

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 126.313 van 11 december 2003
in de zaak A. 144.796/XII-3999.**

In zake :

de NV LEYSEN,
die woonplaats kiest bij
advocaat B. Martens,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 106

tegen :

het GEMEENTELIJK HAVENBEDRIJF ANTWERPEN,
dat woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe en R. Heijse,
kantoor houdende te 1060 Brussel,
Henri Wafelaertsstraat 47-51, bus 1.

tussenkomen partij :

de NV Ch. DE WIT,
die woonplaats kiest bij
advocaat E. Pringuet,
kantoor houdende te Gent,
Kroonprinsstraat 1.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Leysen op 1 december 2003 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van :

“de gunningsbeslissing nr. 031552 van het Directiecomité van de verwerende partij dd. maandag 17 november 2003 met betrekking tot het 'Bestek nr. B 9061 -Het per schip verdelen van drinkwater aan de binnenvaart in de haven van Antwerpen' (hierna : 'de bestreden beslissing') waarin het Directiecomité van verwerende partij beslist (i) om de beslissing van 9 oktober 2003 houdende gunning van de opdracht voor het per schip verdelen van drinkwater aan de binnenvaart (bijzonder bestek B 9061) aan de verzoekende partij, in te trekken en, (ii) waarin het Directiecomité beslist de opdracht voor het per schip verdelen van drinkwater aan de binnenvaart (bijzonder bestek B 9061) aan de onderneming De Wit te gunnen voor een bedrag van 367.900 EUR (excl. BTW) en, (iii) de onderhavige gunningsbeslissing pas aan de onderneming De Wit te zullen betekenen, hetzij 15 kalenderdagen na de ontvangst van kennisgeving van de onderhavige gunningsbeslissing aan de uitgewonnen inschrijvers, hetzij indien binnen de voormelde periode van 15 kalenderdagen tegen de voorliggende gunningsbeslissing een schorsingsprocedure bij uiterst dringende

noodzakelijkheid wordt ingesteld, nadat de Raad van State in deze procedure uitspraak zal hebben gedaan en niet tot de schorsing van onderhavig besluit heeft besloten”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 3 december 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 9 december 2003, om 11.30 uur;

Gezien het ter terechtzitting neergelegd verzoekschrift waarbij de NV Ch. De Wit vraagt in het administratief geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat B. Martens, die verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat D. D'Hooghe, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat N. Brys, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste 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 in het geding zijnde opdracht om het per schip verdelen van drinkwater aan de binnenvaart in de haven van Antwerpen volgens bestek 9061, aanleiding gaf tot het arrest van de Raad van State nr. 125.126 van 6 november 2003, waarbij op verzoek van de NV Ch. De Wit, huidige tussenkomende partij, de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid werd bevolen van de beslissing van 9 oktober 2003 van het directiecomité van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen, huidige verwerende partij, waarbij de voornoemde opdracht aan de NV Leysen, huidige verzoekende partij, wordt toegewezen;

Overwegende dat dit arrest onder meer als volgt luidt :

“1. Over de gegevens van de zaak.

[...]

1.1. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen organiseert een openbare aanbesteding met als voorwerp 'Het per schip verdelen van drinkwater aan de binnenvaart in de haven van Antwerpen'.

1.2. Het toepasselijke bestek nr. 9061 bepaalt onder rubriek 1.3. onder meer :

'De opdracht vangt aan op 1 januari 2004 en loopt tot 31 januari 2005. De opdracht kan maximaal tweemaal verlengd worden met een periode van 1 jaar en loopt dus maximaal tot 31 januari 2007'.

De door de inschrijver in te vullen en bij zijn inschrijving te voegen 'inventaris' vermeldt onder 'omschrijving' : 'Het per schip leveren van drinkwater gedurende 1 jaar'.

De opening van de offertes wordt vastgesteld op vrijdag 29 augustus 2003 om 11 uur.

1.3. Tussen partijen wordt niet betwist dat vanwege de verzoekende partij in een eerste telefonisch onderhoud aan een aangestelde van het havenbedrijf werd gevraagd of de periode van 13 maanden wel degelijk de looptijd van de opdracht was en dat zulks werd bevestigd.

Volgens de verzoekende partij heeft zij in een tweede telefoongesprek op 22 augustus 2003 gewezen op de tegenstrijdigheid tussen de voormelde 13 maanden en de periode van 1 jaar, vermeld in het inschrijvingsformulier. De verwerende partij stelt dat het juiste tijdstip van dat telefonisch onderhoud niet vaststaat en dat geen definitief uitsluitel werd gegeven omtrent de gebeurlijke 'fout'.

