

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 255.756 van 10 februari 2023

in de zaak A. 238.123/XII-9318

In zake:

1. de NV A.B.O.G.
2. de NV HEYRMAN-DE ROECK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9052 Zwijnaarde
Dorpsstraat 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Karel Van Hoorebeke en Rebecca Denys
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure Rechts 162
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV JAN DE NUL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Hans Plancke
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 9 januari 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “- 1/ de beslissing van de Vlaamse overheid, Departement Mobiliteit en Openbare Werken, Maritieme Toegang van 23 december 2022 om de overheidsopdracht ‘Duurzaam veegbaggeren, ruimen van drijvend vuil en olieruiming’ (bestek nr MT/02422) aan NV Jan De Nul te gunnen,
- 2/ de beslissing van de Vlaamse overheid, Departement Mobiliteit en Openbare Werken, Maritieme Toegang van 23 december 2022 om de offerte van TM ABOG NV — Heyrman-De Roeck NV voor de overheidsopdracht ‘Duurzaam veegbaggeren, ruimen van drijvend vuil en olieruiming’ (bestek nr MT/02422) substantieel onregelmatig te verklaren,
 - 3/ de impliciete beslissing van de Vlaamse overheid, Departement Mobiliteit en Openbare Werken, Maritieme Toegang om de overheidsopdracht ‘Duurzaam veegbaggeren, ruimen van drijvend vuil en olieruiming’ (bestek nr MT/02422) niet aan TM ABOG NV — Heyrman-De Roeck NV te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 23 januari 2023 heeft de nv Jan De Nul gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 januari 2023.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Rebecca Denys, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Barteld Schutyser, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge 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 schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit met als voorwerp ‘Duurzaam veegbaggeren, ruimen van drijvend vuil en olieruiming’.

Er wordt gekozen voor een openbare procedure, met de prijs als enig gunningscriterium.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.2. Het voorwerp van de opdracht wordt in deel 1 ‘Algemeen’ van het toepasselijk bestek als volgt omschreven:

“I.3. Voorwerp van de opdracht

Het voorwerp van de opdracht is het uitvoeren van veegbaggerwerken, het ruimen en afvoeren buiten het Gewestdomein van alle drijvende voorwerpen, drijvend hout, boomstronken, etc. in de rivier, aan stuwen, duikers, brugpijlers, steigers, kaden, sluizen en roosters, en het ruimen van olie op het wateroppervlak.

Het uitvoeren van de hierboven vermelde diensten zal in hoofdzaak gebeuren in alle tijgebonden gebieden van de Zeeschelde tussen de zeesluis van Wintam en de Nederlandse grens.

Het uitvoeren van de diensten kan echter ook op andere plaatsen in Vlaanderen gebeuren naargelang de noodzaak zich voordoet en dit aan dezelfde voorwaarden als op de Schelde.

Indien vereist kan er een extra vaartuig worden afgeroepen voor het uitvoeren van veegbaggerwerken.

De geruimde voorwerpen zijn afvalstoffen en moeten in overeenstemming met de reglementering terzake worden afgevoerd naar een erkend stortterrein of een erkende verwerkingsinstallatie.

De diensten worden uitgevoerd in overeenstemming met de aanduidingen van de in dit bijzondere bestek vermelde beschrijvingen, alsook de aanwijzingen van de leidend ambtenaar.

De onderhavige opdracht wordt afgesloten voor een looptijd van drie kalenderjaren.”

Eveneens in deel 1 ‘Algemeen’ wordt gesteld:

“Door het indienen van een offerte aanvaarden de inschrijvers onvoorwaardelijk de inhoud van de opdrachtdocumenten en aanvaarden ze door de bepalingen ervan gebonden te zijn. Indien een inschrijver in verband met de inhoud van de opdrachtdocumenten rechtmatigheidsbezwaren heeft, dient hij dat schriftelijk en per aangetekende brief uiterlijk tien kalenderdagen voor de opening van de offertes bekend te maken aan de aanbestedende overheid met omschrijving van de redenen.”

Onder punt 1.1 ‘Afwijkingen van de algemene uitvoeringsregels (AUR) conform artikel 9, § 4 AUR’ wordt gesteld dat de artikelen 45 en 50 van de opdrachtdocumenten afwijken van de algemene uitvoeringsregels, als volgt:

“De uitvoering van de voorliggende opdracht, is van essentieel belang teneinde de waterweg vrij te houden ten behoeve van de scheepvaart. Uit hoofde van deze bijzondere eisen van de opdracht zijn de in artikel 45 opgenomen straffen dan ook in verhouding tot de substantiële schade die de aanbestedende overheid dreigt te lijden wanneer zij aansprakelijk gesteld wordt voor eventuele schadegevallen aan vaartuigen alsook de economische schade, en bijhorende claims, die kunnen ontstaan ten gevolge van de blokkering van de waterweg.

De omvang van de straffen zijn tevens evenredig aan de economische schade die een haven kan ondervinden door het niet nakomen van de in dit bijzonder bestek bepaalde bepalingen. De straffen zijn tevens aangepast aan de omzetcijfers van deze aanneming. Gezien de grote uitgaven van deze aanneming, is elke afwijking steeds essentieel en kan deze leiden tot grote sommen.

Gezien de opgelopen vertraging nooit teniet gedaan kan worden waardoor elke tekortkoming wegens het niet nakomen van afroeptermijnen steeds gevolgen heeft voor de maritieme toegankelijkheid, kunnen de vertragingsstraffen nooit teruggegeven worden, daar de ontstane schade

(verminderen van de maritieme toegankelijkheid, aanpassing vaarschema's wegens ondieptes, ...) niet te herstellen is.”

