

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 77.749 van 21 december 1998
in de zaak A. 78.985/XII-1459.**

In zake : de n.v. HYDREX,
die woonplaats kiest bij
Advocaat D. ERREYGERS,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
Mechelsesteenweg 33

tegen :

het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de
Vlaamse regering,
dat woonplaats kiest bij
Advocaat K. RONSE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Louizalaan 523.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat n.v. HYDREX op 16 juni 1998 heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van de Vlaamse regering van 3.03.1998 tot gunning van de opdracht 'verdiepingsprogramma 48; onderzoek en ruimen van wrakken en wrakresten in de maritieme toegangswegen naar de Westerschelde' -opdracht zoals gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 10 april 1998- met selectie van de kandidaten overeenkomstig de criteria opgenomen in de 'leidraad onderzoek en ruimen van wrakken en wrakresten in de maritieme toegangswegen naar de Westerschelde ten behoeve van de aankondiging van opdracht voor de onderhandelingsprocedure met bekendmaking bij de aanvang van de procedure in de zin van artikel 17 § 3 van de wet'";

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partij de vernietiging vordert van dezelfde beslissing;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door Auditeur
J. STEVENS;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan
partijen;

Gelet op de beschikking van 21 september
1998 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op
20 oktober 1998;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter
J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat
D. ERREYGERS, die verschijnt voor de verzoekende partij,
en van Advocaat K. RONSE, die verschijnt voor de verwe-
rende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur
J. STEVENS;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI,
hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State,
gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak
kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. Op 3 maart 1998 hecht de Vlaamse regering
haar goedkeuring aan de in de nota van de Vlaamse
minister van Openbare Werken, Vervoer en Ruimtelijke
Ordening voorgestelde procedure van gunning via de
onderhandelingsprocedure met bekendmaking voor de
aanduiding van de aannemer, met het oog op het uitvoeren

van de opdracht "onderzoek en ruimen van wrakken en wrakresten in de maritieme toegangswegen naar de Westerschelde".

Volgens de voormelde nota volgt uit de aard zelf van de opdracht dat de toedracht en omvang van het werk onmogelijk op voorhand voldoende nauwkeurig beschreven kunnen worden en dat een voorafgaande globale prijsvorming op basis van een opmetingsstaat niet mogelijk is.

In toepassing van artikel 17, § 3, 2°, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, wordt voorgesteld te gunnen volgens de voormelde procedure.

Het verwijderen van de wrakken en wrakresten in en op de rand van de vaargeulen wordt geraamd op 50.500.000 frank, BTW inclusief.

Het eventueel verwijderen tijdens de uitvoering van de verdiepingsbaggerwerken van de overige wrakken, welke zich in een gebied bevinden dat reeds op diepte is maar waar de ligging de scheepvaart mogelijk kan hinderen, wordt geraamd op 306.500.000 frank, BTW inclusief.

1.2. De aankondiging van de opdracht geschiedt in het Europees Publicatieblad van 7 april 1998 en in het Bulletin der Aanbestedingen van 10 april 1998.

In die aankondiging wordt kennis gegeven van de wijze van gunning, van de raming, van de uiterste datum voor ontvangst van de aanvragen tot deelneming (11 mei 1998) en wordt, wat de eisen en criteria betreft, verwezen naar de "Leidraad Onderzoek en ruimen van wrakken en wrakresten in de maritieme toegangswegen naar de Westerschelde".

1.3. De verzoekende partij heeft blijkbaar kennis genomen van de aankondiging in het Bulletin der Aanbestedingen en vraagt op 17 april 1998 telefonisch bij de

verwerende partij die leidraad op, welke haar gefaxt wordt op dezelfde dag.

In die Leidraad zijn de eisen die aan de kandidaten gesteld worden beschreven, zoals o.m. :

- erkenning categorie A1 en A, klasse 8.
- een verklaring inzake de totale omzet in de laatste tien boekjaren van min. 150.000.000 frank in natte berging en 1.000.000.000 frank in maritiem baggerwerk.

Ook worden ten informatieve titel de gunningscriteria vermeld, welke achteraf in het bestek beschreven zullen worden.

1.4. Met brief van 7 mei 1998 vraagt de raadsman van de verzoekende partij aan de verwerende partij "een afschrift van de beslissing waarbij werd besloten de opdracht te gunnen bij onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking".

Die beslissing wordt toegezonden met brief vermeldende de datum 15 mei 1998, verzonden op 19 mei 1998, en ontvangen door de verzoekende partij op 20 mei 1998.