1.4. Op 26 augustus 2003 zendt de verwerende partij aan 'alle aankopers van het bestek' bij faxbericht een 'addendum' toe. Dit faxbericht luidt als volgt :

'De aandacht van de inschrijver wordt erop gevestigd dat er een addendum opgemaakt werd dat integrerend deel uitmaakt van het bestek.

Addendum nr. 1

In voornoemd bestek wordt post 1 van de inventaris gewijzigd als volgt :
- post 1 : Het per schip leveren van drinkwater gedurende 13 maanden i.p.v. 1 jaar.

INVENTARIS

(Door de inschrijver in te vullen, te dag- en ondertekenen en bij zijn inschrijving te voegen)

TP : totaalprijs

Nr.	Omschrijving	Eenheid	Eenheidsprijs
1	Het per schip leveren van drinkwater gedurende 13 maanden	TP	
1	BTW	21%	
2	Totaal :		

De aannemer zal overeenkomstig addendum nr. 1 de prijs moeten aanpassen in de inventaris van het bestek.

De aannemer zal bij zijn inschrijving een verklaring voegen waaruit blijkt dat hij met de inhoud van dit addendum nr. 1 rekening heeft gehouden'.

- 1.5. De verzoekende partij stelt dit faxbericht te hebben ontvangen maar dat op dat ogenblik 'de gedelegeerd bestuurder' afwezig was en Peter De Wit, die de voormelde telefoongesprekken had gevoerd 'op dat ogenblik van mening was dat hij met voormeld addendum geen rekening meer diende te houden' en voorts dat het faxbericht er is gekomen op zijn verzoek om de andere inschrijvers op de hoogte te brengen van de 'fout' in het inschrijvingsformulier en dat het inschrijvingsformulier en de bijlagen zijn ingevuld 'overeenkomstig de voorwaarden van het bestek, dus voor dertien maanden en tegen een vaste prijs'.
- 1.6. Drie ondernemingen dienen een offerte in : de verzoekende partij, de tussenkommende partij en de NV Vlamo.
Met de bestreden beslissing van 9 oktober beslist het directiecomité van de verwerende partij de opdracht toe te wijzen aan de tussenkommende partij NV Leysen voor een bedrag van 369.000 euro, BTW uitgezonderd. Voor 'motivatie' wordt naar het 'gunningsverslag in bijlage' verwezen.
- 1.7. In dit gunningsverslag wordt gesteld :
[...]
Aanbesteding en prijsvergelijking :
Op de opening van de inschrijvingen van het bestek nr. 9061 werd door de drie volgende firma's een offerte ingediend, hieronder gerangschikt volgens stijgende inschrijvingsprijs :
1) De Wit nv : 367.900 €
2) Leysen nv : 369.000 €
3) Vlamo nv : 428.000 €
Regelmatigheid van de offerten :
- De offerte van nv De Wit vermeldt niet dat de inschrijver kennis heeft genomen van het rechtzettingsbericht (addendum 1). Uit de inschrijvingen zelf kan evenmin worden afgeleid dat de inschrijver rekening heeft gehouden met de rechtzetting. Dit gegeven is bovendien van aard dat het de prijs van haar offerte kan beïnvloeden en tevens invloed kan hebben op de rangschikking van de kandidaten. Het is immers niet uit te sluiten dat de prijs van de nv De Wit oorspronkelijk was berekend voor 12 maanden en dat nv De Wit, na kennisname van de prijzen van de andere inschrijvers, heeft gesteld dat haar prijs voor 13 maanden geldt om aldus de laagste inschrijving te hebben. De omstandigheid dat de prijs deelbaar is door 13 en niet door 12 lijkt niet relevant te zijn, vermits geen prijs per maand diende te worden opgegeven. Deze offerte moet dan ook als onregelmatig beschouwd worden en wordt uitgesloten.
- het reserveschip dient nog omgebouwd te worden om te voldoen aan de voorwaarden opgelegd in de technische specificaties (hoofdstuk 5) van het bestek. De ombouwperiode wordt ingeschat op 2 maanden. Dit blijft dus nog mogelijk na de gunning, maar voor de aanvang van de opdracht.
- De drinkwaterboten van nv De Wit zijn tot op heden niet voorzien van een debietmeter. De firma engageert zich evenwel deze te plaatsen na de gunning van de opdracht.
Zoals aangegeven in bijgevoegde tabel, voldoen Leysen nv en Vlamo nv volledig aan de minimum vereisten van het bestek.
Conclusie :
Aangezien de De Wit nv, wel de goedkoopste bieder is maar niet voldoet aan de minimum vereisten van het bestek, en omdat het prijsverschil tussen nv De Wit en de op één na voordeligste bieder miniem is, adviseer ik de opdracht te gunnen aan Leysen nv aan de prijs van 369.000 €.

