RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 194.335 van 18 juni 2009
in de zaak A. 85.126/XII-2102.

In zake : de vennootschap naar Duits recht WIKING HELIKOPTER SERVICE GMBH,
die woonplaats kiest bij
advocaat bij het Hof van Cassatie J. Verbist,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Brederodestraat 13

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat K. Ronse,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
G. Macaulaan 33.

tussenkomende partij :

de NV NOORDZEE HELIKOPTERS VLAANDEREN,
die woonplaats kiest bij
advocaten P. Flamey en J. Bosquet,
kantoor houdende te Antwerpen,
Jan Van Rijswijcklaan 16.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de vennootschap naar Duits recht Wiking Helikopter Service Gmbh op 19 juli 1999 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :

"1. de beslissing d.d. 23 april 1999 van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, departement leefmilieu en infrastructuur, administratie Waterwegen en Zeewezen, afdeling Loodswezen, in haar hoedanigheid van aanbestedende dienst, om haar beslissing waarbij zij de opdracht van diensten voor het afsluiten van een overeenkomst voor het aan of van boord brengen van de loods van het te beloodsen schip door middel van een helikopter (besteknummer 16EL/98/001) toewees aan Wiking Helikopter Service GmbH, in te trekken (hierna de 'Annulatiebeslissing'), en, aansluitend,
2. de beslissing d.d. 23 april 1999, ter kennis gebracht van Wiking Helikopter Service GmbH d.d. 20 mei 1999, van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, departement leefmilieu en infrastructuur, administratie Waterwegen en Zeewezen, afdeling Loodswezen, in haar hoedanigheid van aanbestedende dienst beslist, om de opdracht van diensten voor het

afsluiten van een overeenkomst voor het aan of van boord brengen van de loods van het te beloodsen schip door middel van een helikopter (besteknummer 16EL/98/001) te gunnen aan Noordzee Helikopters Vlaanderen (hierna de 'Gunningsbeslissing')";

Gelet op het arrest nr. 81.748 van 12 juli 1999 waarbij de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de voormelde beslissingen wordt verworpen;

Gelet op het arrest nr. 86.906 van 25 april 2000 waarbij de schorsing van de tenuitvoerlegging wordt bevolen van de voornoemde gunningsbeslissing van 23 april 1999 en de vordering wat betreft de intrekkingsbeslissing van dezelfde datum wordt verworpen;

Gelet op het arrest nr. 97.250 van 29 juni 2001 waarbij de tweede aangevochten beslissing wordt nietigverklaard en wat de eerste bestreden beslissing betreft, de debatten worden heropend;

Gezien het aanvullend verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gezien de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memorie van verzoekende partij;

Gelet op de beschikking van 29 oktober 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 2 december 2008, datum waarop de zaak werd uitgesteld naar de terechtzitting van 16 december 2008;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat L. Swartenbroux, die loco advocaat J. Verbist verschijnt voor verzoekende partij, van advocaat T. De Sutter, die loco advocaat K. Ronse verschijnt voor verwerende partij, en van advocaat G. Verhelst, die loco advocaten P. Flamey en J. Bosquet verschijnt voor tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

De feiten dienstig voor de beoordeling van de eerste bestreden beslissing werden in het voormelde arrest nr. 97.250 als volgt weergegeven :

