

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 66.080 van 25 april 1997
in de zaak A. 73.630/IV-16.575.**

In zake : de n.v. BELGIAN OIL SERVICES,
die woonplaats kiest bij
Advocaat C. DE WOLF,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Tervurenlaan 268 A

tegen :

1. het HAVENBEDRIJF ANTWERPEN,
2. de stad ANTWERPEN,
die woonplaats kiezen bij
Advocaat D. D'HOOGHE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Henri Wafelaertsstraat 47-51.

D E R A A D V A N S T A T E , I V e K A M E R ,

Gezien het verzoekschrift dat de n.v. BELGIAN OIL SERVICES op 19 maart 1997 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van ongekende datum, tot gunning en toewijzing aan de C.V. BRABO van de aannemingsopdracht van levering en diensten zoals omschreven in het bestek nr. 8470 'betreffende het rein houden van het dokwater met het behulp van de stedelijke oliezuiger II, op rechteroever', meegedeeld aan de C.V. BRABO bij gunningsbrief van 20 november 1996";

Gelet op de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, inzonderheid op de artikelen 17 en 18;

Gezien de nota van de verwerende partijen;

Gelet op de beschikking van 19 maart 1997 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 25 maart 1997;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter J. BORRET;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat C. DE WOLF, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van Advocaat D. D'HOOOGHE, die verschijnt voor de verwerende partijen;

Gehoord het, wat het beschikkend gedeelte betreft, eensluidend advies van Auditeur J. STEVENS;

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

1. Overwegende dat de bestreden beslissing is genomen na openbare aanbesteding, waarvoor ook de verzoekende partij heeft ingeschreven;

2. Overwegende dat als eerste annulatiemiddel verzoekster aanvoert :

"Schending van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, meer bepaald de artikelen 2 en 3 van voormelde wet; afwezigheid van een uitdrukkelijke en afdoende motivering";

Overwegende dat uit de uiteenzetting van het middel blijkt dat verzoekster geen kennis heeft van de formele motivering van de bestreden beslissing; dat zij dat middel verder uiteenzettend er zich over beklagt van die formele motivering geen kennis te hebben gekregen in weerwil van haar brief van 7 maart 1997; dat zij besluit "dat, in afwachting en onder voorbehoud van de

inzage van het administratief dossier, de bestreden beslissing de bepalingen van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen schendt en dat het eerste middel dan ook ernstig en manifest gegrond is";

Overwegende dat in de brief van 7 maart 1997 een van verzoeksters raadslieden het Havenbedrijf Antwerpen vroeg te "vernemen wat de stand is van de lopende gunningsprocedure. Cliënte heeft terzake onlangs een aantal geruchten opgevangen, en dringt dan ook aan om zo spoedig mogelijk van uw administratie een formeel standpunt te mogen ontvangen. U zal dan ook begrijpen dat wij het op prijs zouden stellen een schriftelijk antwoord op de in onderhavig schrijven opgenomen vraagstelling te mogen ontvangen en dit binnen een termijn van vier werkdagen vanaf de datum van ontvangst van onderhavig schrijven, waarvoor bij voorbaat onze dank.";

Overwegende dat de raadsman van verzoekster op 12 maart 1997 het volgende antwoord kreeg :

"In verband met de aangelegenheid in hoofding deel ik U mede dat goedkeuring werd verleend aan de inschrijving van de c.v. BRABO.

In een gunningsbrief dd. 20 november 1996 aan de c.v. BRABO werd erop gewezen dat de aanneming een aanvang neemt op 1 december 1996.

Uit het onderzoek van de prijsverantwoording was immers gebleken dat de door de c.v. BRABO ingediende nulprijs voor het uitvoeren van de volledige opdracht als een normale prijs kon aanvaard worden.

Er dient ook te worden opgemerkt dat op het bestuur geen algemene verplichting rust om de toewijzingsbeslissing aan de niet gekozen inschrijvers kenbaar te maken. Ook de wetgeving betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen voorziet niet in een dergelijke verplichting.";

2.1. Overwegende dat de verwerende partij stelt dat verzoekster nooit uitdrukkelijk om mededeling van de toewijzingsbeslissing -en dus van de in die beslissing gegeven motivering- heeft gevraagd, ook niet in de brief

van 7 maart 1997, waarin zij enkel vraagt te "vernemen wat de stand is van de lopende gunningsprocedure"; dat voor haar verzoekster aldus "een fundamenteel vereiste van behoorlijk burgerschap" heeft miskend, door voorafgaand aan het door haar aangespannen kort geding het havenbestuur niet om mededeling van de toewijzingsbeslissing te vragen;