[...]

3. De grondvoorwaarden van de vordering.

[...]

3.3. Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij een eerste middel afleidt uit onder meer de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, doordat haar offerte werd aangemerkt als onregelmatig en wordt uitgesloten, omdat niet uitdrukkelijk is vermeld dat rekening werd gehouden met het addendum 1, per faxbericht verstuurd op 26 augustus 2003, terwijl in dat addendum een bijkomende voorwaarde aan het bestek werd toegevoegd en het slechts twee dagen voor de opening van de inschrijving werd verstuurd; dat zij nader betoogt dat zowel de 'fout in het bestek' als het toezenden van dat addendum slechts twee dagen voor de opening der inschrijvingen als onzorgvuldig moet worden aangemerkt;

Overwegende dat niet wordt betwist dat het door de inschrijvers in te vullen formulier niet in overeenstemming was met de besteksbepalingen; dat in het eerstgenoemde document van '1 jaar' sprake was en in het bestek van 13 maanden, namelijk van 1 januari 2004 tot 31 januari 2005; dat juist die tegenstrijdigheid, die door de verzoekende partij was opgemerkt, de verwerende partij bracht tot het opstellen en doorfaxen van het meervermelde 'Addendum' waarin de gegevens van het inschrijvings-formulier in overeenstemming werden gebracht met die van het bestek zelf; dat de voornoemde initiële discrepantie de verwerende partij als een onzorgvuldigheid lijkt te moeten worden aangerekend;

Overwegende dat echter de wijze waarop deze onzorgvuldigheid werd rechtgezet evenmin als correct overheidshandelen lijkt te kunnen doorgaan; dat zulks immers gebeurde door middel van een faxbericht -waarvan ontvangst nooit zeker lijkt- en bovendien pas op 26 augustus 2003, dienvolgens slechts enkele dagen vóór de opening der inschrijvingen op 29 augustus 2003; dat die wijze van handelen des te meer klemmt, nu door middel van dat addendum eveneens een nieuwe verplichting aan de inschrijvers werd opgelegd, namelijk het toevoegen aan de offerte van een verklaring waaruit blijkt dat met de inhoud van het addendum rekening is gehouden;

Overwegende dat ten slotte het uitsluiten van de offerte van de verzoekende partij, juist op grond van het ontbreken van de voormelde verklaring en de daaruit ontwikkelde beschouwingen over eventuele speculatie door de verzoekende partij, aldus niet op een deugdelijke grondslag lijkt te steunen en dienvolgens eveneens onzorgvuldig lijkt; dat de verwerende partij in haar nota immers uitdrukkelijk stelt dat de andere 'motieven' op grond waarvan die beslissing is genomen 'overtollige' motieven zijn en het 'niet op basis van deze gronden [is] dat de offerte werd afgewezen'; dat dienvolgens de offerte van de verzoekende partij op een onzorgvuldige wijze lijkt te zijn onregelmatig verklaard;

Overwegende dat de verwerende partij zelf de begane onregelmatigheid 'relatief' noemt maar desalniettemin nog betoogt dat uit de offerte van de verzoekende partij 'niet ondubbelzinnig' bleek dat zij effectief heeft ingeschreven voor een periode van dertien maanden; dat de omstandigheden waarin het addendum tot stand kwam, namelijk in wezen op initiatief van de verzoekende partij, er echter lijken op te wijzen dat verzoekende partij wel degelijk beoogde voor dertien maanden in te schrijven en zulks moeilijk anders lijkt te kunnen worden geïnterpreteerd nu rubriek 2.4.1.1. van het bestek wat prijsbepaling betreft, uitging van een 'totale prijs'; dat overigens gelet op de voormelde omstandigheden de vermeende onduidelijkheid aan de verwerende partij lijkt te moeten worden toegerekend; dat, in de huidige stand van de procedure, dat verweer niet wordt aanvaard; dat evenmin de tussenkomende partij kan worden gevolgd in haar verweer, dat het verzuim

om de meervernoemde verklaring bij de offerte te voegen, een 'inschattingsfout' is die niet ten laste kan worden gelegd van de verwerende partij; dat immers die zogenaamde 'fout' zonder de initiële fout van de verwerende partij niet voorhanden had kunnen zijn en het er niet op lijkt dat dergelijke 'fout' van de verzoekende partij op zich, in de gegeven omstandigheden van de zaak, er verplicht toe diende te leiden de betrokken offerte als onregelmatig aan te merken;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat volgt dat het middel in de besproken mate ernstig is; dat de offerte van de verzoekende partij ten onrechte lijkt te zijn geweerd als onregelmatig; dat zulks meteen ook de toewijzingsbeslissing aan de tussenkommende partij lijkt te vitiëren”;