3.3. In deel 2 ‘Administratieve bepalingen’, punt 2.1 ‘Administratieve voorschriften bij toepassing van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten [...]’ wordt bepaald:

“Art. 78 Beroep op de draagkracht van andere entiteiten
De entiteiten waarop de inschrijver zich beroept voor het vervullen van de economische en financiële draagkracht zijn hoofdelijk verantwoordelijk voor de uitvoering van de opdracht. De inschrijver dient hiertoe het nodige schriftelijke bewijs bij zijn offerte te voegen.
Volgende kritieke taken van de opdracht moeten door de inschrijver of, wanneer de offerte door een combinatie van ondernemers zoals bedoeld in artikel 8, §2 Wet 2016 wordt ingediend, een deelnemer aan de combinatie, zelf uitgevoerd worden: veegbaggerwerken (type SB1 [sweepbeam]).
Vaartuigen op afroep en vaartuigen die dienst doen als tijdelijke vervanging dienen niet aan deze voorwaarde te voldoen.”

3.4. In deel 3 ‘Technische bepalingen’, ‘A. Beschrijving der diensten’ van het bestek staat een beschrijving van de diensten in het algemeen, en van de veegbaggerwerken in het bijzonder:

“A.I. Algemeen
Het voorwerp van deze opdracht betreft;
- het uitvoeren van veegbaggerwerken met een sweepbeam;
- het ruimen en afvoeren buiten het Gewestdomein van alle drijvende voorwerpen, drijvend hout, boomstronken etc. in de rivier, aan stuwen, duikers, brugpijlers, steigers, kaden, sluizen en roosters;
- en het ruimen van olie op het wateroppervlak.
[...]
De opdrachten tot het uitvoeren van veegbaggerwerken en het ruimen en afvoeren van de drijvende en/of aangespoelde voorwerpen worden wekelijks telefonisch of mondeling door de leidend ambtenaar gegeven en aanvullend schriftelijk bevestigd.
De veegbaggerwerken en het vuilruimen worden 7 dagen op 7 en 24 uur op 24 uitgevoerd in shiften van 12u.
Het ruimen van olie gebeurt op afroep (7 dagen op 7 en 24 uur op 24).
[...]

Voor het effectief starten van elke opdracht zal de opdrachtnemer zijn werkmethode ter goedkeuring aan de leidend ambtenaar voorleggen.

A.II Veegbaggerwerken

De veegbaggerwerken zullen standaard twaalf shiften per week worden uitgevoerd door een vaartuig uitgerust met een sweepbeam. Indien noodzakelijk kan de opdrachtgever aan de opdrachtnemer de opdracht geven om het vaartuig meer of minder shiften in te zetten voor het uitvoeren van veegbaggerwerken. De veegbaggerwerken zullen voornamelijk worden uitgevoerd in de toegangsgeulen tot de zeesluizen van waaruit het slib naar de rivier toe getrokken wordt. Het staat de opdrachtgever echter vrij om het vaartuig met sweepbeam ook elders in te zetten voor het vegen van o.a. zand en slibhoudende specie.

Indien vereist kan er door de opdrachtgever ook opdracht gegeven worden voor het inzetten van een extra vaartuig met sweepbeam (= vaartuig met sweepbeam op afroep).

Een sweepbeam is een duwblad dat door het vaartuig op een vaste diepte, rekening houdend met het getij, kan worden afgehangen en dat in verticale positie doorheen het slib/zand wordt getrokken waarbij het slib/zand mechanisch wordt weggeduwd tot op een plaats waar het duwblad wordt opgehaald.

[...].”

In deel 3 ‘Technische bepalingen’, ‘B. Materieel’ staat vermeld:

“B.I. Algemeen

De vaartuigen die ingezet worden, dienen te voldoen aan de volgende voorwaarden.

[...]

De opdrachtnemer voegt bij zijn offerte een gedetailleerde beschrijving van de vaartuigen die zullen ingezet worden voor deze dienstverlening, alsook een gedetailleerde beschrijving van minimum één vaartuig met sweepbeam type SB1 en één vaartuig met sweepbeam type SB2 die op afroep ingezet kunnen worden.

De gegevens van de lijsten gelden als inlichting voor de aanbestedende overheid. De opdrachtnemer blijft verantwoordelijk voor de uitvoering van de dienstverlening volgens de eisen en bepalingen van dit bestek. Hij moet daartoe zo nodig het niet passende materieel uit de lijsten door ander vervangen.

Het personeel dat effectief zal ingezet worden voor het navigeren tijdens het uitvoeren van de dienst dient te beschikken over voldoende ervaring in het gebied waar de diensten zullen geleverd worden of ervaring in gelijkaardige diensten in tijgebonden gebieden.

Als blijkt dat het door de opdrachtnemer ingezette materieel of de door de opdrachtnemer toegepaste werkwijze geen voldoening geeft voor een

goede uitvoering, dan moet de opdrachtnemer zijn materieel aanpassen of aanvullen en de werkwijze verbeteren, tot dat een bevredigend resultaat bekomen wordt. Deze wijzigingen geven geen aanleiding tot enige vergoeding of aanpassing van de eenheidsprijzen.

B.II Veegbaggerwerken

B.II.1 Vaartuig met sweepbeam

Het vaartuig met sweepbeam dient te voldoen aan de hieronder gestelde minimumeisen.

1. De sweepbeam heeft een minimum opstaande oppervlakte van 35 m².
2. Het vaartuig met sweepbeam moet bij alle waterstanden in staat zijn een diepte van -18 m LAT te verwezenlijken.
3. Het vaartuig met sweepbeam moet zo gebouwd zijn dat de sweepbeam tot boven het wateroppervlak kan opgelicht worden.
4. Het vaartuig met sweepbeam moet voldoende vermogen hebben om in drukke toegangseulen de hinder voor de scheepvaart tot een minimum te beperken en de sweepbeam op een vlotte en vloeiende wijze door het slib te trekken. Het minimale voortstuwingsvermogen voor het vaartuig is 950 kW.
5. Het vaartuig met sweepbeam dient voorzien te worden van een toestel dat de diepte en de positie van de snijrand van de sweepbeam op continue wijze aangeeft en registreert.

[...]

