

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 82.816 van 12 oktober 1999
in de zaak A. 85.103/XII-2119.**

In zake : 1. de NV BAECK MARINE,
2. de NV ANTWERP DREDGING,
3. de NV. BAECK & JANSEN,
samen vormend de tijdelijke vereniging
"Antwerpse Waterboten",
die woonplaats kiest bij
advocaat L. VAN HOUT,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
Lange Gasthuisstraat 27

tegen :

1. de NV 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 NV BAECK MARINE op 29 juni 1999 heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van "het besluit d.d. 31.03.1999 waarbij door de eerste verwerende partij beslist werd om, na in het kader van een door haar uitgeschreven algemene offerteaanvraag inzake de 'Levering van drinkwater - met eventuele nevenactiviteiten - in de haven van Antwerpen door middel van waterboten' niet te zijn overgegaan tot gunning van de kwestieuze opdracht, '(...) een procedure tot onderhandeling met de inschrijvers te starten (...)'" ;

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partij de vernietiging vordert van dezelfde beslissing;

Gezien de nota's van de verwerende partijen;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur
J. STEVENS;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan
partijen;

Gelet op de beschikking van 3 september 1999
waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 28 september
1999;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter
J. DE BRABANDERE;

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

Gehoord het, wat het beschikkend gedeelte
betreft, 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;

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 Antwerpse Waterwerken, hierna te noemen :
A.W.W., eerste verwerende partij, en dit tot 31 december
2013; dat op 15 januari 1985 de stad Antwerpen met
A.W.W. onderhands een overeenkomst sloot betreffende de
levering van drinkwater in het havengebied aan
binnenschepen vanaf 1 januari 1985; dat blijkens die

overeenkomst A.W.W. met dat doel een overeenkomst zou sluiten met de NV Flandria voor een termijn van tien jaar, tot 31 december 1994; dat naderhand 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 Havenbedrijf Antwerpen, hetwelk de verzoekende partij als tweede verwerende partij aanwijst; dat de eerste verwerende partij een algemene offerteaanvraag heeft uitgeschreven, 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; dat de NV BAECK MARINE, eerste verzoekende partij in de huidige zaak, voor de Raad van State een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid heeft ingesteld tegen die beslissing, welke werd verworpen bij arrest nr. 78.461, van 29 januari 1999; dat de raad van bestuur van A.W.W., aangezien er geen passende offertes werden ingediend, op 31 maart 1999 heeft besloten over te gaan tot onderhandeling met de inschrijvers in volgorde van het bedrag der biedingen, zulks in overleg met het Havenbedrijf; dat dit de bestreden beslissing is;

Overwegende dat de bestreden beslissing genomen werd door de A.W.W.; dat het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen, van wie geen beslissing wordt bestreden, dan ook buiten de zaak moet worden gesteld;

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;

Overwegende dat de verzoekende partijen als enig middel de onbevoegdheid aanvoeren van de A.W.W. om de bedoelde opdracht te gunnen; dat volgens hen 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 het Antwerps Havenbedrijf, in deze de rechtsopvolger van de stad Antwerpen;

Overwegende dat de verzoekende partijen als moeilijk te herstellen ernstig nadeel aanvoeren wat volgt :

"Verzoekende partijen doen gelden dat zij er vanzelfsprekend alle belang bij hebben dat de kwestieuze overheidsopdracht voor aanneming van de dienst inzake de levering van drinkwater aan schepen (op wettige wijze) in mededinging wordt gesteld. Het is inderdaad zo dat deze markt reeds gedurende meerdere jaren op onwettige wijze gesloten is gebleven. Verzoekende partijen hebben er bovendien als inschrijvers alle belang bij dat de ganse procedure die uiteindelijk moet leiden tot de gunning van zulke overheidsopdracht 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 uitschrijven van een algemene offerte-aanvraag en het vervolgens handelen bij onderhandelingsprocedure door diezelfde onbevoegde overheid des te meer. Het is inderdaad zo dat wanneer deze procedures en inzonderheid de kwestieuze onderhandelingsprocedure uiteindelijk zou leiden tot een beslissing tot gunning van de overheidsopdracht aan henzelf, welke beslissing uiteraard op zichzelf onwettig zou zijn, zulks zou inhouden dat de andere uitgewonnen inschrijvers de nodige rechtsmiddelen zouden kunnen aanwenden die verzoekende partijen 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 partijen 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 van de Gewone Hoven en Rechtbanken een herstel in natura quasi onmogelijk wordt wanneer de gunningsbeslissing zou zijn betekend aan de weerhouden inschrijver of het contract op een andere manier zou zijn tot stand gekomen.

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 partijen maximaal te vrijwaren.

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 de verzoekende partijen niet aanvoeren dat zij van de onderhandelingsprocedure worden uitgesloten; dat zij evenmin aanvoeren dat de beslissing om de procedure van algemene offerteaanvraag stop te zetten en tot een onderhandelingsprocedure over te gaan hen in een nadeliger positie plaatst; dat het door hen aangevoerde nadeel slechts onrechtstreeks te maken heeft met de beslissing welke zij bestrijden en meer bepaald aan voorwaarden is onderworpen waarvan niet zeker is dat zij zullen worden gerealiseerd; dat, wordt de opdracht aan verzoekende partijen toegewezen, zij een onmiddellijk voordeel verkrijgen ten opzichte van hun concurrenten en het die laatsten zal behoren de schorsing en vernietiging van de gunning te vorderen; dat dit laatste een louter hypothetisch nadeel is dat niet opweegt tegen het voordeel dat de verzoekende partijen krijgen; dat, krijgen de verzoekende partijen de opdracht niet, het nadeel dat zij daardoor zouden lijden - onmogelijkheid de opdracht in natura uit te voeren, verlies aan refe-

renties, financieel verlies - op het eerste gezicht niet voortvloeit uit de beweerde onbevoegdheid van de gunnende overheid, aangezien zij in dezelfde voorwaarden verkeren als de andere te raadplegen inschrijvers; dat dienvolgens aan de voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet is voldaan; dat die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing af te wijzen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen wordt buiten de zaak gesteld.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare
terechtzing, op twaalf oktober 1900 negenennegentig,
door :

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

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. DE BRABANDERE.