Overwegende dat op het aangehaalde arrest de bestreden beslissing van 17 november 2003 is gevolgd; dat het directiecomité van de verwerende partij die beslissing onder meer als volgt verwoordde :

“[...]

Overwegende dat het Havenbedrijf in eerste instantie heeft aangenomen dat uit de offerte van de onderneming De Wit niet op ondubbelzinnige wijze kon worden afgeleid dat zij effectief heeft ingeschreven voor een periode van 13 maanden, ondanks het feit dat zij -naar aanleiding van haar eigen opmerkzaamheid- werd geattendeerd op de dubbelzinnigheid van de inventaris;

Overwegende dat het Havenbedrijf op grond van de voormelde gegevens bij beslissing van 9 oktober 2003 heeft geoordeeld dat de offerte van de onderneming De Wit onregelmatig diende te worden verklaard;

Overwegende dat de Raad van State bij arrest nr. 125.126 van 6 november 2003 de beslissing om de offerte van De Wit als onregelmatig te beschouwen op grond van de volgende overwegingen als onzorgvuldig heeft gekwalificeerd :

'Overwegende dat niet wordt betwist dat het door de inschrijvers in te vullen formulier niet in overeenstemming was met de besteksbepalingen;

[...]

Overwegende echter dat de wijze waarop deze onzorgvuldigheid werd rechtgezet evenmin als correct overheidshandelen lijkt te kunnen doorgaan;

[...]

Overwegende dat ten slotte het uitsluiten van de offerte van de verzoekende partij, juist op grond van het ontbreken van de voormelde verklaring en de daaruit ontwikkelde beschouwingen over eventuele speculatie door de verzoekende partij, aldus niet op een deugdelijke grondslag lijkt te steunen en dienvolgens eveneens onzorgvuldig lijkt; dat de verwerende partij in haar nota immers uitdrukkelijk stelt dat de andere “motieven” op grond waarvan die beslissing is genomen “overtollige” motieven zijn en het “niet op basis van deze gronden [is] dat de offerte werd afgewezen”; dat dienvolgens de offerte van de verzoekende partij op een onzorgvuldige wijze lijkt te zijn onregelmatig verklaard.'

[...]

Overwegende dat het Havenbedrijf het gepaste juridische gevolg wenst te geven aan het hierboven geciteerde arrest van de Raad van State;

Overwegende dat de Raad van State, weze het in het kader van een kort geding, van oordeel lijkt te zijn dat de omstandigheid dat het Havenbedrijf de ondernemingen die het bestek hebben opgevraagd, bij fax heeft verwittigd van de dubbelzinnigheid in de aanbestedingsdocumenten, weliswaar tot een onzorgvuldigheid in hoofde van het Havenbedrijf aanleiding geeft doch zulks

niet tot gevolg heeft dat de gunningsprocedure daardoor in se door een onregelmatigheid is aangetast;

Overwegende dat de Raad van State integendeel van oordeel lijkt te zijn dat de gevolgde werkwijze enkel tot gevolg heeft dat de offerte van de nv De Wit niet mag worden gesanctioneerd op grond dat uit die offerte niet uitdrukkelijk blijkt dat met de inhoud van het addendum rekening werd gehouden; dat Raad van State daarbij in aanmerking neemt dat 'de omstandigheden waarin het addendum tot stand kwam, namelijk in wezen op initiatief van de verzoekende partij, er echter lijken op te wijzen dat verzoekende partij wel degelijk beoogde voor dertien maanden in te schrijven en zulks moeilijk anders lijkt te kunnen worden geïnterpreteerd nu rubriek 2.4.1.1. van het bestek wat prijsbepaling betreft, uitging van een 'totale prijs';