B.II.2 Vaartuig met sweepbeam op afroep

Indien vereist kan er door de opdrachtgever ook opdracht gegeven worden voor het inzetten van een extra vaartuig met sweepbeam. Dit vaartuig met sweepbeam die op afroep wordt ingezet, wordt onderverdeeld in de volgende categorieën:

- sweepbeam type SB1: minimum opstaande oppervlakte van de sweepbeam is 35m²
- sweepbeam type SB2: minimum opstaande oppervlakte van de sweepbeam is 9m²

Verder moet het vaartuig met sweepbeam dat op afroep wordt ingezet voldoen aan de volgende minimumeisen.

1. Het vaartuig met sweepbeam moet bij alle waterstanden in staat zijn een diepte van -18 m LAT te verwezenlijken.
2. Het vaartuig met sweepbeam moet zo gebouwd zijn dat de sweepbeam tot boven het wateroppervlak kan opgelicht worden.
3. Het vaartuig met sweepbeam moet voldoende vermogen hebben om in drukke toegangseulen de hinder voor de scheepvaart tot een minimum te beperken en de sweepbeam op een vlotte en vloeiende wijze door het slib te trekken. Het minimale voortstuwingsvermogen voor het type SB1 is 950 kW en het minimale voortstuwingsvermogen voor het type SB2 is 500 kW.

4. Het vaartuig met sweepbeam dient voorzien te worden van een toestel dat de diepte en de positie van de snijrand van de sweepbeam op continue wijze aangeeft en registreert.

Het vaartuig met sweepbeam op afroep moet kunnen ingezet worden binnen een afroeptermijn van 6 kalenderweken.
[...]"

3.5. De opening van de offertes vindt plaats op 24 oktober 2022.

Drie inschrijvers dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partijen.

3.6. In het gunningsverslag van 16 november 2022 wordt de offerte van de verzoekende partijen substantieel onregelmatig verklaard op grond van het volgende motief:

“De inschrijver TM ABOG nv – Heyrman De Roeck voldoet niet aan art. 78 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten uit het bestek: Volgende kritieke taken van de opdracht moeten door de inschrijver of, wanneer de offerte door een combinatie van ondernemers zoals bedoeld in artikel 8, §2 WET 2016 wordt ingediend, een deelnemer aan de combinatie, zelf uitgevoerd worden: veegbaggerwerken (type SB1). Vaartuigen op afroep en vaartuigen die dienst doen als tijdelijke vervanging dienen niet aan deze voorwaarde te voldoen. De inschrijver TM ABOG nv – Heyrman De Roeck doet voor deze kritieke taak wel beroep op een onderaannemer, [H.]”

Op basis van de in het bestek vermelde gunningscriteria blijkt in het gunningsverslag dat de nv Jan De Nul de economisch meest voordelige offerte heeft ingediend.

3.7. De verwerende partij maakt zich op 23 december 2022 de motieven van het gunningsverslag eigen en besluit, in het verlengde daarvan, de offerte van de verzoekende partij als substantieel onregelmatig te weren.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

Op 23 december 2022 beslist de verwerende partij eveneens om de opdracht te gunnen aan de nv Jan De Nul.

Dit is de eerste bestreden gunningsbeslissing.

IV. Tussenkost

4. De nv Jan De Nul blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkost ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. De verwerende partij en de tussenkomende partij betwisten de ontvankelijkheid van de vordering in kort geding in zoverre zij strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigering om de opdracht aan de verzoekende partijen te gunnen.

Die exceptie lijkt op het eerste gezicht te mogen worden bijgevallén. De middelen die de verzoekende partijen aanvoeren, lijken er op het eerste gezicht enkel toe te kunnen leiden dat, indien ernstig, de verwerende partij ertoe gehouden zou zijn het selectieonderzoek van de offerte van de verzoekende partijen te herdoen, doch niet dat de opdracht onafwendbaar aan de verzoekende partijen dient te worden gegund.

6. De vordering is dan ook niet ontvankelijk in zoverre ze is gericht tegen de impliciete weigeringsbeslissing.

VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

7. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op

de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van 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’ (hierna: rechtsbeschermingswet), moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8. De verzoekende partijen voeren in een eerste middel de schending aan van de artikelen 4, 8°, en 5, 6°, 8° en 9°, van de rechtsbeschermingswet, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), van artikel 63 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (hierna: richtlijn 2014/24/EU) en artikel 78 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van de artikelen 4 en 5 van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 73, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), en van de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het zorgvuldigheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het non-discriminatiebeginsel en het materiëlemotiveringsbeginsel.

Zij vatten het middel samen als volgt:

“Doordat de bestreden beslissingen stellen dat de offerte van verzoekende partijen substantieel onregelmatig zou zijn omdat er beroep wordt gedaan op de onderaannemer [H.] voor het uitvoeren van de veegbaggerwerken, terwijl het bestekvoorschrift in de zin van artikel 78 wet overheidsopdrachten, oplegt dat de kritieke taak ‘veegbaggerwerken’ door de inschrijver zelf moet worden uitgevoerd;

Terwijl, elk voorschrift dat het beroep op de draagkracht van een onderaannemer beperkt, in verhouding moet staan tot het voorwerp van de opdracht en tot het beoogde doel; dat een algemeen verbod of beperking die betrekking heeft op het hoofdgedeelte van de opdracht onwettig is want strijdig met het vrij verkeer van diensten zoals neergelegd in het EU-verdrag en de vrije en eerlijke mededinging vastgelegd in de overheidsopdrachtenwet van 2016, dat een beperking van het recht op beroep op onderaannemers niet mag leiden tot een onevenredige beperking van de mededinging,

Terwijl, een bestek zo moet worden opgesteld en gelezen dat zij eerlijke mededinging mogelijk maakt en elk voorschrift dat het beroep op de draagkracht beperkt, strikt moet worden geïnterpreteerd;

Zodat, het bestekvoorschrift dat bepaalt dat zowel het materiaal als het personeel voor de taak veegbaggerwerken door de inschrijver zelf moet ter beschikking worden gesteld en door de inschrijver zelf moet worden uitgevoerd, de aangehaalde wettelijke en reglementaire bepalingen schend[t] en de bestreden beslissingen die op een dergelijke onwettige besteksbepaling gesteund zijn, aldus ook onwettig zijn.”