> "1.1. In het Bulletin der Aanbestedingen van 11 september 1998 wordt op last van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, departement leefmilieu en infrastructuur, administratie waterwegen en zeewezen, afdeling loodswezen, in de categorie 'personenvervoer door de lucht zonder dienstregeling' een opdracht voor de aanneming van diensten bekendgemaakt. De opdracht heeft volgens dat bericht en het bestek nr. 16EL/98/001 betrekking op 'het inzetten van helikopter(s) voor helibeloodsing', waaronder verstaan wordt 'de techniek waarbij de loods, om van of aan boord te gaan van het te belood(sen)(ste) schip, gebruik maakt van een helikopter. Hierbij wordt de loods afgezet of afgehaald door middel van takel en windas terwijl de helikopter laag boven het scheepsdek ter plaatse blijft hangen'. De opdracht loopt over negen jaar te rekenen vanaf 'de datum vastgesteld in het bevel tot aanvang van de helikopterbeloodsing en welke in principe volgt op de 1ste van de maand volgend op de datum van de per aangetekend schrijven gegeven betekening van de goedkeuring van de offerte'; zij wordt uitgevoerd, in de aanvangsfase vanuit de vlieghaven te Oostende, later vanuit Zeebrugge 'tot aan het beloodsingsgebied aanloop Westerschelde'. De realisatie van de helibeloodsing zal 'stapsgewijs ingevoerd worden'; er zijn drie stappen gepland (stap 1 : 'helibeloodsing voor een bedrag van 50 miljoen per jaar met prioriteit op dagen met slechte weersomstandigheden en gestaakte loodsdiensten'; stap 2 : 'helibeloodsing aan een gemiddelde van 6 beloodsingen per dag'; stap 3 : 'helibeloodsing aan een gemiddelde van 9 beloodsingen per dag'); er is bepaald dat de invoering van een bepaalde stap niet gebonden is aan een bepaalde termijn, maar dat de 'periodiciteit per stap in onderling overleg bepaald (zal) worden'.
>
> 1.2. Het bestek bepaalt de voorwaarden van gunning van de opdracht volgens de procedure van de algemene offerteaanvraag.
>
> In artikel 71 van dat bestek worden onder de hoofding 'kwalitatieve selectie' een aantal vereisten gesteld waaraan enerzijds de helikopter en anderzijds de bemanning en lierbedienaars 'op het moment van het toewijzen van de opdracht' moeten voldoen. Met betrekking tot de helikopter worden onder meer volgende voorwaarden vastgesteld :
>
> '1. Configuratie
>
> (...)
>
> 5. Over een schuifdeur beschikken welke in geopende stand minimum 135 cm hoog en 85 cm breed moet zijn;
> 6. De rotordiameter mag maximaal +/- 13 m bedragen;
>
> (...)
>
> 10. Een bemanning en drie passagiers kunnen vervoeren;
> 11. Een autonomie van 1 uur 30 min bezitten aan een minimum kruissnelheid van 120 knopen op zeeniveau aan ISA voorwaarden met de vereiste configuratie.

2. Avionica
(...)
3. Vermogen
De helikopter moet over het nodige vermogen beschikken om in hangstand te kunnen blijven op 1 motor, buiten grondeffect, met de vermelde configuratie en dit op zeeniveau onder ISA voorwaarden. Een wind van 12 knopen mag in rekening worden gebracht.
(...).'.

Met betrekking tot de gunningscriteria bepaalt artikel 115 van het bestek onder meer :

'De beoordeling van de verschillende offertes en de keuze van de voor het Bestuur regelmatige en meest geschikte bieding, zal geschieden rekening houdende met de volgende gunningscriteria :

Onderdeel	Aantal punten
1. Financiële evaluatie	Totaal 50 punten
a. Het bedrag van de bieding per helibeloodsing	50
(...)	
2. Technische evaluatie	Totaal 50 punten
a. Ervaring op gebied van helikopterbeloodsing	5
b. Op basis van technische kenmerken van de voorgestelde helikopter	15
c. Op basis van de kwalificatie van de piloten en de lierbedienaars	15
d. Op basis van de veiligheidsuitrusting van de helikopters	15

(...)'.

1.3. De verzoekende partij schrijft in voor de uitvoering van de opdracht met een helikopter Sikorsky S 76 B. Ook de tussenkomende partij schrijft in, met een helikopter Dauphin AS 365 N3.

1.4. In haar evaluatieverslag van 4 december 1998 over de inschrijvingen, stelt de beoordelingscommissie dat beide inschrijvers voldoen aan de kwalitatieve selectievoorwaarden. De beoordeling op grond van de gunningscriteria valt uit in het voordeel van de verzoekende partij (95 punten tegen 87,87 punten voor de tussenkomende partij).

1.5. Op 30 november 1998 ontvangt de dienst van het loodswezen een brief van het loodsenverbond waarin dit erop wijst dat de verzoekende partij 'op belangrijke punten niet voldoet aan de voorwaarden van de aanbesteding', meer bepaald ten aanzien van het 'vermogen' waarover de helikopter moet beschikken (de Sikorsky zou 550 kg te veel wegen) en ten aanzien van de bekwaamheidsbewijzen van de in te zetten piloten.

1.6. Op 2 februari 1999 schrijft het afdelingshoofd van de dienst loodswezen het federale bestuur van de luchtvaart aan met de vraag om de twee inschrijvingen te toetsen aan het bestek op het stuk van configuratie, avionica en vermogen.