Overwegende het Havenbedrijf aan deze overwegingen gevolg wenst te verlenen en dienvolgens besluit dat de onderneming De Wit de laagste regelmatige inschrijving heeft ingediend op grond dat de hierboven vermelde specifieke omstandigheden waarin de inschrijving werd ingediend in redelijkheid niet toelaten te twijfelen aan het engagement van de nv De Wit om voor een termijn van dertien maanden in te schrijven, te meer nu rubriek 2.4.1.1. van het bestek uitging van een 'totale prijs';

Overwegende dat bij verder onderzoek van de regelmatigheid van de offertes blijkt dat er geen opmerkingen zijn bij de offertes van Vlamo en Leysen. Bij de offerte van de nv De Wit zijn er volgende opmerkingen :

- Het reserveschip dient nog omgebouwd te worden om te voldoen aan de voorwaarden opgelegd in de technische specificaties (hoofdstuk 5) van het bestek. De ombouw blijft evenwel nog mogelijk na de gunning, maar voor de aanvang van de opdracht.
- De drinkwaterboten van nv De Wit zijn tot op heden niet voorzien van een debietsmeter (cfr. bestek § 5.6 : eigenschappen meetinrichting). De firma engageert zich evenwel deze te plaatsen na de gunning van de opdracht.

Overwegende dat de opmerkingen bij de offerte van de nv De Wit niet van die aard zijn om de offerte van de firma De Wit nv, als onregelmatig te beschouwen, is de offerte van de firma De Wit bijgevolg regelmatig,

Financieel gevolg

Gunning aan de firma De Wit nv betekent voor het Havenbedrijf een uitgave van 367.900 EUR (excl. BTW). Dit bedrag kan verrekend worden op het budget 2004, rubriek 61/030.

BESLUIT:

artikel 1: Het directiecomité beslist de beslissing van 9 oktober 2003 houdende gunning van de opdracht voor het per schip verdelen van drinkwater aan de binnenvaart (bijzonder bestek B 9061) aan de onderneming Leysen nv, in te trekken;

artikel 2: Het directiecomité beslist de opdracht voor het per schip verdelen van drinkwater aan de binnenvaart (bijzonder bestek B 9061) aan de onderneming De Wit te gunnen voor een bedrag van 367.900 EUR (excl. BTW).

artikel 3: [...]"

2. Over de grondvoorwaarden tot schorsing.

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

2.1. Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij on een eerste middel aanvoert hetgeen volgt :

“Eerste middel, genomen uit de schending van artikel 2, 8 van de Richtlijn 92/13 van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (hierna de Richtlijn 92/13), van de artikelen 2 en 3 wet van 29 juli 1991 houdende motivering van eenzijdige bestuurshandelingen, van de zorgvuldigheidsnorm, het patere legem beginsel en het fair play beginsel,

Doordat, de verwerende partij in haar lezing van het voormeld arrest van Uw Raad van 6 november 2003 voorbij gaat aan de vaststelling van Uw Raad van het onzorgvuldig handelen van verwerende partij en aan deze vaststelling niet dezelfde (erga omnes) draagwijdte verleent als aan andere vermeldingen van het voormeld arrest en daarbij eveneens voorbij gaat aan de rechtsbescherming zoals geboden onder meer door artikel 2, 8 van de Richtlijn 92/13/EEG, de motiveringsplicht vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de algemene zorgvuldigheidsnorm, het patere legem beginsel en het fair play beginsel

Terwijl een schorsingsarrest slechts een in de tijd beperkte draagwijdte kent en de rechtsgeldigheid van de beslissing onverkort laat bestaan en dit in afwachting van een arrest houdende nietigverklaring overeenkomstig artikel 17, § 7 van de Gecoördineerde wetten op de Raad van State of een herroeping rekening moest houden met alle overwegingen van het arrest,

Zodat het bestreden besluit de in voormelde genoemde rechtsnormen en beginselen schendt”;

dat de verzoekende partij in een “toelichting bij het middel” nader betoogt :

- dat bij het nemen van de bestreden beslissing de verwerende partij onzorgvuldig zou zijn tewerkgegaan doordat zij “niet de vereiste afweging” van belangen heeft gemaakt, en “overhaast overging tot het nemen van een nieuwe beslissing”,
- dat de bestreden beslissing slechts naar het schorsingsarrest verwijst “zonder bijkomend in een aanvullende motivering te voorzien”,
- dat “de verwerende partij oordeelt dat louter het onregelmatig verklaren van de inschrijving van de firma De Wit (op basis van het ontbreken van

het addendum) de enige onzorgvuldigheid is die de Raad van State aanduidde” en daardoor in weerwil van de plicht tot uitdrukkelijke motivering “geen duidelijk antwoord gaf” “op de in het arrest vastgestelde onzorgvuldigheid van het bestek en van de gevoerde procedure zelf”,