8.1. De verzoekende partijen stellen vast dat post 1 ‘uitvoeren van veegbaggerwerken’ minstens 75 % van de opdracht vertegenwoordigt en bijgevolg een substantieel deel van de opdracht omvat. Zij verwijzen naar rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgens dewelke een absoluut verbod op, of een algemene beperking van onderaanneming strijdig is met de vrijheid van diensten en de vrijheid om een beroep te doen op onderaannemers. Het is niet toegestaan om te verplichten dat een procentueel aandeel van 25 % of meer door de inschrijver zelf wordt uitgevoerd.

8.2. Voorts is volgens de verzoekende partijen enkel een “specifieke” beperking van de mogelijkheid om een beroep te doen op onderaannemers toegestaan indien dit verband houdt met het voorwerp van de opdracht, en dienen

de effectief kritieke taken concreet omschreven te zijn in het bestek, terwijl te dezen post 1 ‘uitvoeren van veegbaggerwerken’ niet als één specifieke kritieke taak kan worden beschouwd. De post omvat immers meerdere aspecten die nodig zijn om de post uit te voeren, zoals het beschikken over een specifiek vaartuig en over geschikt personeel, en het stellen van meerdere types van handelingen die betrekking hebben op onderscheiden bekwaamheden. In het bestek wordt niet verduidelijkt welke bekwaamheden niet in onderaanneming zouden mogen worden gegeven en deze algemeenheid strookt niet met de vereiste van “specifieke” kritieke taak.

8.3. De verzoekende partijen betogen dat het bestek geen motivering bevat ter verduidelijking van enig doel dat deze beperking zou kunnen verantwoorden. Zij zien niet in waarom alle aspecten die nodig zijn om post 1 uit te voeren integraal door de inschrijver zelf ter beschikking moeten worden gesteld. Nergens blijkt het kritieke karakter van de taak, noch van de deelaspecten ervan. Zij verwijzen in dit verband naar de twee voorgaande bestekken van 2014 en 2018 voor identieke diensten, waar er nooit een behoefte is geweest om de beweerde kritieke taak van veegbaggeren volledig van onderaanneming uit te sluiten, terwijl geen enkel nieuw element kan worden ingeroepen ter verantwoording waarom een beperking nu wel noodzakelijk zou zijn. Aangezien de zittende dienstverlener als enige gedurende de afgelopen acht jaar expertise en technische uitrusting heeft kunnen uitbouwen, wordt hij door de plotse invoering van de beperking bevoordeeld. Het verbod maakt het onmogelijk de mededinging te verruimen en sluit de mogelijkheid uit dat andere marktspelers zich verenigen om de opdracht uit te voeren en een deelaspect aan een onderaannemer uit te besteden, terwijl een schriftelijke juridische verbintenis van de onderaannemer om de opdracht effectief uit te voeren een voldoende garantie biedt aan de opdrachtgever om zich verzekerd te weten van een daadwerkelijke uitvoering van dat deelaspect.

8.4. De verzoekende partijen besluiten dat een dergelijke lezing en interpretatie van de betrokken bestekbepaling ertoe leidt dat deze bepaling onwettig is en niet steunt op een afdoende motivering. Een dergelijke

bestekbepaling getuigt van onzorgvuldigheid en beperkt de eerlijke mededinging op ongefundeerde, onredelijke en disproportionele wijze waardoor de inschrijvers niet op gelijke wijze worden behandeld. De beslissing tot uitsluiting of tot onregelmatig verklaring van een offerte op grond van een deze onwettige bestekbepaling, is eveneens onwettig.

Beoordeling

9. In dit eerste middel wordt de onwettigheid van een bestekbepaling aangevoerd. De verwerende partij en de tussenkomen de partij werpen een exceptie van niet-ontvankelijkheid van het middel op wegens gebrek aan belang, omdat de verzoekende partijen hebben verzuimd tijdig hun rechtmatigheidsbezwaar tegen de bestekbepaling te uiten voorafgaand aan het indienen van hun offerte of in de offerte zelf.

In arrest nr. 152.173 van 2 december 2005 inzake de nv Labonorm oordeelde de Raad van State dat onrechtmatigheden die een inschrijver aan een bestekbepaling verwijt, in beginsel nog op ontvankelijke wijze mogen worden aangevoerd tegen latere beslissingen in het kader van de plaatsingsprocedure. Zo ook is het de verzoekende partijen in de onderhavige zaak in beginsel toegelaten om onrechtmatigheden die zij aan een bepaling van het bestek verwijten, ook nog op ontvankelijke wijze in te roepen tegen de latere gunningsbeslissing en beslissing tot onregelmatigverklaring van hun offerte.

Het voormelde arrest waarborgt op die manier op ruime wijze de toegang tot de rechter van inschrijvers op overheidsopdrachten. Het enkele feit dat de verzoekende partijen in de loop van de opdrachtprocedure tegen die vermeend onwettige bestekbepaling geen bezwaar kenbaar hebben gemaakt aan de aanbestedende overheid, ontnemt hen op het eerste gezicht dit recht niet. Het middel onontvankelijk verklaren op basis van een bestekclausule (weergegeven *sub* 3.2) die hen verplicht rechtmatigheidsbezwaren tegen het bestek nog voor de indiening van de offertes aan de aanbestedende overheid te melden, lijkt op het

eerste gezicht een buitensporige inmenging te vormen in het recht van de verzoekende partijen om zich alsnog tot een rechter te wenden met de rechtsmiddelen die hen ter beschikking staan.

Voorshands neemt de Raad van State in de huidige procedure aan dat het middel ontvankelijk is.

10. In zoverre de verzoekende partijen de schending aanvoeren van artikel 63 van richtlijn 2014/24/EU wordt evenwel vastgesteld dat deze bepaling is omgezet in het Belgisch recht in artikel 78 van de wet overheidsopdrachten 2016 en dat de verzoekende partijen niet beweren dat deze omzetting niet correct is gebeurd, zodat zij niet rechtstreeks de schending van deze richtlijn bepaling kunnen aanvoeren.