1.5. Met brief van 9 mei 1998 dient de verzoekende partij een aanvraag tot deelneming in. De uiterste datum van ontvangst daarvoor was 11 mei 1998.

Daarin stelt de verzoekende partij onder meer :

- dat zij een erkenning heeft in categorie A1 en A, respectievelijk klasse 2 en klasse 4 en dat een aanvraag is ingediend voor klasse 7 in beide categorieën : zij stelt van oordeel te zijn dat het werk kan uitgevoerd worden aan een prijs waarvoor klasse 7-erkenning volstaat.
- dat de eisen inzake de omzet afwijken van artikel 18 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, dat ze niet relevant zijn, dat ze uitgaan van één welbepaalde

techniek, dat zij geen bewijzen inzake omzet in maritieme baggerwerken voorleggen, wegens irrelevant;

2. Over de gegrondheid van de vordering tot schorsing.

Overwegende dat luidens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen die de vernietiging van de aangevochten rechtshandeling kunnen verantwoorden worden aangevoerd en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging ervan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

2.1. Overwegende dat de verzoekster een eerste middel aanvoert, hetwelk luidt als volgt :

"EERSTE MIDDEL :

Schending van artikel 17 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en in het bijzonder van artikel 17 § 3, 2°; Schending van de materiële motiveringsplicht;

doordat verwerende partij op 3 maart 1998 besliste tot het gunnen van de opdracht verdiepingsprogramma 48' in de Westerschelde Onderzoek en ruimen van wrakken en wrakresten in de maritieme toegangswegen naar de Westerschelde, bij wijze van onderhandelingsprocedure conform artikel 17, § 3, 2° van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;

terwijl artikel 17, § 3, 2° van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten de onderhandelingsprocedure met naleving van de bekendmakingsregels slechts wordt toegelaten 'in het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken of diensten in uitzonderlijke gevallen, het gaat om werken of diensten waarvan de aard of de onzekere omstandigheden verhinderen op voorhand een globale prijs vast te stellen' en in casu noch de aard van de werken noch gebeurlijke onzekere omstandigheden het onmogelijk maken een globale prijs voor het uitvoeren van de opdracht vast te stellen zodat de toepassingsvoorwaarden van

artikel 17 § 3 2° van de wet van 24 december 1993 niet vervuld zijn";

2.1.1. Overwegende dat ter zake de verwerende partij zich op het in het middel aangehaalde artikel 17, § 3, 2°, van de voornoemde wet van 24 december 1993, heeft beroepen om de onderhandelingsprocedure met bekendmaking toe te passen; dat volgens de verzoekende partij de door die bepaling gestelde voorwaarden niet aanwezig waren: in werkelijkheid wilde de verwerende partij werken met een zekere flexibiliteit, namelijk te allen tijde kunnen bepalen welke wrakken uiteindelijk niet geborgen dienen te worden, zodat gewerkt diende te worden met deelopdrachten, wat niets heeft te maken met een beweerde onmogelijkheid de opdracht te beschrijven in de zin dat geen prijs zou kunnen worden opgegeven bij de inschrijving; dat zij er op wijst dat de verwerende partij geen enkel probleem had met het nauwkeurig ramen van de opdracht en zij in de Leidraad de - eventueel - te bergen wrakken nauwkeurig heeft kunnen situeren, en dit aan de hand van vroegere informatie, zodat wat dat betreft alle gegevens nauwkeurig bekend zijn;

2.1.2. Overwegende dat artikel 17, § 3, 2°, van de wet van 24 december 1993 als volgt luidt :

"De overheidsopdracht mag volgens de onderhandelingsprocedure gegund worden met naleving van de bekendmakingsregels bepaald door de Koning wanneer, in het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken of diensten, in uitzonderlijke gevallen, het gaat om werken of diensten waarvan de aard of de onzekere omstandigheden verhinderen op voorhand een globale prijs vast te stellen";

2.1.3. Overwegende dat in de nota aan de regering voorafgaand aan het bestreden besluit wordt uiteengezet dat vooraf telkens moet worden onderzocht aan de hand van het mogelijke gevaar, of een wrak al dan niet geborgen moet worden, dat voor het bergen van elk wrak voorafgaandelijk, aan de hand van een nauwkeurig onder-

zoek, moet worden uitgemaakt welke bergingsmethode zal worden toegepast en welke middelen daarvoor moeten worden ingezet, dat dit best gebeurt door één enkele firma in samenwerking met het opdrachtgevend bestuur, en dat om die nodige flexibiliteit te bereiken best met een kaderovereenkomst wordt gewerkt; dat hieruit wordt besloten dat de toedracht en omvang van het werk onmogelijk voldoende nauwkeurig beschreven kunnen worden;