- dat geenszins werd gemotiveerd “dat het administratief bestek en dat de gevoerde procedure -in tegenstelling tot de inhoud van het arrest- wél zorgvuldig zou zijn verlopen, quod non”
- dat “de doeltreffende uitvoer van het schorsingsarrest 125.126 erin bestond hetzij de aan verzoekende partij gegunde opdracht niet toe te wijzen en dit in afwachting van een eindarrest van de Raad van State, hetzij, te besluiten tot de stopzetting van de procedure” en door anders te handelen, de voornoemde richtlijn is geschonden,
- dat ten slotte de verwerende partij “door de intrekking en de nieuwe toewijzing van de opdracht, de rechtmatige eisen en rechten van verzoekende partij op unfaire en ontransparante wijze teniet doet en alzo ingaat tegen de door de verwerende partij in haar besluit van 9 oktober 2003 weergegeven evaluatie” waarin werd geoordeeld dat de tussenkomenende partij “niet voldoet aan de minimum vereisten van het bestek”;

Overwegende dat na het voornoemde schorsingsarrest de verwerende partij hetzij mocht wachten op een arrest van de Raad van State betreffende de nietigverklaring, hetzij de geschorste beslissing mocht intrekken teneinde de -in het kader van een schorsingsprocedure door de Raad van State voorlopig vastgestelde- onregelmatigheid te verhelpen; dat de verwerende partij te dezen een toewijzingsbeslissing introk, die was aangevochten en in haar tenuitvoerlegging was geschorst; dat die intrekking dienvolgens rechtmatig lijkt; dat de bekwame spoed waarmee zulks is gebeurd de verwerende partij niet als een onzorgvuldigheid lijkt te mogen worden aangewreven; dat in tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partij betoogt, het te dezen niet lijkt dat als gevolg van het schorsingsarrest de gehele toewijzingsprocedure diende te worden “stopgezet”; dat immers een dergelijke beslissing het belang van de NV Ch. De Wit niet beter had gediend dan de intrekking van de toewijzing aan de huidige verzoekende partij; dat de in het middel bedoelde onzorgvuldige uitvoering van het arrest niet lijkt te zijn aangetoond, noch een schending van de in het middel aangevoerde richtlijn waarvan de verzoekende partij overigens niet verduidelijkt op welke wijze deze van toepassing zou moeten zijn bij het nemen van de bestreden beslissing door de verwerende partij;

Overwegende voorts, dat de bestreden beslissing uitdrukkelijk is gemotiveerd en zulks op uitvoerige wijze; dat zij ook meer inhoudt dan een loutere verwijzing naar het schorsingsarrest en wel degelijk een “aanvullende motivering” bevat; dat in de beslissing immers de opmerkingen bij de diverse offertes zijn besproken en daaruit een conclusie wordt getrokken wat de offerte van de NV Ch. De Wit betreft; dat de verzoekende partij er lijkt van uit te gaan dat de bestreden beslissing ook een “antwoord” had moeten bevatten op de “onzorgvuldigheid van het bestek” en van de “gevoerde procedure zelf”; dat echter de bedoelde tegenstrijdigheid tussen bestek en inschrijvingsformulier, en de rechtzetting door ontijdige faxberichten, enkel de NV Ch. De Wit lijken te hebben geschaad; dat dienvolgens geen formeel motiveringsgebrek lijkt te kunnen worden gevonden in het niet uitdrukkelijk “antwoord” te geven op die gebrekkigheden in de procedure die leidde tot de eerste toewijzing; dat overigens in de bestreden beslissing wel te lezen staat dat “de Raad van State, weze het in het kader van een kort geding, van oordeel lijkt te zijn dat de omstandigheid dat het havenbedrijf de ondernemingen die het bestek hebben opgevraagd, bij fax heeft verwittigd van de dubbelzinnigheid in de aanbestedingsdocumenten, weliswaar tot een onzorgvuldigheid in hoofde van het havenbedrijf aanleiding geeft doch zulks niet tot gevolg heeft dat de gunningsprocedure daardoor in se door een onregelmatigheid is aangetast”; dat aldus in de bestreden beslissing de voorafgaande procedure in elk geval te berde is gebracht; dat het daarbij overigens niet relevant lijkt of de aangehaalde vaststelling al dan niet juridisch correct is, aangezien de draagwijdte van een arrest van de Raad van State en zijn uitvoering in principe mede binnen het kader van het belang van een verzoekende partij moeten worden beoordeeld en dat zoals gezien het belang van de NV Ch. De Wit en zelfs dat van de verzoekende partij niet beter was gediend door een stopzetting van de procedure;