11. Artikel 78 van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt:

“Beroep op de draagkracht van andere entiteiten

Art. 78 Een ondernemer kan, in voorkomend geval en voor een bepaalde opdracht, zich beroepen op de economische en financiële draagkracht en de technische en beroepsbekwaamheid van andere entiteiten zoals bedoeld in artikel 71, eerste lid, 2° en 3°.

Indien een ondernemer een beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten voor het vervullen van de economische en financiële criteria, kan de aanbestedende overheid eisen dat de ondernemer en die entiteiten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht, voor zover deze mogelijkheid om hoofdelijke aansprakelijkheid te eisen niet werd uitgesloten in de opdracht documenten. Om uitwerking te hebben dient de hoofdelijke aansprakelijkheid evenwel schriftelijk aanvaard te worden door de entiteit op wiens draagkracht beroep wordt gedaan. Indien de voormelde schriftelijke aanvaarding niet wordt gegeven, kan de kandidaat of inschrijver zich niet op de draagkracht van die entiteit beroepen. Het onderhavig lid doet geen afbreuk aan krachtens andere wetten ingestelde hoofdelijke aansprakelijkheidsregelingen, met name op het vlak van sociale, fiscale of loonschulden.

In het geval van overheidsopdrachten voor werken, diensten en plaatsings- of installatiewerkzaamheden in het kader van een opdracht voor leveringen kan de aanbestedende overheid eisen dat bepaalde kritieke taken rechtstreeks door de inschrijver zelf worden verricht, of

wanneer de offerte door een combinatie van ondernemers als bedoeld in artikel 8, § 2, is ingediend, door een deelnemer aan die combinatie. De Koning kan de nadere materiële en procedurele regels bepalen.”

De in het derde lid bedoelde mogelijkheid voor een aanbestedende overheid om het recht van een ondernemer om zich te beroepen op de draagkracht van andere ondernemingen te beperken, werd ingevoerd ter omzetting van artikel 63, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU.

Het begrip “kritieke taken” wordt in richtlijn 2014/24/EU niet nader gedefinieerd. Via de uitlegging van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten verklaart het Hof van Justitie van de Europese Unie in het arrest van 7 april 2016, C-324/14, inzake Partner Apelski Dariusz, voor recht (punt 95) dat de bepalingen betreffende de minimumeisen die de aanbestedende overheid kunnen stellen inzake draagkracht en bekwaamheden waaraan de inschrijvers moeten voldoen, aldus moeten worden uitgelegd dat:

“- zij het recht erkennen van iedere ondernemer om zich voor een welbepaalde opdracht te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de aard van zijn banden met die entiteiten, mits bij de aanbestedende dienst wordt aangetoond dat de gegadigde of de inschrijver werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van die opdracht noodzakelijke middelen van die entiteiten, en
- het niet is uitgesloten dat de uitoefening van dat recht, gelet op het voorwerp en de doelstellingen van de betrokken opdracht, in bijzondere omstandigheden kan worden beperkt. Dit is met name het geval wanneer de voor de uitvoering van die opdracht noodzakelijke bekwaamheden waarover een derde entiteit beschikt, niet kunnen worden overgedragen aan de gegadigde of de inschrijver, zodat deze laatste zich slechts op die bekwaamheden kan beroepen indien die derde entiteit rechtstreeks en persoonlijk deelneemt aan de uitvoering van die opdracht.”

In een arrest van 28 april 2022, C-642/20, inzake Caturer srl, overweegt het Hof van Justitie nog het volgende betreffende artikel 63, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU:

- “42 Ondanks de kleine verschillen tussen de taalversies van richtlijn 2014/24, blijkt echter duidelijk uit de termen ‘bepaalde essentiële taken’, die in verschillende taalversies van deze richtlijn worden gehanteerd [...], alsook uit de termen ‘bepaalde kritieke taken’ in andere taalversies van deze richtlijn [...] dat het de wil van de Uniewetgever is om overeenkomstig de in de overwegingen 1 en 2 van deze richtlijn geformuleerde doelstellingen datgene wat van een bepaalde ondernemer van een combinatie kan worden vereist, volgens een kwalitatieve en niet volgens een louter kwantitatieve benadering te beperken, en dit om de deelname van tijdelijke samenwerkingsverbanden van kleine en middelgrote ondernemingen aan overheidsopdrachten te bevorderen. [...].
- 43 Terwijl artikel 63, lid 2, van richtlijn 2014/24 zich voor het overige ertoe beperkt aanbestedende diensten de mogelijkheid te bieden om bij onder meer opdrachten voor diensten te eisen dat bepaalde taken door een van de deelnemers aan de combinatie van ondernemers worden verricht, vereist artikel 83, lid 8, van het wetboek overheidsopdrachten dat de prestaties voor het merendeel enkel door de leider van de combinatie worden verricht en niet door een van de andere deelnemende ondernemingen, en beperkt het aldus op ongeoorloofde wijze de betekenis en de draagwijdte van de in artikel 63, lid 2, van richtlijn 2014/24 gehanteerde termen.
- 44 Gelet op het voorgaande dient op de prejudiciële vraag te worden geantwoord dat artikel 63 van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling waarbij de leider van een combinatie van ondernemers die deelneemt aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, aan de meeste in de aankondiging van de opdracht opgelegde eisen moet voldoen en de meeste prestaties van de opdracht moet verrichten.”

Ook in artikel 78 van de wet overheidsopdrachten 2016 wordt het begrip “kritieke taken” niet nader gedefinieerd, en lijkt het, zoals gesteld in het voornoemde arrest C-642/20, taalkundig zelfs geen eenduidige betekenis te hebben. In de Franstalige versie van de wet overheidsopdrachten 2016 is immers sprake van “tâches essentielles”.