Op 12 februari 1999 wordt daarop geantwoord. Op grond van nauwkeurige berekeningen met betrekking tot de configuratie, de avionica en het vermogen van de twee helikopters wordt besloten dat de tussenkomende partij 'voldoet aan de voorwaarden' terwijl 'Wiking met helicopter S 76 B niet tegelijkertijd

- drie loodsen aan boord (kan) hebben (configuratie)
- één uur en half autonomie hebben (configuratie)

- in hangstand (kan) blijven op één motor, buiten grondeffect, met de vermelde configuratie (...) (vermogen)'.

1.7. In een nieuw evaluatieverslag, op 1 maart 1999 opgemaakt na kennisneming van het standpunt van het ministerie van verkeerswezen, stelt de beoordelingscommissie dat de aanbieding van de verzoekende partij 'niet voldoet aan de kwalitatieve selectie' wat betreft de vereisten 10 en 11 van de configuratie en wat betreft het vermogen van de helikopter en dat de tussenkomende partij -die wel voldoet aan de kwalitatieve selectievoorwaarden- voldoet aan de gunningscriteria.

1.8.1. Op 23 april 1999 'annuleert' directeur-generaal J. Strubbe van de administratie waterwegen en zeewegen zijn eerder genomen en niet gedagtekend besluit om, vertrekkend van het analyseverslag van 4 december 1998 en rekening houdend met de vooropgestelde gunningscriteria, de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

Dat 'annulatiebesluit' vormt het eerste voorwerp van de voorliggende vordering".

De middelen

Verzoekende partij voert in haar inleidend verzoekschrift twee middelen aan maar verzaakt in haar memorie van wederantwoord aan het tweede middel.

Verzoekende partij steunt het eerste middel op "schending van artikel 16 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; schending van hetzij artikel 71, hetzij artikel 110, §1 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies van openbare werken; schending van het gelijkheidsbeginsel; schending van het bijzonder bestek en het beginsel patere legem quam ipse fecisti".

Daartoe betoogt zij dat ten onrechte is beslist dat haar helikopter niet aan de besteksvoorwaarden voldeed, onder meer aan de hiervoor aangehaalde vereisten van configuratie en vermogen.

In haar inleidend verzoekschrift poogt zij dit standpunt te staven met uitvoerige argumenten van hoofdzakelijk technische aard.

In haar memorie van wederantwoord en laatste memorie na het voormelde arrest nr. 97.250 vraagt verzoekende partij in ondergeschikte orde de aanstelling van een deskundige met als opdracht :

"(1) de volgende documenten te onderzoeken : (a) het bestek nr. 16 EL/98/001 van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Departement Leefmilieu en Infrastructuur, Administratie Waterwegen en Zeewezen, Afdeling Loodswezen; (b) de inschrijvingen van verzoekster en van Noordzee Helikopters Vlaanderen op dit bestek; (c) het evaluatieverslag van het Bestuur van de Luchtvaart van 12 februari 1999

(2) advies te verstrekken over de vraag of de lezing door het Bestuur van de Luchtvaart van de besteksvereiste van het 'vermogen', zoals deze blijkt uit de berekeningen door dit Bestuur in het advies van 12 februari 1999, conform is met de bepalingen van het bestek zoals deze op normale wijze worden verstaan in de luchtvaartsector".

In voormelde laatste memorie vat zij haar argumentatie nogmaals samen en wel als volgt :

"Het bestek vereist dat de helikopter over het nodige vermogen moet beschikken om in hangstand te blijven op 1 motor, buiten grondeffect, met de vermelde configuratie en dit op zeeniveau onder ISA voorwaarden.

Volgens verzoekster bestaat 'de vermelde configuratie' uit de eerste 10 punten die in het bestek vermeld staan onder '1. Configuratie', met uitsluiting van punt 11. Punt 11 bepaalt dat het toestel een autonomie moet hebben van 1 u 30 minuten aan een minimum kruissnelheid van 120 knopen op zeeniveau aan ISA voorwaarden met de vereiste configuratie.

De vereiste inzake autonomie kan niet beschouwd worden als deel uitmakend van 'de vermelde configuratie', bedoeld in het vereiste van het vermogen o.m. omdat

- punt 11 inzake autonomie zelf verwijst naar 'de vereiste configuratie', m.a.w. de 10 voorafgaande punten;
- in de luchtvaartindustrie de 'autonomie' geen uitstaans heeft met de 'configuratie' van een toestel

In het verslag van het Bestuur van de Luchtvaart wordt evenwel de vereiste van de autonomie in rekening gebracht om na te gaan of het toestel wel over voldoende vermogen beschikt. Dit leidt het Bestuur tot een berekening van de vraag of de helikopters op één motor. In hangstand kunnen blijven op een ogenblik dat er brandstof aan boord is om nog gedurende 1 u 30 minuten te kunnen vliegen.