2.1.4. Overwegende dat die motivering genoegzaam aantoonst dat noch de juiste omvang van de uit te voeren werken noch hun globale prijs op voorhand nauwkeurig kunnen worden geraamd: er is niet precies geweten hoeveel wrakken zullen moeten worden geruimd, behalve die welke het voorwerp uitmaken van de zekere opdracht, er is evenmin met zekerheid geweten hoeveel dat zal kosten, doch men kan de opdracht, waarvan de omvang niet zeker is, ook niet splitsen in deelopdrachten; dat de bedragen van 50.500.000 frank en 306.500.000 frank dan ook kunnen worden beschouwd als ruwe schattingen en prima facie niet blijkt dat de verwerende partij ten onrechte besloten heeft de onderhandelingsprocedure toe te passen; dat het middel niet ernstig is;

2.2. Overwegende dat verzoekster een tweede middel aanvoert, als volgt luidend :

"Schending van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanname van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, genomen in uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende overheidsopdrachten en sommige opdrachten van werken, leveringen en diensten en in het bijzonder artikelen 18 en 19 van vermeld Koninklijk Besluit; Schending van het gelijkheidsbeginsel;

doordat, verwerende partij in de 'leidraad onderzoek en ruimen van wrakken en wrakresten in de maritieme toegangswegen naar de Westerschelde, ten behoeve van de aankondiging van opdracht voor de onderhandelingsprocedure met bekendmaking bij de aanvang van de procedure in de zin van artikel 17, § 3 van de wet', met betrekking tot de vereisten

inzake financiële en economische draagkracht naar artikel 18 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996, een verklaring eist waaruit blijkt dat de kandidaat een totale omzet in de laatste tien boekjaren heeft verwezenlijkt gelijk aan minimaal 150.000.000 BEF in natte berging en 1.000.000.000 BEF in maritiem baggerwerk;

terwijl artikel 18 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 de aanbestedende overheid toelaat de financiële en economische draagkracht van de onderneming te toetsen volgens de door het Koninklijk Besluit vastgestelde criteria, waar dit artikel echter niet toelaat bij wijze van uitsluitingscriterium een minimale omzet te vereisen in de uitvoering van bepaalde werkzaamheden;

en terwijl de gestelde vereiste van een minimale omzet aan uitgevoerde baggerwerken ten belope van 1.000.000.000 BEF in maritieme baggerwerken en 150.000.000 BEF in natte berging, geen criteria vormen met betrekking tot de economische en financiële draagkracht zoals gesteld in artikel 18 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996, doch wel criteria zijn die de technische bekwaamheid van de kandidaat trachten te achterhalen, waartoe op exhaustieve wijze criteria zijn voorzien in het artikel 19 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 en waarbij het stellen van een vereiste van een minimale omzet per bepaalde werkzaamheden niet mogelijk wordt gemaakt;

en doordat, tweede onderdeel, verwerende partij in de 'leidraad' onderzoek en ruimen van wrakken en wrakresten in de maritieme toegangswegen naar de Westerschelde, ten behoeve van de aankondiging van opdracht voor de onderhandelingsprocedure met bekendmaking bij de aanvang van de procedure in de zin van artikel 17, § 3 van de wet', enerzijds de gehele opdracht tot het uitvoeren van bergingswerken maximaal raamt op 357.000.000 Belgische Franken en anderzijds als vereiste inzake financiële en economische draagkracht naar artikel 18 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996, een verklaring eist waaruit blijkt dat de kandidaat een totale omzet in de laatste tien boekjaren heeft verwezenlijkt gelijk aan minimaal 150.000.000 BEF in natte berging en 1.000.000.000 BEF in maritiem baggerwerk;

terwijl de vereiste tot het voorleggen van een verklaring betreffende een minimale omzet van 1.000.000.000 Belgische Franken betreffende maritieme baggerwerken geen betrekking heeft op de te gunnen opdracht van berging van wrakken ten bedrage van 357.000.000 Belgische Franken en derhalve een discriminerende bepaling is en tot gevolg heeft dat de ene inschrijver bevoordeligd wordt ten overstaan van een andere op basis van criteria vreemd aan de aard van de opdracht;

en terwijl, de vereiste omzetten van 1.000.000.000 Belgische Franken in maritieme baggerwerken en 150.000.000 Belgische Franken in natte bergingswerken geenszins in verhouding zijn tot de waarde van de te gunnen opdracht welke door de aanbestedende overheid maximaal geraamd wordt op 357.000.000 Belgische Franken, waarvan naar het besluit van 13 maart 1998 van verwerende partij met zekerheid slechts een opdracht geraamd op 50.500.000 Belgische Franken gegund zal worden";