In ieder geval worden in artikel 78 van de wet overheidsopdrachten 2016 thans uitdrukkelijk beperkingen op onderaanneming tijdens de selectiefase toegestaan, die evenwel enkel aanvaardbaar zijn voor zover ze betrekking hebben op welomschreven taken die worden gezien als “kritiek” of “essentieel” voor de uitvoering van de opdracht.

12. Uitgangspunt mag hier zijn, zoals bij het bepalen van de technische specificaties in het bestek, dat het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toekomt om in het bestek de taken aan te duiden die in het kader van de uitvoering van de opdracht als kritieke taken te beschouwen zijn, en deze bestekbepaling te interpreteren. Het is immers zij die haar behoeften bepaalt.

Het komt bijgevolg niet aan de Raad van State toe om dit in de plaats van de aanbestedende overheid te beoordelen. In de uitoefening van het hem opgedragen rechtmatigheidstoezicht vermag hij wel desgevraagd na te gaan of deze beoordeling berust op een deugdelijke verantwoording en of de aanbestedende overheid hierbij de grenzen van een redelijke beoordeling niet te buiten is gegaan.

Met betrekking tot de ingeroepen schending van de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, wordt vastgesteld dat een bestek geen bestuurshandeling is met individuele strekking en bijgevolg niet onder het toepassingsgebied valt van de genoemde wet. Het middel mist in zoverre juridische grondslag. De verwerende partij lijkt bijgevolg op het eerste gezicht niet verplicht te zijn om uitdrukkelijk in het bestek te motiveren waarom zij de veegbaggerwerken (type SB1) als een kritieke taak beschouwt. Het volstaat dat een verantwoording hiervoor kan worden afgeleid uit andere bepalingen van het bestek of eventueel uit andere stukken.

13. De verwerende partij beroept zich in het bestek op de uitzonderingsbepaling van artikel 78, derde lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 voor post 1 ‘uitvoeren van veegbaggerwerken’.

Volgens artikel 78 van het bestek zijn de “veegbaggerwerken (type SB1)” kritieke taken waarvoor de inschrijvers geen beroep kunnen doen op de draagkracht van andere entiteiten, maar deze zelf moeten uitvoeren. Er kan wel beroep worden gedaan op de draagkracht van andere entiteiten voor vaartuigen op afroep en vaartuigen die dienst doen als tijdelijke vervanging.

In deel 1 ‘Algemeen’, punt 1.1, van het bestek, zoals weergegeven *sub* 3.2, wordt het essentieel belang van de opdracht teneinde de waterweg vrij te houden ten behoeve van de scheepvaart benadrukt, waardoor uit hoofde van deze bijzondere eisen de in artikel 45 opgenomen straffen dan ook in verhouding staan tot de substantiële schade die de aanbestedende overheid dreigt te lijden wanneer zij aansprakelijk gesteld wordt voor eventuele schadegevallen aan vaartuigen alsook de economische schade, en bijhorende claims, die kunnen ontstaan ten gevolge van de blokkering van de waterweg.

Nog luidens het bestek vergt deze taak een complexe organisatie, gelet op de vereiste continuïteit van de werkzaamheden teneinde de vaarweg vrij te houden voor de scheepvaart. Zo wordt in deel 3 ‘Technische bepalingen’, zoals weergegeven *sub* 3.4, bepaald dat de veegbaggerwerken “standaard twaalf shiften per week [zullen] worden uitgevoerd door een vaartuig uitgerust met een sweepbeam”. Ook blijkt dat hiervoor gespecialiseerd materiaal is vereist, met name een vaartuig met “sweepbeam” van het type SB1 dat moet voldoen aan de in het bestek gestelde minimeisen. Voorts dient het personeel dat effectief zal worden ingezet voor het navigeren tijdens het uitvoeren van de dienst, te beschikken over voldoende ervaring in het gebied waar de diensten zullen geleverd worden of ervaring in gelijkaardige diensten in tijgebonden gebieden.

De verwerende partij en de tussenkomende partij vestigen voorts de aandacht op de omstandigheid dat de veegbaggerwerken worden uitgevoerd in steeds drukker bevaren zones op de Schelde, en het risico op ongevallen bijgevolg steeds groter wordt; dat het een delicate en strategische opdracht betreft, die bij een gebrekkige uitvoering een onmiddellijke impact heeft

op de toegang tot het havengebied. Zij maken op het eerste gezicht aannemelijk dat voldoende garanties dienen voor te liggen dat de (continu uit te voeren) veegbaggerwerken op een veilige en kwaliteitsvolle wijze zullen worden uitgevoerd, wat afhankelijk is van het specifieke vaartuig dat wordt ingezet en de ervaring van de schipper die de veegbaggerboot bestuurt. Voorts, dat niet enkel de ervaring van de bemanning van het schip belangrijk is, maar ook de coördinatie tussen de verschillende functies op het schip; dat een duidelijke en vlotte communicatie tussen de projectleiding van de uitvoerder, de bemanning en de leidend ambtenaar een “must” is. Zij wijzen er ook nog op dat de aanbestedende overheid geen rechtstreekse (juridische) controle kan uitoefenen op de uitvoering door een onderaannemer, zodat het aanduiden van de veegbaggerwerken (type SB1) als kritieke taak een extra garantie biedt op een veilige en kwalitatieve uitvoering.

14. In het licht van dit alles, in het bijzonder het gegeven dat het scheepsverkeer in de betrokken gebieden van de Zeeschelde steeds intensiever wordt en de risico's op schade bijgevolg steeds groter, lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht objectief en redelijk te verantwoorden waarom zij thans in het huidige bestek vereist dat de diensten van het continue veegbaggerwerken (met het type SB1) worden uitgevoerd rechtstreeks door de inschrijver zelf en niet louter door een onderneming die in een band van onderaanneming bij de uitvoering is betrokken. De rechtstreeks gebondenheid van de inschrijver ten aanzien van de aanbestedende overheid lijkt op het eerste gezicht wel degelijk in aanmerking te mogen worden genomen als meer geruststellend voor een behoorlijke en veilige uitvoering van de opdracht, dan de situatie waarin de dienstverlening wordt uitgevoerd in de vorm van onderaannemerschap.