2.2. Overwegende dat in dat verweer wel wordt voorbijgegaan aan het feit dat in de brief van 12 maart 1997 waarmee zij verzoeksters brief van 7 maart 1997 beantwoordt, de verwerende partij "een fundamenteel vereiste van behoorlijk bestuur" ignoreert door zonder meer te stellen dat zij niet verplicht was om de toewijzingsbeslissing aan de niet gekozen inschrijvers kenbaar te maken; dat zij beter geïnspireerd geweest zou zijn door te stellen dat zij dat enkel moest doen als een niet gekozen inschrijver daar om vroeg en dat verzoekster dat nooit had gedaan;

Overwegende ook dat aan het verweer bezwaarlijk gevolg kan worden gegeven, voor zover en in zoverre het het standpunt inhoudt dat na ontvangst van de brief van 12 maart 1997 verzoekster om mededeling van de toewijzingsbeslissing had moeten vragen en pas na ontvangst van die beslissing haar vordering tot schorsing had moeten instellen; dat de brief van 12 maart 1997 verzoekster weinig hoop gaf op korte termijn mededeling van de beslissing te krijgen; dat door die brief verzoekster dan toch vernam dat de aanneming reeds op 1 december 1996 een aanvang had genomen en dat haar dus bezwaarlijk verweten kan worden dat ze zonder verder dralen het geding heeft aangespannen;

Overwegende dat mogelijk wel met de verwerende partij kan worden meegegaan waar zij verzoekster een "gebrek aan diligente opvolging van het gunnings-

dossier" verwijt door onredelijk lang te wachten met het opvragen van de toewijzingsbeslissing;

Overwegende dat ook dat verweer onterecht zou zijn wanneer verzoekster kon doen gelden dat, toen zij haar brief van 7 maart 1997 schreef, zij er geen weet van had en er geen weet van kon hebben dat de aanbestedingsprocedure reeds op een toewijzingsbeslissing was uitgelopen; dat in dat geval het van haar kant volkomen logisch was met haar brief van 7 maart 1997 alleen maar naar de stand van de aanbestedingsprocedure te informeren;

Overwegende dat verzoekster staande houdt dat haar situatie zich zo voordeed : "... zeer onlangs", zo schrijft zij in haar verzoekschrift, "vernam verzoekster eerder toevallig dat verwerende partij de opdracht reeds zou hebben toegewezen, en dit op basis van 'een in nevel gehulde beslissing' van onbekende datum"; dat in de lijn van die verklaring de reden ligt die verzoekster in haar schrijven van 7 maart 1997 opgeeft voor de in dat schrijven gestelde vraag, te weten dat zij "onlangs een aantal geruchten (heeft) opgevangen" over de gunningsprocedure;

Overwegende dat de verwerende partij daartegenover stelt :

"Diverse elementen wijzen er echter op dat BOS reeds langer tijd kennis had - minstens moest hebben van de toewijzing.

In de eerste plaats is BOS een onderneming die gespecialiseerd is in het ophalen en vervoeren van olie-afvalprodukten zoals slobb (afgewerkte olie van scheepsmotoren) en bilgewater (afvalolie van machinekamer van binnenschepen vermengd met water). De dagdagelijkse activiteiten van de onderneming brengen haar regelmatig in aanraking met het probleem van oliestorting omdat bij het transfereren van de olie-afval van een schip naar het BOS-schip zich al eens stortingen voordoen.

Naar aanleiding van de gunning van de opdracht werd de procedure inzake de opruiming van oilspills

gewijzigd. Vroeger had alleen het Havenbedrijf zelf het recht om de oliestortingen op te ruimen, mits a posteriori de kosten te verhalen op de verantwoordelijke vervuiler. Thans heeft de gekende vervuiler de keuze om hetzij beroep te doen op de diensten van het Havenbedrijf, hetzij de private markt te consulteren.

Op 20 december 1996 werd een ongeken­de oliestorting vastgesteld (zie stuk 41). BRABO werd opgeroepen om de pollutie te bestrijden. Na enig onderzoek kwam vast te staan dat het schip NOGA verantwoordelijk was voor de oliestorting. De agent van NOGA (AHLERS) heeft vervolgens BOS aangesteld om de reinigingswerken uit te voeren. Naar aanleiding van dit specifieke beroep op de private dienstverlening van BOS bij het bestrijden van de olie­vervuiling -een beroep dat in het verleden niet kon worden gedaan- en samenwerking met BRABO, kon BOS vaststellen, minstens moest BOS hebben vastgesteld dat er iets gewijzigd was aan de vroegere procedure en dat BRABO de opdracht had bekomen.

