomende sleepboot dan wel noodzakelijk zou zijn, terwijl de noodzaak daartoe in geen geval duidelijk volgt uit het Bestek zelf”.

Dan doen de verzoekende partijen gelden dat de motivering in het beoordelingsverslag niet pertinent is. Het niet-voorzien in een zevende sleepboot levert de verzoekende partijen geen concurrentieel voordeel op – zoals in de bestreden beslissing wordt beweerd – aangezien er geen besteksvereiste voor een dergelijke boot is; evenmin overtreden de verzoekende partijen de CAO van 3 oktober 2018 zodat er geen sprake is van strafrechtelijke verantwoordelijkheid; evenmin is er sprake van dat de uitvoering door de verzoekende partijen onzeker zou zijn. De argumentatie in het beoordelingsverslag inzake de noodzaak van een zevende sleepboot is *post factum*; de noodzaak ervoor volgt in geen geval duidelijk uit het bestek. Het geeft volgens de verzoekende partijen de indruk dat de vereiste helemaal niet in het bestek was opgenomen. Voorts bekritisieren de verzoekende partijen de pertinentie van deze argumentatie.

“Louter ten overvloede en voor zover Uw Raad *per impossibile* toch van oordeel zou zijn dat het Bestek duidelijk en afdoende zou voorschrijven dat er een bijkomende sleepboot wordt vereist (*quod certissime non*)” wijzen de verzoekende partijen erop dat hun offerte alsnog voldoet aan deze niet-voorziene besteksvereiste. Zij wijzen erop dat hun offerte door de inzet van twee 24uursschepen en zes 14uursschepen gecombineerd met de mogelijkheden

geboden door het Protocol bij de CAO havensleepvaart voor de periode 2019-2020, wel degelijk garandeert “dat binnen de acht voorgestelde sleepboten in de definitieve offerte een bijkomende sleepboot ter beschikking is in de haven van Zeebrugge, waarbij de bepalingen inzake de voorgeschreven rust alsnog worden gegarandeerd, door gebruik te maken van de tijdelijke inzetmogelijkheden [conform de Protocolmogelijkheden] van een vervangploeg op de Blokboten die in rust zijn”.

Ten slotte betogen de verzoekende partijen dat de stopzettingsbeslissing en beslissing tot heraanbesteding onrechtmatig zijn en besluiten zij dat de concessie aan hen diende te worden gegund aangezien zij als enigen een regelmatige offerte hebben ingediend.

Beoordeling

9. In het bestek wordt geëist dat de inschrijver zes continu inzetbare sleepboten voorstelt. De partijen zijn het erover eens dat dit betekent dat er zes boten 24/7 beschikbaar zijn, dus bedrijfsklaar in Zeebrugge gestationeerd en bemand.

Het invullen van deze vereiste mag met zogenaamde 24uursschepen, dit zijn sleepboten die bedrijfsklaar en continu bemand zijn, wat lijkt te betekenen dat zes zulke schepen voldoende zijn voor de vereiste van zes continu inzetbare sleepboten. Een andere mogelijkheid is het aanbieden van zogenaamde 14uursschepen (blokboten) die 12 tot 14 uur inzetbaar zijn. Een derde formule is een combinatie van de beide systemen, wat de verzoekende partijen hebben aangeboden met twee 24uursschepen en zes 14uursschepen en waarbij de verwerende partij in het beoordelingsverslag ermee akkoord lijkt te gaan dat zij aldus zes continu inzetbare sleepboten aanbieden. Inschrijvers zijn vrij hun formule te kiezen binnen de vereiste van het aanbieden van zes continu inzetbare sleepboten. Wat de factor personeelskost in de totale kost van de aangeboden formule betreft, lijkt de toepassing van de CAO's die voorschriften bevatten inzake verloning, prestaties en rusttijden, bepalend; de inschrijvers lijken voor zich een voor hen goede “match” te moeten vinden tussen ondermeer bedrijfsklare boten en bemanningen waarbij de CAO's worden gerespecteerd.

Kern van de betwisting lijkt de al dan niet in huidig bestek opgelegde vereiste van een inzetbare sleepboot gestationeerd in Zeebrugge en inzetbaar binnen de 2,5 uur bovenop de vereiste van de zes continu inzetbare sleepboten.