De verwerende partij lijkt daarbij terecht te benadrukken dat pas sedert de inwerkingtreding van het voornoemde artikel 78 van de wet overheidsopdrachten 2016, voor de opdrachten die vanaf 30 juni 2017 worden bekendgemaakt, de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid bestaat om te eisen dat kritieke taken van de opdracht rechtstreeks door de inschrijver zelf

worden verricht. Ook dit nieuw wettelijk gegeven lijkt op het eerste gezicht te verantwoorden waarom thans, anders dan in de bestekken van 2014 en 2018 voor vergelijkbare diensten, het uitvoeren van veegbaggerwerken (type SB1) als een kritieke taak wordt beschouwd.

15. De (continue) veegbaggerwerken (type SB1) worden aldus als een kritieke taak van de opdracht aangeduid volgens een kwalitatieve benadering. Dat deze als kritiek gekwalificeerd taak een groot percentage van de opdracht vertegenwoordigt, volgens de verzoekende partijen 75 % ervan, doet daaraan geen afbreuk en lijkt op het eerste gezicht niet strijdig te zijn met de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen, ook niet met artikel 78, derde lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 in het bijzonder.

De verwijzing door de verzoekende partijen naar twee arresten van het Hof van Justitie van 14 juli 2016, C-406/14, inzake de stad Wrocław, en van 5 april 2017, C-298/15, inzake Borta, doet niet anders besluiten. Deze arresten werden alle gewezen onder de “oude” richtlijnen inzake overheidsopdrachten, waarin een bepaling zoals die van artikel 63, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU nog niet was opgenomen.

Ook de omstandigheid dat veegbaggerwerken meerdere aspecten omvat, zijnde het beschikken over een geschikt vaartuig en geschikt personeel met gepaste bekwaamheden, lijkt op het eerste gezicht evenmin te betekenen dat de kwalificatie van veegbaggerwerken als kritieke taak te ruim zou zijn ingevuld. De verwerende partij en de tussenkommende partij maken integendeel op het eerste gezicht aannemelijk dat bij een opsplitsing van de dienstverlening veegbaggerwerken zoals de verzoekende partijen voorstellen, er minder garanties zijn op een veilige en kwalitatieve uitvoering. Het lijkt bijgevolg niet onredelijk dat het bestek het materieel en het personeel van post 1 ‘uitvoeren van veegbaggerwerken’ in zijn geheel als één kritieke taak beschouwt.

Voor zover de verzoekende partijen nog stellen dat de betrokken bestekbepaling de zittende dienstverlener zou bevoordelen omdat deze gedurende de afgelopen acht jaar expertise heeft kunnen uitbouwen, lijkt met de verwerende partij te kunnen worden gesteld dat deze bepaling niet belet dat marktspelers zich verenigen en dat daarbij een deelnemer aan de combinatie, die over de vereiste technische en beroepsbekwaamheid beschikt, het veegbaggeren uitvoert; dat aldus de verzoekende partijen de door hen naar voren geschoven onderaannemer hadden kunnen opnemen als deelnemer aan hun tijdelijke maatschap, die dit onderdeel van de opdracht kon uitvoeren.

Anders dan de verzoekende partijen stellen, lijkt een schriftelijke juridische verbintenis van de onderaannemer om de opdracht effectief uit te voeren op het eerste gezicht niet dezelfde garanties te bieden als een inschrijver of een deelnemer van een combinatie die zelf deze kritieke taken uitvoert. Zoals gesteld, vergt de uitvoering van de betrokken post gespecialiseerde middelen en bekwaamheden en kan een onbehoorlijke uitvoering aanleiding geven tot zware schadeclaims. Voor zover zij ter terechtzitting alsdan nog stellen dat de motieven in verband met veiligheid en schade een drogreden zijn aangezien er geen probleem lijkt te zijn, mocht haar onderaannemer ook lid van de tijdelijke maatschap zijn geweest, volstaat de vaststelling, op het eerste gezicht, dat deze dat nu eenmaal niet is.

16. De verzoekende partijen maken, gelet op het voorgaande, op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid, door post 1 ‘uitvoeren van veegbaggerwerken’ (type SB1) te beschouwen als een kritieke taak in de zin van artikel 78, derde lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, de aangevoerde regelgeving en beginselen zou hebben geschonden.

17. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

18. De verzoekende partijen roepen de schending in van de artikelen 4, 8°, en 5, 6°, 8° en 9°, van de rechtsbeschermingswet, van de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, van “de bepalingen van het bijzonder bestek MT/02081 inzake de selectiecriteria en miskenning van de inhoud van de offerte van verzoekende partijen”, van de artikelen 4 en 5 van de wet overheidsopdrachten 2016, van de artikelen 65, tweede lid, 68 §1, 73 en 76, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, en van de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het zorgvuldigheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het non-discriminatiebeginsel en het materiële motiveringsbeginsel.

De verzoekende partijen vatten het middel als volgt samen:

“Doordat de bestreden beslissingen stellen dat de offerte van verzoekende partijen substantieel onregelmatig zou zijn omdat er beroep wordt gedaan op de onderaannemer [H.] voor het uitvoeren van de veegbaggerwerken, terwijl het bestekvoorschrift in de zin van artikel 78 wet overheidsopdrachten, oplegt dat de kritieke taak ‘veegbaggerwerken’ door de inschrijver zelf moet worden uitgevoerd;

Terwijl, een bestek zo moet worden opgesteld en gelezen dat zij eerlijke mededinging mogelijk maakt en elk voorschrift dat het beroep op de draagkracht beperkt, strikt moet worden geïnterpreteerd;

Zodat, de offerte van verzoekende partijen niet als strijdig met het bestekvoorschrift in de zin van artikel 78 wet overheidsopdrachten kan worden beschouwd, in de mate dat een wezenlijk deel van de diensten voor post 1 ‘veegbaggerwerken’ door verzoekende partijen zelf worden uitgevoerd en dat zij slechts voor het materiaal deels beroep doen op een onderaannemer, met name voor de ter beschikkingstelling van het vaartuig voor post 1 ‘veegbaggeren’.