Op 11 januari 1997 werd een andere oliestorting gemeld die door BOS was veroorzaakt naar aanleiding van een slecht uitgevoerde overpomp-operatie van bilgewater. Hierdoor was afvalolie via het luikdeksel overgelopen in het dokwater. Conform de nieuwe regeling werd BOS aansprakelijk gesteld en opgedragen zelf in te staan voor de vervuiling. Overeenkomstig de vroegere reglementering zou enkel het Havenbedrijf de leiding kunnen hebben gehad van de opruimactie. Nu stonden de schipper en BOS zelf in voor de reiniging.";

Overwegende dat verzoekster die argumentatie niet weerlegt; dat daarbij komt dat de opening der aanbiedingen reeds op 7 juni 1996 plaatshad, dat verzoekster reeds op 12 juni 1996 het havenbestuur aanschreef om te wijzen op het volgens haar abnormaal laag karakter van de prijs van de laagste inschrijver, dat het havenbestuur haar op 21 juni 1996 berichtte dat het onderzoek naar de regelmatigheid van de inschrijvingen reeds was gestart en dat aan de laagste inschrijver een prijsverantwoording was gevraagd, dat verzoekster zelf op 28 juni 1996 de haar gevraagde prijsverantwoording verschaftte; dat verzoekster toch moest vermoeden dat over de toewijzing binnen afzienbare tijd beslist zou worden; dat verzoekster haar wachten met een nieuwe schriftelijke reactie tot 7 maart 1997

moeilijk kan verklaren doordat ze telefonisch geregeld informeerde naar de stand van de procedure en doordat ze pas kort vóór die brief "eerder toevallig" en gealarmeerd door "een aantal geruchten" ging vermoeden dat de toewijzingsbeslissing was genomen; dat zij de data van de telefoontjes niet vermeldt, de omstandigheden die het toeval schiepen niet omschrijft, en de geruchten niet preciseert; dat zij weliswaar ook nog verklaart in de overtuiging te hebben verkeerd dat als de c.v. BRABO reinigingswerken uitvoerde, zij zulks deed op basis van de haar vóór de aanbesteding verleende opdracht; dat zij ook nog verklaart dat zij het gegeven dat het onderzoek van de inschrijvingsprijzen behoorlijk lang duurde, kon toeschrijven aan de structurele organisatorische wijzigingen die einde 1996 in het Antwerpse havenwezen werden doorgevoerd, met name de oprichting van een autonoom gemeentebedrijf; dat een en ander de Raad wellicht overtuigd zou hebben had verzoekster een zinvol antwoord vermogen te geven op de hierboven gereproduceerde argumentatie van de verwerende partij, die deze nog kracht bijzet door de volgende beschouwingen :

"Gelet op de specifieke aspecten van de maritieme wereld in de haven van Antwerpen en de aandeelhoudersstructuur van BRABO, is het onvoorstelbaar en onbegrijpelijk dat BOS niet op de hoogte zou zijn geweest van de toewijzing van de opdracht aan BRABO. Minstens moet rekening worden gehouden met het bestaan van onderlinge -vrij nauwe- banden tussen de diverse ondernemingen die actief zijn in de Antwerpse havenwereld. De gunning van opdracht aan BRABO kan in die omstandigheden niet onopgemerkt, noch onbekomentarieerd aan de aandacht van BOS zijn ontsnapt";

dat wanneer verzoekster het resultaat weergeeft van de telefoontjes die ze gepleegd zou hebben, ze beweert dat haar geantwoord werd dat het prijsonderzoek nog niet was afgerond, niet dat haar geantwoord werd dat de structuurwijzigingen in het havenbeleid de beslissing vertraagden;

Overwegende dat -zeker in een schorsings-procedure, stelliger nog in een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid- de teleurgestelde inschrijver op een openbare aanbesteding er zich slechts met vrucht kan over beklagen dat kennisgeving van de gemotiveerde toewijzingsbeslissing hem werd onthouden wanneer hij aannemelijk maakt dat hij met bekwame spoed om die kennisgeving heeft gevraagd; dat in de huidige stand van het geding -een geding waarin het de verzoe-kende partij is die zijn tegenpartijen en de Raad tot een spoedonderzoek met alle risico's vandien dwingt-verzoekster daar niet toe gekomen is; dat het eerste middel niet de vereiste ernst vertoont;

3. Overwegende dat verzoekster als tweede annulatiemiddel de schending aanvoert van artikel 20, § 5, juncto artikel 25, § 2, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; dat deze bepalingen handelen over het verantwoorden van abnormaal hoge of abnormaal lage prijzen; dat verzoekster betoogt dat haar om een prijsverantwoording werd gevraagd maar dat ze in strijd met de door haar geschonden genoemde bepalingen geen kennis kreeg van de prijzen die het bestuur na de door haar gegeven verantwoording nog steeds als abnormaal beschouwde; dat zij voorts betoogt dat ook de "inschrijvingsprijs" van 0 frank van de c.v. BRABO de verwerende partij er had moeten toe aanzetten ook deze inschrijver om een prijsverantwoording te vragen; dat zij zich ten slotte afvraagt of een prijs van 0 frank wel als een prijs kan worden aangemerkt; dat zij daarvoor verwijst naar de Europese richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverle-ning, in artikel 1 waarvan onder "overheidsopdrachten voor dienstverlening" wordt verstaan : "schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten

tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds (...)" ; dat zij meent dat een prijs van 0 BEF bezwaarlijk als een contract "onder bezwarende titel" aangemerkt kan worden;