2.2.1. Overwegende, wat het eerste onderdeel betreft, dat artikel 17, § 1, van de wet van 24 december 1993 bepaalt dat de overheidsopdracht "bij onderhandelingsprocedure" geschiedt wanneer de aanbestedende overheid meerdere aannemers, leveranciers of dienstverleners van haar keuze raadpleegt en over de voorwaarden van de opdracht onderhandelt met één of meer van hen; dat uit die bepaling, en inzonderheid uit de woorden "van haar keuze" volgt dat de gunnende overheid selectiecriteria kan vaststellen welke haar keuze zullen bepalen; dat een dergelijk criterium erin kan bestaan dat de betrokkenen beschikken over een zekere technische ervaring of een minimum economische draagkracht hebben, hetgeen kan worden aangetoond aan de hand van een bepaald aantal en bedrag van reeds uitgevoerde werken van dezelfde aard; dat de artikelen 18 en 19 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, bepalen waaruit de voor te leggen referenties kunnen bestaan; dat die artikelen, zoals de artikelen 26 en 27 van de richtlijn 93/37, waarvan zij de omzetting in het Belgisch recht vormen, enkel exhaustief kunnen zijn ten aanzien van de bewijsmiddelen welke van de aannemers kunnen worden gevraagd, doch geenszins het stellen van minimumvereisten inzake economische en financiële draagkracht en technische bekwaamheid uitsluiten; dat de door de verzoekende partij aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (arrest van 26 april 1994, in de zaak 272/91, Commissie

v. Italië) betrekking heeft op bepalingen van een andere richtlijn dan de bepalingen van richtlijn 93/37, welke omgezet werden in de artikelen 18 en 19 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996; dat bijgevolg het eerste onderdeel van het middel niet als ernstig kan worden beschouwd;

2.2.2. Overwegende, wat het tweede onderdeel betreft, dat in de hiervoren reeds aangehaalde nota aan de regering een in redelijkheid aanvaardbare verantwoording wordt gegeven met betrekking tot de te volgen werkwijze bij het bergen van de wrakken; dat de verwerende partij daarbij mocht uitgaan van een uitvoering volgens de gekende traditionele methodes en er niet toe was gehouden rekening te houden met de beweerd mindere, innoverende doch geheime methode van de verzoekende partij; dat aangezien de opdracht niet kon worden gesplitst in deelopdrachten, bij het stellen van financieel-economische en technische selectiecriteria rekening kon worden gehouden met het totaalbedrag van de mogelijke werken, ook al gaat het hier zoals gezegd maar om een ruwe schatting; dat de verwerende partij daarbij overigens het risico niet mocht nemen de regels met betrekking tot de Europese bekendmaking te overtreden indien het totaal der uit te voeren werken boven het daartoe gestelde minimum zou uitstijgen; dat bij het beoordelen van de redelijkheid van de omvang van de geëiste referenties, er eveneens rekening mee dient te worden gehouden dat het gaat om uitgevoerde werken gespreid over tien jaar; dat ook het tweede onderdeel van het middel niet ernstig is;

2.3. Overwegende dat uit het niet ernstig bevinden van het tweede middel volgt dat de verzoekende partij hoe dan ook niet in aanmerking lijkt te komen om tot de onderhandelingsprocedure te worden toegelaten; dat zij dan ook geen belang heeft om in haar derde

middel aan te voeren dat ten onrechte de erkenning wordt vereist in een categorie en klasse welke zij niet bezit;

2.4. Overwegende dat, aangezien aan een der voorwaarden van artikel 17, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State niet is voldaan, de vordering toe schorsing moet worden verworpen zonder dat het nodig is de door de verwerende partij opgeworpen excepties te onderzoeken,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 2.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op eenentwintig december 1900 achtennegentig, door :

de H.	J. DE BRABANDERE	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. DE BRABANDERE.