Overwegende ten slotte, dat de verzoekende partij het een schending acht van het “patere legem beginsel en het fair play beginsel”, in zoverre de bestreden beslissing ingaat tegen de evaluatie van de offerte van NV Ch. De Wit in de beslissing van 9 oktober 2003; dat in het gunningsverslag bij de laatstgenoemde beslissing, van die offerte werd gezegd dat zij “niet voldoet aan de minimum vereisten van het bestek”; dat in het voormelde schorsingsarrest reeds is opgemerkt dat de verwerende partij daarmee enkel het ontbreken van de vereiste bij te voegen verklaring bedoelde en geen andere vereisten; dat, nu het hanteren van die verplichting prima facie in het schorsingsarrest onrechtmatig werd bevonden, en de toewijzingsbeslissing die op die evaluatie steunde, werd ingetrokken, in de huidige

stand van de procedure niet mag worden geconcludeerd dat de nieuwe evaluatie inhoudende “dat de opmerkingen bij de offerte van de NV De Wit niet van die aard zijn om de offerte van de firma NV De Wit als onregelmatig te beschouwen” zou “ingaan tegen” de eerste evaluatie;

Overwegende dat dienvolgens het eerste middel niet ernstig is;

2.2. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel stelt hetgeen volgt :

“Tweede middel, afgeleid uit de schending van artikel 11 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor werken, leveringen en diensten (hierna de Wet Overheidsopdrachten) alsmede van 78, § 2 en van artikel 98, § 2 van het K.B. van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en de rechtszekerheidnorm, het patere legem beginsel en het fair play beginsel;

Doordat, eerste onderdeel, het bestek onder deel 5, technische specificaties, 5.3. Waterboten, 5.3.1. Algemene eisen, onder meer specifieke eisen vermeldt waaraan de waterboten moeten voldoen en dat uit de bewoordingen van 5.3.1. duidelijk blijkt dat de opdrachthouder aan het bestuur éénsluidend verklaarde afschriften van communautaire certificaten binnen de twee maanden na de gunning en vóór de aanvang van de opdracht moet overmaken en tevens moet waarborgen, overeenkomstig artikel 2.2.4 van het bestek dat de inschrijver operationeel zal zijn op 1 januari 2004,

Terwijl, zowel de offerte van de weerhouden inschrijver Ch. De Wit alsmede het bestreden besluit uitdrukkelijk vermelden dat de inschrijver niet beschikt over de vereiste drie boten, en uiteraard niet kan beschikken over de vereiste certificaten en derhalve niet kan beantwoorden aan de in het bestek vermelde technische specificaties en materiële vereisten,

En doordat, tweede onderdeel, het bestek onder deel 5, technische specificaties, 5.3. Waterboten, 5.3.1. Algemene eisen, de specifieke technische eisen vooropstelt waaraan de waterboten moeten voldoen, namelijk dat de drinkwaterbedeling aan de binnenschepen dient te gebeuren met 2 bemande waterboten met een capaciteit van minimum 90 m³ en dat de opdrachthouder dient te beschikken over een reserveschip met een capaciteit van minimum 80 m³ dat in geval van defect van één van de waterboten onmiddellijk kan worden ingezet.

Terwijl, zowel de offerte van de weerhouden inschrijver Ch. De Wit alsmede het bestreden besluit uitdrukkelijk vermelden dat de inschrijver niet beschikt over de vereiste drie boten, en derhalve niet kan beantwoorden aan de in het bestek vermelde technische specificaties,

Zodat het bestreden besluit de in aanvang vermelde wettelijke normen en rechtsbeginselen schendt”;

Overwegende dat artikel 5.3.1. van het bijzonder bestek onder meer bepaalt :

“De drinkwaterbedeling aan de binnenschepen gebeurt met 2 bemande waterboten met een capaciteit van minimum 90 m³. De opdrachthouder dient te kunnen beschikken over een reserveschip, met een capaciteit van 80 m³ dat in geval van defect van één van de waterboten onmiddellijk kan worden ingezet [...].