3.1. Overwegende dat met de verwerende partij vastgesteld moet worden dat de opdracht aan de c.v. BRABO werd toegewezen niet omdat de inschrijvingsprijs van verzoekster abnormaal hoog was, maar omdat de inschrijvingsprijs van de c.v. BRABO als laagste inschrijver niet abnormaal laag was; dat het er dus niet toe doet dat aan verzoekster niet werd bericht welke van haar prijzen nog als abnormaal werden beschouwd; dat wel degelijk werd onderzocht of de prijzen van de c.v. BRABO niet abnormaal waren; dat volgens artikel 1106 van het Burgerlijk Wetboek het contract onder bezwarende titel het contract is waarbij aan elke partij de verplichting wordt opgelegd om iets te geven of te doen; dat in het onderhavige contract maar al te zeer verplichtingen worden opgelegd aan de c.v. BRABO; dat een contract onder bezwarende titel ook nog wel wordt omschreven als een overeenkomst die voor beide partijen een voordeel oplevert; dat de verwerende partij terecht kan stellen dat het voordeel voor de c.v. BRABO is dat zij de stedelijke oliezuiger kan gebruiken en het voordeel voor het havenbedrijf is dat het dokwater rein wordt gehouden; dat het middel niet ernstig is;

4. Overwegende dat als derde annulatiemiddel verzoekster de schending aanvoert van artikel 6 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; dat dit artikel bepaalt dat het ieder ambtenaar, openbare gezagdrager of ieder ander persoon belast met een openbare dienst, verboden is tussen te komen bij de gunning van en het toezicht op een overheidsopdracht zodra hij persoonlijk of via een tussenpersoon belangen heeft in één van de inschrijvende ondernemingen, dat dit

belang vermoed wordt te bestaan indien hij zelf of bij tussenpersoon eigenaar, mede-eigenaar of werkend vennoot is van één van de inschrijvende ondernemingen dan wel in rechte of in feite, zelf of bij tussenpersoon, een directie- of beheersbevoegdheid uitoefent; dat verzoeker die bepaling toegepast wil zien worden op de Directeur-Generaal van het Havenbedrijf, E. BRUYNINCKX, die sinds kort bestuurder zou zijn in de c.v. BRABO; dat zij meent dat niet kan worden aanvaard dat artikel 6 van toepassing is op de periode die de gunningsbeslissing voorafgaat zonder dat de doelstelling van deze bepaling volledig uitgehold wordt : "Deze bepaling beoogt immers", aldus verzoeker, "om de overtredingen, opgenomen in artikel 245 van het strafwetboek te voorkomen, evenals de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de overheid bij het gunnen van opdrachten te waarborgen";

4.1. Overwegende dat naar de verwerende partij meedeelt E. BRUYNINCKX op 20 februari 1997 werd benoemd tot lid van de raad van bestuur van de c.v. BRABO; dat zij echter van oordeel is dat, nu die benoeming na de toewijzingsbeslissing van 20 november 1996 is gedateerd, artikel 6 van de wet van 14 juli 1976 onmogelijk geschonden kan zijn; dat zij bovendien onder verwijzing naar 's Raads arresten nr. 35.443 van 10 juli 1990, nr. 46.858 van 8 april 1994 en nr. 50.294 van 22 november 1994 stelt dat de sanctie op de schending van dat artikel 6 de ambtenaar treft en niet de inschrijving;

4.2. Overwegende dat dit verweer overtuigt;

5. Overwegende dat als vierde annulatiemiddel verzoekster schending van de materiële motiveringsplicht aanvoert; dat zij zich tot het aanvoeren van dat middel gerechtigd acht omdat zij in haar eerste middel heeft aangetoond dat de verwerende partij geweigerd heeft de motieven van de bestreden beslissing mee te delen;

5.1. Overwegende dat vanwege de band die verzoekster legt tussen haar eerste en haar vierde middel het vierde middel niet als ernstig kan worden beschouwd aangezien het eerste middel niet ernstig werd bevonden;

6. Overwegende dat bij gebrek aan ernstige annulatiemiddelen de vordering moet worden afgewezen,

B E S L U I T :

Enig artikel.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vijftientwintig april 1900 zevenennegentig, door de IVE kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	J. BORRET,	kamervoorzitter,
	D. VERBIEST,	staatsraad,
	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
Mevr.	S. VAN AELST,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. VAN AELST.

J. BORRET.