Zodat, de offerte van verzoeksters dient te worden geselecteerd en niet als substantieel onregelmatig kan worden beschouwd.”

18.1. Zij lichten toe dat zij met de indiening van hun offerte duidelijk hebben aangetoond dat zij de dienstverlening van post 1 ‘uitvoeren van veegbaggerwerken’ zelf zullen uitvoeren, en enkel voor het vaartuig beroep zullen doen op een onderaannemer. Zij dienden een offerte in onder de vorm van een tijdelijke maatschap om zodoende hun ervaring inzake mariene onderhoudsopdrachten samen te voegen. Uit de bijgevoegde lijst van personeelsleden blijkt dat zij beiden over meerdere schippers beschikken en ook meerdere personeelsleden met leidinggevende ervaring en ervaring inzake waterbouwwerken kunnen inzetten. In het document ‘werkwijze en kwaliteitsplan’ zetten zij de inzet van hun personeel uiteen. Aangezien op elke vaartuig steeds een bemanning van drie leden aanwezig moet zijn, zal de minimaal vereiste technische bemanning van het vaartuig SB1 (schipper en technicus) worden aangevuld met een derde bemanningslid van de tijdelijke maatschap. De handelingen en beslissingen die betrekking hebben op de dienstverlening van het veegbaggeren zelf worden door de verzoekende partijen zelf genomen via dat bijkomend bemanningslid, onder leiding en supervisie van één van de leidinggevendenden van de verzoekende partijen. In die zin voldoen de verzoekende partijen aan de bestekeis om zelf de beweerd kritische taak inzake de dienstverlening van veegbaggerwerken uit te voeren.

18.2. Voorts betogen de verzoekende partijen dat de beoordeling van de inzet van een onderaannemer deel uitmaakt van het selectieproces en leidt tot de al dan niet selectie van de inschrijver. Het motief dat de offerte van de verzoekende partijen substantieel onregelmatig zou zijn, is bijgevolg niet draagkrachtig.

Beoordeling

19. Blijkens hun offerteformulier, vertrouwelijk stuk dat de Raad van State heeft kunnen inzien, geven de verzoekende partijen aan dat zij voor het veegbaggeren en het olieruimen beroep zullen doen op twee onderaannemers. Onder ‘Beschrijving werkwijze’ wordt gesteld dat het veegbaggeren altijd zal gebeuren door hun personeelsleden onder de leiding en supervisie van de tijdelijke

maatschap , en zij een werkboot zullen huren van [H.]. Onder ‘Veegbaggerwerken’ wordt onder meer vermeld dat zowel de tijdelijke maatschap als de onderaannemer beschikken over voldoende personeel met veel ervaring in het veegbaggeren op getijderivieren met veel stroming of op zeehavens en op zee.

In de offerte is voorts een ‘verbintenisverklaring’ gevoegd tussen de nv ABOG en H. waarin de beide partijen verklaren dat zij zullen samenwerken, in het geval dat de hogervermelde opdracht aan de tijdelijke maatschap zou worden gegund. Meer bepaald zal de tijdelijke maatschap beroep doen op de onderaannemer “voor de posten 1 tem 5, mbt veegbaggerwerken”.

Uit de offerte blijkt met andere woorden dat de verzoekende partijen voor de veegbaggerwerken beroep zullen doen op een onderaannemer. Zoals uit de offerte blijkt, huren zij hiervoor niet enkel een vaartuig type SB1 van de onderaannemer, maar gebruiken zij ook personeel van de onderaannemer. In het middel geven zij overigens zelf aan, zoals ook blijkt uit hun offerte, dat het vaartuig van de onderaannemer voorzien is van de minimaal vereiste technische bemanning, met name een schipper en een technicus.

20. De bestekbepaling inzake de kritieke taken van de opdracht maakt geen onderscheid tussen enerzijds “[d]e handelingen en beslissingen die betrekking hebben op de dienstverlening van het veegbaggeren zelf” die volgens de verzoekende partijen zouden worden gesteld door het derde bemanningslid onder haar leiding en supervisie, en anderzijds de bediening van het vaartuig met sweepbeam. Ook dit laatste aspect lijkt op het eerste gezicht een aspect van de veegbaggerwerken te zijn. De opsplitsing die de verzoekende partijen maken tussen de kritische taak inzake de dienstverlening van het veegbaggeren en de andere taken komt bijgevolg op het eerste gezicht als kunstmatig over. Bovendien lijken de verzoekende partijen niet te betwisten dat ook de onderaannemer deelneemt aan de veegbaggerwerken zelf, wat immers ondubbelzinnig uit hun offerte blijkt.

De verzoekende partijen tonen bijgevolg op het eerste gezicht niet aan dat de verwerende partij, door te motiveren dat zij niet voldoen aan artikel 78 van de wet overheidsopdrachten 2016, zoals daar toepassing van wordt gemaakt in punt 2.1 van het bestek, omdat zij voor de uitvoering van de kritieke taak veegbaggerwerken (type SB1) wel een beroep doen op een onderaannemer, de aangevoerde regelgeving en beginselen zou hebben geschonden.

21. Zoals de verzoekende partijen terecht betogen, lijkt de inhoudelijke beoordeling dat zij niet voldoen aan de eis inzake de kritieke taken, op het eerste gezicht een selectie criterium te betreffen, en niet de regelmatigheid van hun offerte.

Evenwel betreft dit duidelijk een vergissing waarvan en lijkt aangenomen te mogen worden dat deze de verzoekende partijen niet heeft verschalkt in het juiste begrip van de bestreden beslissing. Er is in hoofd van de verzoekende partijen immers geen onduidelijkheid omtrent de reden waarom zij niet geselecteerd zijn. Zij lijken bijgevolg geen belang te hebben bij dit onderdeel van het middel.

22. Het tweede middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

23. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Jan De Nul 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 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van tien februari tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

Greta Scheveneels

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Patricia De Somere