

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 78.461 van 29 januari 1999
in de zaak A. 82.193/XII-1805.**

In zake : de n.v. BAECK MARINE,
die woonplaats kiest bij
advocaat L. VAN HOUT,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
Lange Gasthuisstraat 27

tegen :

1. de n.v. Intercommunale Vennootschap
Antwerpse Waterwerken, (A.W.W.)
gevestigd te ANTWERPEN,
Mechelsesteenweg 64,
2. het gemeentelijk Havenbedrijf
ANTWERPEN,
gevestigd te ANTWERPEN,
Entrepotkaai 1.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de n.v. BAECK MARINE op 27 januari 1999 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van het door het directiecomité van eerste verwerende partij op 1 december 1998 goedgekeurde "Bestek 1999", met het oog op de gunning van de opdracht "Levering van drinkwater - met eventuele nevenactiviteiten - in de haven van Antwerpen door middel van waterboten" waardoor aldus de desbetreffende overheidsopdracht in mededinging wordt gesteld;

Gezien de nota van de eerste verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 28 januari 1999 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 29 januari 1999 om 11.30 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter
J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat
L. VAN HOUT, die verschijnt voor de verzoekende partij,
van advocaat D. WUYTS, die verschijnt voor de eerste
verwerende partij, en van advocaat D. D'HOOOGHE, die ver-
schijnt voor de tweede verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur
J. LUST;

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;

Overwegende dat blijkens een concessieakte
gesloten medio 1983 de concessie voor het transport en
de distributie van leidingwater op het grondgebied van
de stad Antwerpen verleend is aan de Intercommunale
Vereniging A.W.W., eerste verwerende partij, en dit tot
31 december 2013; dat op 15 januari 1985 de stad
Antwerpen met de Intercommunale Vereniging A.W.W. onder-
hands een overeenkomst sloot betreffende de levering van
drinkwater in het havengebied aan binnenschepen vanaf
1 januari 1985; dat blijkens die overeenkomst de
Intercommunale Vereniging A.W.W. met dat doel een over-
eenkomst zou sluiten met de n.v. Flandria voor een
termijn van tien jaar, tot 31 december 1994; dat nader-
hand die laatste overeenkomst werd verlengd tot
31 december 1999; dat de verzoekende partij tegen die
verlenging is opgekomen bij de Raad van State, (zaak
A. 50.264/XII-1485) welk beroep nog steeds hangende is;
dat bij gemeenteraadsbesluit van 24 juni 1996 de stad
Antwerpen haar havenbedrijf heeft omgevormd tot een
autonoom gemeentelijk bedrijf, het Gemeentelijk Haven-
bedrijf Antwerpen, hetwelk de verzoekende partij als
tweede verwerende partij aanwijst; dat de beslissing

waarvan de verzoekende partij thans de schorsing vraagt blijkbaar de inzet vormt van een procedure van algemene offerteaanvraag, strekkende tot het gunnen van de opdracht om na 31 december 1999 in te staan voor de levering met waterschepen van leidingwater aan de binnenschepen in de haven van Antwerpen, welke taak zoals vermeld tot die datum wordt verzekerd door de n.v. Flandria; dat de verzoekende partij verklaart met het oog op die opdracht heden nog geen offerte te hebben ingediend; dat de opening der inschrijvingen plaats zal hebben op 1 februari 1999;

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 rechts-handeling kunnen verantwoorden worden aangevoerd en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging ervan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

Overwegende dat de verzoekende partij als enig middel de onbevoegdheid aanvoert van de eerste verwerende partij om de bedoelde opdracht te gunnen; dat volgens haar uit de concessieakte van 1983 blijkt, en werd bevestigd door de overeenkomst van 1985, dat de bevoegdheid om drinkwater te leveren aan binnenschepen in de haven van Antwerpen uitsluitend behoort aan de tweede verwerende partij, in deze de rechtsopvolgster van de stad Antwerpen;

Overwegende dat de verzoekende partij als moeilijk te herstellen ernstig nadeel aanvoert wat volgt :

"Verzoekende partij doet gelden dat zij er van-zelfsprekend alle belang bij heeft dat de kwestieuze overheidsopdracht voor aanneming van de dienst inzake de levering van drinkwater aan schepen in mededinging

wordt gesteld. Het is inderdaad zo dat deze markt reeds gedurende meerdere jaren op onwettige wijze gesloten is gebleven. Verzoekende partij heeft er bovendien als potentiële inschrijver alle belang bij dat de ganse procedure die uiteindelijk moet leiden tot de gunning van zulke overheidsopdracht en dus met inbegrip van de beslissing tot het vaststellen van het bestek op strikt wettige wijze verloopt.