De boten met uitrusting moeten steeds beantwoorden aan de wettelijke en reglementaire voorschriften en de verordeningen op de binnenvaart; en dienen te beschikken over een communautair certificaat in regel en een geldige meetbrief. De opdracht- houder bezorgt het bestuur voor eensluidend verklaarde afschriften van deze documenten binnen de twee maanden na gunning en voor de aanvang van de opdracht”;

dat artikel 2.2.4. voorschrijft dat bij de inschrijving wordt gevoegd “een schriftelijke en gemotiveerde verklaring dat de inschrijver operationeel zal zijn op 1 januari 2004”; dat bij de offerte van NV Ch. De Wit een document is gevoegd dat op 20 augustus 2003 is opgesteld en vermeldt :

“Schriftelijke verklaring dat de inschrijver operationeel zal zijn op 1 januari 2004.

Aangezien de waterboten DW I en DW II momenteel stand-by liggen na drie jaar actief te zijn in de bedeling van drinkwater aan Rijn- en binnenvaart in de Antwerpse haven, zal er geen enkel probleem zijn om vanaf 1 januari 2004 actief te zijn.

Het extra schip dat dient omgebouwd te worden is reeds eigendom van de firma Ch. De Wit nv en heeft na toekenning een periode van 2 maanden nodig voor ombouw”;

Overwegende dat uit de bij haar offerte gevoegde technische gegevens van de door de NV Ch. De Wit voorgestelde drie boten, blijkt dat zij een capaciteit van drinkwatertanks hebben van respectievelijk 180 m³, 131 m³ en 105 m³, en dat zij elk over een “communautair certificaat” beschikken dat geldig is respectievelijk tot 11 september 2007, 21 oktober 2007 en 29 januari 2008; dat het bijzonder bestek niet de verplichting oplegt om met bestaande waterboten in te schrijven; dat het bestek voorts enkel voorschrijft dat een verklaring wordt gedaan dat men operationeel zal zijn op 1 januari 2004; dat aldus het middel in zijn beide onderdelen uitgaat van een ogenscheinlijk verkeerde inschatting van de betrokken besteksbepalingen en van onjuiste feitelijke gegevens betreffende de voormelde certificaten; dat het middel niet ernstig is;

2.3. Overwegende dat de verzoekende partij een derde middel als volgt verwoordt :

“Derde middel, genomen uit de schending van artikel 5, § 3 van het decreet van 2 maart 1999 houdende het beleid en het beheer van de zeehavens en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en gelijkheidsbeginsel,

Doordat, artikel 5, § 3 van het Decreet van 2 maart 1999 voorschrijft dat het Directiecomité van een Havenbedrijf slechts is belast met het dagelijks bestuur van de onderneming,

Terwijl, de bestreden beslissing nergens het bewijs levert dat de opdracht voor het leveren van drinkwater per schip aan de binnenvaart in de haven van Antwerpen een handeling is die als een daad van dagelijks bestuur van het Havenbedrijf dient te worden beschouwd waarvoor het Directiecomité van verwerende partij bevoegd was, en dat evenmin uit het bestreden besluit blijkt dat het Directiecomité door de Raad van Bestuur expliciet werd aangesteld zo dit geen daad van dagelijks bestuur uitmaakt,

Zodat de bestreden beslissing de in het derde middel aangehaalde rechtsnorm en algemene beginselen schendt”;

Overwegende dat de verzoekende partij bij het middel geen onderscheid maakt tussen de diverse onderdelen van hetgeen zij “de bestreden beslissing” noemt; dat daarin vooreerst een intrekking is vervat van een toewijzingsbeslissing, eveneens genomen door het bedoelde directiecomité en voorts een nieuwe toewijzing; dat indien de gevraagde schorsing zou worden bevolen op grond van het middel, meteen ook een prima facie onrechtmatigheid zou worden vastgesteld die kleeft aan de toewijzingsbeslissing waarvan de verzoekende partij de begunstigde was; dat de verwerende partij in dat geval zich genoodzaakt zou kunnen weten om ook die beslissing in te trekken; dat het middel dienvolgens het belang van de verzoekende partij niet dient; dat het niet ontvankelijk lijkt en dienvolgens niet ernstig is; dat overigens het verweer van de verwerende partij, waarin zij lijkt aan te tonen dat op grond van delegatiebeslissingen van de raad van bestuur, het directiecomité te dezen wel bevoegd was, eveneens tot het niet aanvaarden van de ernst van het middel moet leiden;

2.4. Overwegende dat geen van de middelen ernstig is; dat dienvolgens niet is voldaan aan de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Ch. De Wit in het administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op elf december 2003, door :

de H.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.