Het is evenwel kennelijk onredelijk om een dergelijke eis te stellen : wanneer er een motor uitvalt in hangstand, betreft dit een noodsituatie en is het ondenkbaar en bovendien volkomen onverantwoord dat de helikopter nog anderhalf uur zou moeten blijven vliegen. De piloot dient zo spoedig mogelijk over te schakelen naar vliegstand en vervolgens op de meest nabije oever te landen. In het beloodsingsgebied van de betrokken opdracht is deze meest nabije oever steeds op enkele minuten vliegen te bereiken.

Een piloot zal daarenboven nooit overschakelen naar hangstand wanneer hij zo zwaar is geladen dat bij het uitvallen van een motor zijn toestel zou neerstorten.

Het Bestuur van de Luchtvaart heeft dan ook een foutieve en kennelijk onredelijke interpretatie gegeven van de besteksvoorwaarden. Deze verkeerde interpretatie heeft de tegenpartij ertoe gebracht de inschrijving van verzoekster onregelmatig te beschouwen en het besluit tot gunning van de opdracht aan verzoekster in te trekken".

De aangebrachte technische discussies zijn reeds voorwerp geweest van deskundig onderzoek. Meer bepaald stelde de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel bij vonnis van 30 juli 2003 ir. J. De Munter, luchtvaartdeskundige, aan met als drievoudige opdracht :

(1) advies te verstrekken over de vraag of de lezing door het Bestuur van de Luchtvaart van de besteksvereiste van het "vermogen", zoals deze blijkt uit de berekeningen door dit Bestuur in het advies van 12 februari 1999, conform is met de bepalingen van het bestek;
(2) advies te verstrekken over de correctheid van het uitgangspunt van 3575 kg als maximaal gewicht dat nog toelaat dat de helikopter van Noordzee Helikopters Vlaanderen in hangstand zou blijven op één motor;
(3) advies te verstrekken over de vraag of er een redelijke verantwoording bestaat om bij de berekening van het gewicht van de helikopter van Noordzee slechts één piloot in rekening te brengen, en bij de berekening van het gewicht van de helikopter van Wiking twee piloten in rekening te brengen.

Het vonnis van 30 juli 2003 werd bij arrest van 13 september 2004 van het Hof van Beroep te Brussel hervormd wat de formulering van de derde vraag aan de deskundige betreft. Deze werd als volgt geformuleerd :

(3) welke zijn de regels en voorschriften op grond waarvan het aantal piloten bepaald moet worden voor de uitvoering van de helibeloodsingen bedoeld in bestek nr. 16/EL/98/001 door de helikopters waarmee Wiking Helikopter Service GmbH en Noordzee Helikopters Vlaanderen nv hebben ingeschreven op de opdracht.

Verzoekende partij betoogt dat het bestek op dubbelzinnige wijze is geformuleerd en dat haar helikopter voldoet aan een "redelijke" interpretatie van dat bestek. Daarmee is op zich echter nog niet aangetoond dat een strengere lezing "onredelijk" zou zijn.

In zijn bevindingen daaromtrent kwam de deskundige tot de conclusie dat de strenge interpretatie gestoeld op veiligheidsredenen die het Bestuur der Luchtvaart gaf aan de vermogensvereiste en waarop de bestreden beslissing steunde, ook conform was aan de bewoordingen van het bestek en ook aanvaardbaar kon worden geacht. Bij eindvonnis van 23 november 2007 stelde de voormelde Rechtbank van eerste aanleg in dezelfde lijn dat niet was aangetoond dat een onwettig "annulatiebesluit" -versta intrekkingsbesluit- was genomen.

De Raad van State ziet geen reden om na het voormelde deskundig onderzoek, waarvan hij kennis nam, nogmaals een deskundige met het gevraagde -analoge- onderzoek te belasten. De Raad sluit zich aan bij de bevindingen van de voormelde deskundige en wijst de argumentaties van verzoekende partij op die grond af. Het middel is niet gegrond.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 347,06 euro, komen ten laste van verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 123,95 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op achttien juni 2009, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **D. VERBIEST.**