10. Op de eerste plaats blijkt uit het beoordelingsverslag dat de verwerende partij zich in de bestreden beslissing volledig lijkt eigen te hebben gemaakt, dat de plaatsingsprocedure wordt stopgezet en dat “[b]innen afzienbare tijd [...] de concessie opnieuw in mededinging” zal worden gebracht “met een aangepast bestek, waarvan de uitvoeringsbepalingen strakker de gewenste oplossing en de kwaliteitswaarborgen van de dienstverlening [...] bepalen”.

Ter terechtzitting hierover om opheldering gevraagd, verklaart de verwerende partij dat zij naast de zes continu inzetbare sleepboten de beschikking wenst te hebben over een bijkomende sleepboot die binnen de 2,5 uur inzetbaar is, wat zij volgens haar in het huidig bestek wel al eiste maar dat zij de rol van die bijkomende sleepboot in een nieuw bestek wenst te verduidelijken. Hieruit lijkt te mogen worden afgeleid dat de verwerende partij de bijkomende inzetbare sleepboot in elk geval het voorwerp wenst te zien uitmaken van de te gunnen concessie.

In het middel voeren de verzoekende partijen in essentie op de eerste plaats aan dat het bestek niet voorziet in een vereiste tot het aanbieden van een bijkomende sleepboot die binnen de 2,5 uur inzetbaar is, en hiervan afgeleide kritiek zoals de schending van het begrip substantiële onregelmatigheid en een motiveringsgebrek, en op de tweede plaats dat, indien er toch zou moeten worden aangenomen dat een dergelijke vereiste bestaat, hun offerte eraan voldoet.

In de mate dat de verwerende partij, zo lijkt, wil voorzien in een nieuw bestek waar de rol van de bijkomende sleepboot die binnen de 2,5 uur inzetbaar is, duidelijker naar voor komt en deze boot dus ongetwijfeld een minimale en essentiële besteksvereiste zal zijn zoals de raadsman van de verwerende partij ter terechtzitting lijkt aan te geven, lijkt de stopzetting van de plaatsingsprocedure om vervolgens te starten met een nieuw bestek de kritiek van

de verzoekende partijen inzake het niet bestaan van deze besteksvereiste irrelevant te maken. De verzoekende partijen lijken niet met goed gevolg te kunnen betogen dat de concessie waar volgens hen die besteksvereiste niet zou gelden, kan worden gegund aangezien dan de verwerende partij een concessie gunt die niet beantwoordt aan essentiële gegevens van haar nood. De verzoekende partijen lijken overigens dit motief van de bestreden stopzettingsbeslissing, namelijk een nieuw bestek aannemen en de procedure opnieuw starten, op zich niet expliciet te betwisten niettegenstaande dit motief de bestreden beslissing ook lijkt te kunnen dragen.

In de mate dat de verzoekende partijen dan weer betogen dat binnen hun offerte wel degelijk een bijkomende sleepboot kan worden ingepast en ze dus om die reden niet onregelmatig mocht worden verklaard, stelt zich wel de vraag naar de juridische waarde van dit aanbod, aangezien de verzoekende partijen blijkbaar dan iets hebben aangeboden zonder dat het hun bedoeling was, maar voor de verwerende partij wel essentieel is. De vraag rijst alsdan of een dergelijk onbedoeld aanbod wel een voldoende waarborg biedt voor de verwerende partij. In de mate dat de verzoekende partijen hier beroep doen op het protocol van de toepasselijke CAO, dat in de regel extra personeelsuitgaven genereert, lijken overigens vragen te rijzen bij de ernst van hun kostenbegroting.

Deze overwegingen, zo ze al niet voldoende zijn om de vordering af te wijzen, lijken in elk geval de ernst van het middel in aanzienlijke mate aan te tasten.

11. Bovendien lijkt in het bestek wel degelijk als vereiste te zijn opgenomen dat een inschrijver naast de zes continu inzetbare sleepboten ook over een bijkomende sleepboot inzetbaar binnen de 2,5 uur moet beschikken, zoals de verwerende partij in de bestreden beslissing heeft toegepast.

Uitgangspunt mag hier zijn dat het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toekomt om de technische specificaties in het bestek vast te stellen en deze te interpreteren. Het is immers zij die haar behoeften bepaalt.