Het besluit tot vaststelling van het bestek voor een overheidsopdracht uitgaande van een onbevoegde aanbestedende overheid is voor verzoekende partij uiteraard een daadwerkelijke griefhoudende beslissing, die dreigt haar een moeilijk te herstellen ernstig nadeel te veroorzaken. Het is inderdaad zo dat wanneer deze procedure uiteindelijk zou leiden tot een beslissing tot gunning van de overheidsopdracht aan haarzelf, welke beslissing uiteraard op zichzelf onwettig zou zijn, zulks zou inhouden dat de andere uitgewonnen inschrijvers de nodige rechtsmiddelen zouden kunnen aanwenden die verzoekende partij zouden beletten deze opdracht in natura uit te voeren. Wanneer daarentegen deze procedure uiteindelijk zou leiden tot een beslissing tot gunning van de overheidsopdracht aan een andere onderneming, welke beslissing uiteraard op zichzelf ook onwettig zou zijn zulks zou inhouden dat verzoekende partij en ook de andere uitgewonnen inschrijvers de nodige rechtsmiddelen zouden kunnen aanwenden teneinde een rechtsherstel in natura mogelijk te maken. Wat dit laatste betreft, is het evenwel zo dat in de huidige stand van de rechtspraak een herstel in natura quasi onmogelijk wordt wanneer de gunningsbeslissing zou zijn betekend aan de weerhouden inschrijver.

Op dit vlak heeft onderhavige procedure in alle hypothesen een preventief karakter en strekt zij ertoe de uitvoering in natura van de kwestieuze overheidsopdracht door verzoekende partij maximaal te vrijwaren. In het arrest nummer 74.400 dat op 23 juni 1998 werd uitgesproken, heeft uw Raad er trouwens op gewezen dat een rechtmatigheidskritiek op het bestek aanleiding moet geven tot een vordering tegen het besluit houdende vaststelling van het bestek, wat verzoekende partij in casu dan ook doet.

Ook op financieel vlak vertegenwoordigt de kwestieuze overheidsopdracht een niet te onderschatten verlies. Uit het reeds aangehaalde auditoraatsverslag in de zaak G/A. 50.264/IV-14084 blijkt dat de onderneming die de opdracht tot einde 1999 zal uitvoeren hiervoor jaarlijks een bedrag van meer dan 80.000.000,- BEF ontvangt.

Tenslotte mag het ook duidelijk zijn dat het om een unieke referentieopdracht gaat, die onvervangbaar is";

Overwegende dat het nadeel dat de verzoekende partij aanvoert slechts onrechtstreeks te maken heeft met de beslissing welke zij bestrijdt; dat zij toegeeft er belang bij te hebben dat thans een beroep wordt gedaan op de mededinging voor de desbetreffende opdracht; dat zij in haar verzoekschrift niet beweert dat het bestek voor haar nadelige bepalingen bevat; dat het aangevoerde dreigend nadeel aan voorwaarden is onderworpen waarvan niet zeker is dat zij zullen worden gerealiseerd; dat, wordt de opdracht aan de verzoekende partij toegewezen, zij een onmiddellijk voordeel verkrijgt ten opzichte van haar concurrenten en het die laatsten zal behoren de schorsing en vernietiging van de gunning te vorderen; dat zulks een louter hypothetisch nadeel is dat niet opweegt tegen het voordeel dat de verzoekende partij krijgt; dat, krijgt de verzoekende partij de opdracht niet, het nadeel dat zij daardoor zou lijden - onmogelijkheid de opdracht in natura uit te voeren, verlies aan referenties, financieel verlies - op het eerste gezicht niet voortvloeit uit de beweerde onregelmatigheid van het bestek, gezien alle inschrijvers op dat stuk geacht moeten worden in gelijke omstandigheden te verkeren; dat hieraan overigens nog moet worden toegevoegd dat het nadeel des te meer onzeker is daar de verzoekende partij heden nog geen offerte heeft ingediend; dat dienvolgens aan de voorwaarden van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet is voldaan; dat die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid af te wijzen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing, bepaald op zeventuizend frank, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op negenentwintig januari 1900 negenennegentig, door :

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

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. DE BRABANDERE.