

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 80.175 van 11 mei 1999
in de zaak A. 81.663/XII-1781.**

In zake : de n.v. AQUAPLUS,
die woonplaats kiest bij
a d v o c a t e n P . P E E T E R S e n
B. VAN DE WALLE DE GHELCKE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Brederodestraat 13

tegen :

het Brussels Hoofdstedelijke Gewest,
vertegenwoordigd door de Brusselse
Hoofdstedelijke regering,
dat woonplaats kiest bij
advocaten N. CAHEN en D. D'HOOGHE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Henri Wafelaertsstraat 47-51, bus 1.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de
n.v. AQUAPLUS op 21 december 1998 heeft ingediend om de
schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van het
besluit genomen op 12 november 1998 door de Brusselse
Hoofdstedelijke regering om de kandidatuur van verzoek-
ster weg te laten uit het Hydronor-consortium, in het
kader van de selectie van de kandidaten voor de conces-
sie met het oog op de bouw van het rioolwaterzuiverings-
station Brussel-Noord;

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoek-
schrift, waarbij dezelfde verzoekende partij de vernie-
tiging 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 9 maart 1999 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 30 maart 1999;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaten P. PEETERS en B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, die verschijnen voor de verzoekende partij, en van advocaat D. D'HOOGE, die verschijnt voor de verwerende 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. Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. De vordering betreft een opdracht voor een concessie voor openbare werken, overeenkomstig de artikelen 123 en volgende van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

Luidens artikel 127 van dat koninklijk besluit worden de kandidaten geselecteerd op grond van de inlichtingen betreffende de persoonlijke toestand van de kandidaten en van de inlichtingen en de documenten die nodig zijn voor de beoordeling van de voorwaarden op financieel, economisch en technisch vlak waaraan ze moeten voldoen.

1.2. Met het oog op de gunning van de betrokken opdracht wordt een aankondiging van de selectieprocedure voor een beperkte offerteaanvraag gepubliceerd in het Europees Publicatieblad op 16 december 1997 en in het Bulletin der Aanbestedingen op 19 december 1997, waarbij onder meer wordt medegedeeld dat maximum vijf inschrijvers zullen mogen mededingen en waarbij bepaalde minimumeisen, bevattende een aantal "persoonlijke voorwaarden", "technische voorwaarden", "financiële voorwaarden" en voorts "selectiecriteria" worden gesteld;

Luidens een op 11 en 20 februari 1998 in de voornoemde bladen gepubliceerd aanvullend bekendmakingsbericht worden aan de persoonlijke voorwaarden de volgende toegevoegd :

"Er wordt gevraagd dat het kandidatuurdossier aangeeft dat :

In ieder inschrijvingsdossier worden de verschillende partners voorgesteld die samen de toegewezen vennootschap oprichten en deel nemen aan de opeenvolgende concessie.

Het dossier vermeldt de aard en het belang van de deelname van elk lid van de groepering aan de solidaire groepering.

Het is niet de bedoeling om tijdens het kandidatuurstadium de samenstelling van een solidaire groepering onveranderlijk vast te leggen aangezien die vennootschap in feite pas bij de ondertekening van de concessie werkelijk opgericht zal worden.

Toch is nodig, rekening houdende met het belang van de zaak, om de volledige lijst van de partners binnen de groepering te kennen, of van de partners die zich bij de oprichting met de solidaire groepering zouden verbinden.

Bovendien moet het belang worden aangegeven dat de afzonderlijke belangrijkste partners in de groepering zullen nemen. Samen moeten zij tenminste 70 pct. van de aandelen in handen hebben".

1.3. Verzoekster wordt opgericht bij akte van 20 februari 1998 door de hoofdaandeelhouders van AQUAFIN, met als doelstelling de door AQUAFIN ontwikkelde technologie en know-how ter beschikking te stellen van derden. Zij sluit op 13 maart 1998 met andere

ondernemingen een overeenkomst strekkende tot het oprichten van een consortium met de naam HYDRONOR.

1.4. HYDRONOR stelt zich kandidaat voor de concessieopdracht. In fine van het algemeen deel van haar kandidaatstelling wordt verklaard dat, indien zou komen vast te staan dat een van de partners van HYDRONOR niet voldoet aan de wettelijke voorwaarden wat betreft de ontvankelijkheid of de geldigheid van zijn deelneming aan de offerte, deze de verbintenis aangaat om zich terug te trekken, in welk geval de andere partners zich hoofdelijk ertoe verbinden zowel zijn financiële als zijn operationele deelneming over te nemen. Voorts wordt melding gemaakt van het bestaan van een overeenkomst waarbij AQUAFIN de overdracht van haar technologie en know-how aan verzoekster garandeert en wordt bij de voorstelling van verzoekster verwezen naar de referenties en gegevens van AQUAFIN.

1.5. Met een brief van 5 november 1998, ondertekend namens alle leden van het consortium HYDRONOR, dus ook namens verzoekster, wordt de belofte van de andere partners om de verbintenissen van een eventueel uitgesloten partner over te nemen bevestigd.

1.6. Na het inwinnen van een extern juridisch advies en het opstellen van een verslag dato 29 september 1998, wordt verzoekster bij gemotiveerde beslissing van 12 november 1998 door de regering van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest geweerd, omdat het door haar ingediende dossier uitsluitend betrekking heeft op AQUAFIN, zodat het in feite AQUAFIN is die kandideert, terwijl volgens haar statuten AQUAFIN zelf geen commerciële of industriële activiteit mag uitoefenen. Zoals bepaald in het bestek en overeenkomstig de bij de oprichting van HYDRONOR tussen zijn partners gesloten overeenkomst heeft zulks echter geen invloed op de geldigheid van de kandidaatstelling van dat consortium.

1.7. Met aangetekende brief van 20 november 1998 wordt aan HYDRONOR medegedeeld dat het tot de vijf geselecteerde kandidaten behoort, met uitzondering van verzoekster. De gemotiveerde selectiebeslissing wordt bij aangetekende brief van 3 december 1998 medegedeeld;

2. 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 verzoekster als moeilijk te herstellen ernstig nadeel aanvoert dat zij in afwachting van de beslechting van het geschil elke mogelijkheid tot herstel in natura verliest, terwijl een schorsing de verwerende partij voor de keuze zal plaatsen de procedure tot aan die beslechting stil te leggen of haar beslissing in te trekken en te heroverwegen; dat verzoekster daarbij wijst op de verplichting rechtsherstel te verlenen overeenkomstig de EG-richtlijn van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken; dat zij voorts aanvoert dat zij tot doel heeft de Vlaamse milieutechnologie en know-how inzake waterzuivering internationaal te valoriseren, waarbij de betrokken opdracht, die een van de belangrijkste projecten uitmaakt welke in België in de jaren 90 worden opgezet, een enige kans uitmaakt om uiterst belangrijke referenties te verwerven met het oog op eventuele buitenlandse opdrachten;

2.2. Overwegende dat, gewis, het kunnen deelnemen aan de kwestieuze opdracht voor verzoekster een unieke kans uitmaakt om referenties te verzamelen met het oog op de internationale mededinging; dat daarbij echter voor ogen gehouden moet worden dat verzoekster speciaal met het oog op die opdracht werd opgericht en zelf niet over de vereiste technologie en know-how beschikt, wel over die van AQUAFIN; dat weliswaar zulks niet betekent dat haar belang om aan de opdracht deel te nemen en, om de weeromstuit, het nadeel daar niet van meet af bij betrokken te zijn, verwaarloosbaar is; dat, immers, het belang of nadeel van AQUAFIN daarbij of, juister gezegd, van de hoofdaandeelhouders van AQUAFIN die verzoekster hebben opgericht, en dus van verzoekster zelf, even eerbiedwaardig is als dat van iedere nieuwe speler op een voor hem openliggende markt; dat het ook niet volstaat te zeggen, zoals de verwerende partij doet, dat verzoekster deel uitmaakt van een consortium en geen ander nadeel kan doen gelden dan dit consortium zelf; dat die redenering hier niet opgaat precies omdat het nadeel niet wordt geleden door het hele consortium maar welbepaald door verzoekster, die als enige partner van het consortium wordt uitgesloten; dat verzoeksters nadeel echter wel moet worden gerelativeerd in het licht van de verbintenis die zij zelf heeft onderschreven om uit het consortium te treden indien haar deelneming eraan problemen zou doen rijzen in verband met de ontvankelijkheid van haar kandidaatstelling, teneinde de kansen van het consortium zelf veilig te stellen; dat die problemen blijkbaar al op voorhand werden verwacht en inderdaad ook zijn gerezen; dat ofschoon het nadeel niet, zoals de verwerende partij stelt, uit de hiervoren vermelde overeenkomst zelf voortvloeit, de vaststelling dat op voorhand al rekening gehouden werd met de mogelijkheid dat een der partners zou worden uitgesloten van de opdracht er toch op wijst dat zulks niet als een groot nadeel werd beschouwd; dat bovendien niet uitgesloten lijkt dat AQUAFIN zijn technologie en know-how aan de

andere partners van het consortium afstaat, wat voor haar aandeelhouders een redelijke compensatie zou kunnen bieden;

2.3. Overwegende dat, nu uit het bovenstaande blijkt dat aan een der voorwaarden van artikel 17, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel, niet is voldaan, de vordering tot schorsing moet worden verworpen, zonder dat het nodig is de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie 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 elf mei 1900 negenennegentig, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. DE BRABANDERE.