Zoals hiervoor geciteerd *sub* randnummer 3.1., vereist het bestek onder punt IV.A.1 dat de concessiehouder de permanente beschikking moet hebben over minstens zeven bedrijfsklare sleepboten gestationeerd in Zeebrugge en onder punt IV.A.5 dat er minstens zes sleepboten continu inzetbaar moeten zijn en dat andere sleepboten in Zeebrugge gestationeerd binnen 2,5 uur inzetbaar dienen te zijn.

De besteksinterpretatie van de verwerende partij dat de concessionaris moet beschikken naast de zes continu inzetbare sleepboten over een bijkomende sleepboot inzetbaar binnen de 2,5 uur, lijkt niet onrechtmatig. Ze lijkt op het eerste gezicht wel degelijk voort te vloeien uit de twee voormelde bestekseisen samengenomen en in die zin lijkt het evenmin een onrechtmatig handelen van de verwerende partij om deze besteksvereiste die figureert onder de technische besteksvoorschriften, als essentieel – wat uiteindelijk door een aanbestedende overheid zelf wordt bepaald – te beschouwen zoals uitvoerig in de bestreden beslissing toegelicht. Het lijkt er dan ook op dat de verwerende partij op grond van artikel 30 van het voormelde koninklijk besluit van 25 juni 2017 de offerte die “de niet-naleving [inhoudt] van de minimale vereisten en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de concessiedocumenten” mocht weren als substantieel onregelmatig en in het beoordelingsverslag mocht aanwijzen als een offerte met een discriminerend voordeel waarbij de uitvoering onzeker is, nu, zoals hierna zal blijken, niet kan worden aanvaard dat de verzoekende partijen met hun offerte wel aan deze besteksvereiste hebben voldaan.

12. De verzoekende partijen voeren ten slotte aan dat in hun offerte wel degelijk de bijkomende sleepboot die inzetbaar dient te zijn binnen de 2,5 uur, kan worden ingepast wanneer zij beroep zouden doen op de protocolbepalingen bij de CAO nr. 149880/CO/139 van 3 oktober 2018 afgesloten in het Paritair Comité voor de binnenscheepvaart.

De relevante bepalingen uit dit protocol luiden:

“Tijdelijke verhoging van de inzetmogelijkheden van een schip.
Prestaties boven op de geplande uren in het kader van een buitengewone vermeerdering van werk of door een onvoorziene noodzakelijkheid mag alleen omwille daarvan, gedaan worden en op vrijwillige basis. De

gemaakte uren kunnen naar keuze van de werknemer opgenomen worden in tijd of in geld.

Om de inzetmogelijkheid van een schip tijdelijk te verhogen en om aan MLC te kunnen blijven voldoen, kan een ploeg afgelost wordt door een vervangploeg op 14 uren schepen.

Deze vervangingen zullen gemonitord worden en maandelijks op de OR opgevolgd.

De doelstelling is en blijft blokboten met vast rustblok.

Indien een blokboot toch door omstandigheden wordt afgelost, dan komt de vervangploeg voor 12 uur op en 14 uur betaald, net zoals de 24 uur boot.

Zo heb je een uniform verloningsysteem.

De rusttijd van de vaste blokboot ploeg wordt genomen hetzij op hotel hetzij thuis.”

Dit protocol lijkt niet betrokken geweest bij de besluitvorming betreffende de offerte van de verzoekende partijen aangezien de verzoekende partijen in hoofddorde betogen dat de kwestieuze besteksvereiste onbestaand is; dit roept uiteraard, zoals *sub* randnummer 10 overwogen, vragen op naar de ernst van hun aanbod.

Voorts lijkt de grief niet ernstig alleen al om reden dat het protocol – waarvan overigens de juridische waarde door de verwerende partij wordt betwist – een uitzonderingsregime lijkt te regelen dat in beginsel slechts tijdelijk mag worden gebruikt en waarvan op het eerste gezicht logischerwijs geen structureel gebruik lijkt te mogen worden gemaakt, terwijl de besteksvereiste wel een structurele aanpak lijkt te veronderstellen.

13. Het middel is niet ernstig.

IX. Besluit

14. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Unie van Redding- en Sleepdienst België tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 400 euro, elk voor de helft een bijdrage van 40 euro, elk voor de helft en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 21 oktober 2019, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,

wnd. kamervoorzitter,
staatsraad,

bijgestaan door

Silja Doms,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra