

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 81.748 van 12 juli 1999
in de zaak A. 85.126/XII-2102.**

In zake : WIKING HELIKOPTER SERVICE GMBH,
die woonplaats kiest bij
advocaat C. DE WOLF,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Tervurenlaan 268 A

tegen :

het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de
Vlaamse regering,
dat woonplaats kiest bij
advocaat K. RONSE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Louizalaan 523

tussenkommende partij :

de n.v. Noordzee Helikopters Vlaanderen
gevestigd te NIEUWPOORT,
Watersportlaan 3.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de GmbH WIKING
HELIKOPTER SERVICE op 2 juli 1999 heeft ingediend om de
schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te
vorderen van de tenuitvoerlegging van
- de beslissing van 23 april 1999 waarbij de directeur-
generaal van de dienst Loodswezen van het ministerie van
de Vlaamse Gemeenschap zijn beslissing om de opdracht
voor het aan en van boord brengen van loodsen door
middel van een helikopter toe te wijzen aan de verzo-
kende partij intrekt, en van
- de haar op 20 mei 1999 ter kennis gebrachte beslissing
waarbij dezelfde dienst de opdracht gunt aan de
n.v. NOORDZEE HELIKOPTERS VLAANDEREN;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 2 juli 1999 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 7 juli 1999 om 9.30 uur;

Gehoord het verslag van staatsraad A. VANDENDRIESSCHE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat C. DE WOLF, die verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat K. RONSE, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat D. MARTENS, die loco advocaat L. J. MARTENS verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur L. VERMEIRE;

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 de n.v. Noordzee Helikopters Vlaanderen met een ter terechtzitting neergelegd verzoekschrift heeft gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen;

1. Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

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 bekendgemaakt voor de aanneming van diensten met betrekking tot het beloodsingsgebied "aanloop Westerschelde" bekendgemaakt. De opdracht heeft betrekking op "het inzetten van helicopter(s) voor helibeloodsing", waaronder verstaan

wordt "de techniek waarbij de loods, om van of aan boord te gaan van het 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 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 aange-tekend schrijven gegeven betekening van de goedkeuring van de offerte"; zij wordt uitgevoerd, in de aanvangsfase vanuit de vlieghaven te Oostende, later vanuit de helihaven te Zeebrugge. 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 de "periodiciteit per stap zal in onderling overleg bepaald worden".

1.2. Het bestek nr. 16EL/98/001 bepaalt de voorwaarden van gunning van de opdracht volgens de procedure van de algemene offerteaanvraag.

In dat bestek wordt met betrekking tot de kwalitatieve selectie van de dienstverlener (artikel 71 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken) een aantal voorwaarden gesteld waaraan enerzijds de helikopter en anderzijds de bemanning "op het moment van het toewijzen van de opdracht" moet voldoen. Met

betrekking tot de helikopter worden o.m. volgende voorwaarden vastgesteld :

"1. Configuratie

1. Tweemotorig zijn;
2. Landingsstel dient uit wielen te bestaan;
3. Over een elektrische lier beschikken die 272 kg kan heffen;
4. Over een noodstelsel beschikken dat de helikopter rechtop drijvend kan houden wanneer op het water geland moet worden;
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;
7. Over een drie- of vierassige automatische piloot beschikken;
8. Over een overlevingsvlot beschikken dat minimaal 6 personen kan bevatten;
9. Over twee zoeklichten beschikken waarbij het eerste kan bediend worden door de piloten het tweede door de lierbedienaar;
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

1. Uitgerust zijn om vluchten uit te voeren onder instrumentvoorwaarden;
2. Een VHF FM radio hebben met een frequentieband van 156,025 tot 157,425 Mhz (per 25 khz);
3. Over een GPS beschikken;
4. Over een radar beschikken waarbij de kleinste schaal 0,50 zeemijlen bedraagt en welke een hoek van minimum 120° bestrijkt.

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 keuze van de aannemer (artikel 115 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996) bepaalt het bestek :

"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
De berekening voor het onderdeel van het bedrag van de biedingen geschiedt als volgt : aantal punten = $30 \frac{Am}{Ax}$, waarbij Am het laagste regelmatige inschrijvingsbod is en Ax de inschrijving van de beschouwde offerte	
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

Voor elk van de voormelde criteria wordt een waarderingscijfer tussen 0, en in de kolom vermelde waarde toegewezen. Indien '0' (nul) wordt toegewezen, sluit de beoordelingscommissie automatisch de inschrijver voor elk ander criterium uit, en dus ook voor het geheel van de opdracht.

De inschrijver dient minstens 35 punten op 50 te krijgen voor de elementen van de technische evaluatie om in aanmerking te komen, waarna de financiële vergelijking zal worden toegevoegd om aldus een globale rangschikking te bekomen voor de definitieve keuze op basis én van de technische evaluatie."

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. De inschrijving van de verzoekende partij bedraagt per helibeloodsing : 50.000 in stap 1, 43.000 frank in stap 2 en 38.000 frank in stap 3. De inschrijving van de tussenkomende partij is opgesplitst in functie van twee beloodsingsgebieden (Westpost: beloodsingsgebied "Wandelaar"; Noordpost : beloodsingsgebied "Steenbank") en in functie van de

vertrekbasis : in stap 1 bedraagt haar inschrijving met vertrek vanuit Oostende 75.000 frank naar de Westpost en 95.000 frank naar de Noordpost en met vertrek vanuit Zeebrugge 80.000 frank naar de Westpost en 85.000 frank naar de Noordpost; in stap 2 worden die bedragen 55.000, 70.000, 60.000 en 65.000 frank en in stap 3 worden zij 43.000, 53.000, 46.000 en 46.000 frank.

1.4. In haar evaluatieverslag over de inschrijvingen, op 4 december 1998 opgesteld, stelt de beoordelingscommissie dat beide inschrijvers voldoen aan de kwalitatieve selectie. De beoordeling van de aannemers 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 deze erop wijzen 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 weegt 550 kg te veel) 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 aan het Bestuur van de Luchtvaart van het ministerie van Verkeerswezen met de vraag om de twee inschrijvingen te toetsen aan hun conformiteit met het bestek op het stuk van configuratie, avionica en vermogen.

Op 12 februari 1999 wordt daarop geantwoord. Op basis 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 helikopter S76B niet tegelijkertijd

- drie loodsen aan boord (kan) hebben (configuratie)
- één uur en half autonomie hebben (configuratie)
- in hangstand (kan) blijven op één motor, buiten grond-effect, 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 jury dat de aanbidding van de verzoekende partij "niet voldoet aan de kwalitatieve selectie" en dat de tussenkomende partij -die wel voldoet aan de kwalitatieve selectie- voldoet aan de gunningscriteria.

1.8.1. Op 23 april 1999 "annuleert" directeur-generaal J. STRUBBE van de dienst van het loodswezen zijn eerder genomen en niet gedagtekend besluit om, vertrekkend van het evaluatieverslag van 4 december 1998 en rekening houdend met de vooropgestelde gunningscriteria, de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

Dit besluit vormt het eerste voorwerp van de onderhavige vordering.

1.8.2. Op 26 april 1999 besluit dezelfde directeur-generaal de opdracht toe te wijzen aan de tussenkomende partij omdat uit het evaluatieverslag van 1 maart 1999 en de daarbij horende "verklarende nota" van de jury blijkt dat de verzoekende partij haar "technische bekwaamheid niet heeft aangetoond conform de vereisten van artikel 71 van het bijzonder bestek" en zij dus niet voldoet aan die kwalitatieve selectievereisten, terwijl de tussenkomende partij ook voldoet aan de gunningscriteria.

Dit besluit vormt het tweede voorwerp van de onderhavige vordering.

1.9.1. Met een brief van 20 mei 1999 wordt aan de verzoekende partij medegedeeld dat haar offerte "niet weerhouden werd".

1.9.2. Op 8 juni 1999 vraagt de verzoekende partij om uitleg. Bij brief van 16 juni 1999, bij de verzoekende partij aangekomen op 21 juni 1999, wordt haar een afschrift van het sub 1.8.1. vermelde besluit van directeur-generaal J. STRUBBE medegedeeld, alsmede van de 20 april 1999 gedagtekende verklarende nota die de beoordelingscommissie ter rechtvaardiging van haar nieuw verslag van 1 maart 1999 opgesteld heeft.

1.10. Bij brief van 23 juni 1999 deelt het opdrachtgevend bestuur aan de tussenkomende partij mede dat haar offerte aanvaard wordt.

Door de raadslieden van de verwerende partij en van de tussenkomende partij is ter terechtzitting bevestigd dat mondeling aan de tussenkomende partij het bevel gegeven is om de werkzaamheden aan te vangen en dat, bij slecht weer, de tussenkomende partij met een opdracht van helibeloodsing zal worden belast;

2. Overwegende dat krachtens artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts bij uiterst dringende noodzakelijkheid tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden, dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen en dat de zaak hoogdringend is, wat betekent enerzijds dat de verzoeker bewijst dat de afhandeling van de zaak volgens de gewone procedure van schorsing te laat zal komen omdat het moeilijk te herstellen ernstig nadeel zich op dat ogenblik reeds gerealiseerd zal hebben en

anderzijds dat niet blijkt dat de verzoeker, door bij het indienen van zijn vordering niet de vereiste diligentie aan de dag te hebben gelegd, het recht verwerkt heeft om zich op de procedure bij hoogdringendheid te beroepen;

3.1. Overwegende dat de verzoekende partij met betrekking tot het moeilijk te herstellen ernstig nadeel dat zij ondergaat uiteenzet wat volgt : Zij is voor haar activiteiten inzake helikoptertransporten "grotendeels" aangewezen op opdrachten van publieke overheden en ziet nu een belangrijke opdracht -qua bedrag (1 miljard) en duur (9 jaar)- aan zich voorbijgaan, hetgeen haar een belangrijke referentie ontnemt wanneer zij zich moet profileren bij toekomstige Europese aanbestedingen; de verwerende partij moet ook een signaal krijgen dat zij in de toekomst haar gunningsprocedures niet meer "op ondoorzichtige en arbitraire wijze (mag voeren)"; als het bestreden besluit dringend geschorst wordt, dan kan zij aan de burgerlijke rechter de ontbinding van de tot stand gekomen overeenkomst, die op dit ogenblik nog geen uitvoering gekregen heeft, vragen en ontstaat voor haar een nieuwe kans om de opdracht, die over negen jaar loopt, toegewezen te krijgen en aldus een herstel in natura te verkrijgen;

Overwegende dat de verzoekende partij met betrekking tot de uiterst dringende noodzaak betoogt wat volgt : een schorsing volgens de gewone procedure zal "onvermijdelijk te laat komen om het ernstig en moeilijk te herstellen nadeel (...) te herstellen" terwijl een onmiddellijke schorsing de totstandkoming van de overeenkomst kan beletten of minstens beletten dat de overeenkomst een begin van uitvoering krijgt zodat een herstel in natura nog mogelijk is; zij heeft ook de nodige diligentie aan de dag gelegd om de vordering zo spoedig mogelijk in te dienen, meer bepaald heeft zij

aan de verwerende partij om uitleg gevraagd over haar motieven om de opdracht niet aan haar te gunnen;

3.2. Overwegende dat de verwerende partij van oordeel is dat het uiterst dringend karakter van de zaak niet aangetoond is omdat het contract over 9 jaar loopt en omdat de verzoekende partij, die de evolutie van het dossier goed heeft gevolgd, reeds op 20 mei 1999 wist dat zij de opdracht niet had gekregen maar dat zij dan tocht nog tot 1 juli 1999 gewacht heeft om het verzoekschrift in te dienen; dat zij met betrekking tot het moeilijk te herstellen ernstig nadeel stelt dat een financieel nadeel herstelbaar is, dat een kleine opdracht in Vlaanderen weinig invloed kan hebben op internationale referenties voor een maatschappij die stelt dat zij een positie verworven heeft op de internationale markt en dat het oogmerk om precedënten te voorkomen een actio popularis uitmaakt;

Overwegende dat ook de tussenkomende partij van oordeel is dat de vordering niet uiterst dringend is en dat geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel wordt aangetoond;

3.3.1. Overwegende dat de door de verzoekende partij gevreesde precedentwaarde, omdat zij gelegd wordt in de beweerde onzorgvuldige besluitvorming en niet in de tenuitvoerlegging van de bestreden besluiten, niet als een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan beschouwd worden en dan ook geen reden kan zijn om het geding bij hoogdringendheid te beslechten;

3.3.2.1. Overwegende dat het door de verzoekende partij beoogde herstel in natura, doordat zij bij een heroverweging van de zaak opnieuw de mogelijkheid krijgt de opdracht aan haar toegewezen te zien, een schorsing kan wettigen;

Overwegende dat de omstandigheid dat de overeenkomst inmiddels tot stand gekomen is het herstel in natura niet onmogelijk maakt; dat immers de schorsing van de afsplitsbare bestuurshandeling reden kan zijn om hetzij vrijwillig de gesloten overeenkomst te ontbinden of te beëindigen hetzij aan de rechter de ontbinding van de overeenkomst te vragen, waarna een nieuwe gunnings-procedure op gang kan worden gebracht; dat in die redenering de vaststelling dat de overeenkomst over negen jaar loopt van doorslaggevend belang is;

Overwegende dat in dit geval ook de uitvoering die de overeenkomst reeds heeft gekregen en op dit ogenblik nog krijgt geen beletsel kan vormen voor de schorsing van de bestreden beslissingen, aangezien de opdracht betrekking heeft op het repetitief leveren van steeds dezelfde diensten die juridisch geen onderling verband vertonen; dat derhalve, in de hypothese dat het afgesloten contract uit het rechtsverkeer wordt weggenomen omdat het ten gevolge van een onwettig lijkende toewijzingsbeslissing onregelmatig is, de verzoekende partij onbelemmerd voor de toekomstige prestaties van de volgende negen jaar aan de toewijzingsprocedure kan deelnemen en aldus een herstel in natura -met name zelf opdrachten uitvoeren- kan verkrijgen; dat, als zij dat vermag, zij ook over de gewenste referentie zal beschikken om zich alsnog, voor het restant van een periode van negen jaar, op de markt te profileren;

3.3.2.2. Overwegende dat voor een schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid niet alleen het bestaan van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel moet aangetoond worden -hier gelegen in het teloorgaan van de mogelijkheid om zelf de opdracht uit te voeren- maar dat er ook aangetoond moet worden dat een uitspraak van de Raad van State volgens de gewone schorsingsprocedure te laat zal komen om de realisatie van dat nadeel te beletten, wat in dit geval betekent dat de schorsing

volgens de gewone procedure te laat zal komen om nog een een herstel in natura mogelijk te maken;

Overwegende dat de Raad van State te dien aanzien vaststelt dat de verzoekende partij geen specifieke bewijzen ter zake voorlegt; dat zij inzonderheid niet aantoont dat, wat volgens haar nu nog mogelijk is, niet langer mogelijk zal zijn wanneer binnen afzienbare tijd -de tijd die nodig is om de zaak volgens de gewone schorsingsprocedure af te doen- de schorsing wordt bevolen van de bestreden beslissingen; dat de verzoekende partij ook niet beweert dat het derven van opdrachten tussen nu en de vermoede datum van uitspraak volgens de gewone procedure haar op enige wijze in de problemen zal brengen;

3.4. Overwegende dat de verzoekende partij niet aantoont dat de zaak hoogdringend behandeld moet worden; dat de vordering om die reden verworpen wordt,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de n.v. Noordzee Helikopters Vlaanderen in de vordering tot schorsing wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 3.

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

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure, bepaald op vijftuizend frank, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op twaalf juli 1900 negenennegentig, door :

de H.	A. VANDENDRIESSCHE,	wnd. kamervoorzitter,
		staatsraad,
	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

A. VANDENDRIESSCHE.