

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 83.833 van 2 december 1999
in de zaak A. 87.804/XII-2306.**

In zake : de BV WATERBOOT AMSTERDAM,
die woonplaats kiest bij
advocaten C. LENDERS en D. ERREYGERS,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
Mechelsesteenweg 33

tegen :

het Gemeentelijk Havenbedrijf ANTWERPEN,
dat woonplaats kiest bij
advocaat D. D'HOOGE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Henri Wafelaertstraat 47-51, bus 1.

tussenkomen partij :

de NV CH. DE WIT,
die woonplaats kiest bij
advocaat E. PRINGUET,
kantoor houdende te DRONGEN,
Kroonprinsstraat 1.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de BV WATERBOOT AMSTERDAM op 15 november 1999 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van "(1) het besluit van 29 oktober 1999 van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen tot gunning van de drinkwaterbedeling aan binnenschepen in de haven van Antwerpen aan de NV CH. DE WIT; (2) het besluit van ongekende datum voorafgaande aan het besluit van 29 oktober 1999 van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen tot gunning van de drinkwaterbedeling aan binnenschepen in de haven van Antwerpen aan de NV CH. DE WIT, waarbij besloten werd de opdracht te gunnen bij wijze van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking, die geleid heeft tot de oproep van

kandidaten die op 3 september 1999 verscheen in het Bulletin der Aanbestedingen; (3) het besluit van 23 september 1999 voorafgaande aan het besluit van 29 oktober 1999 van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen tot gunning van de drinkwaterbedeling aan binnenschepen in de haven van Antwerpen aan de NV CH. DE WIT, waarbij overgegaan werd tot selectie van de kandidaten en goedkeuring van het bestek, besluit waarnaar wordt verwezen in de overwegingen van het besluit van 29 oktober 1999";

Gelet op de beschikking van 17 november 1999 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 25 november 1999 om 14.30 uur;

Gelet op het faxbericht van 22 november 1999 waarbij de terechtzitting wordt uitgesteld tot de terechtzitting van 30 november 1999 om 11.00 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaten C. LENDERS en D. ERREYGERS, die verschijnen voor de verzoekende partij, van advocaat D. D'HOOOGHE, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaten E. PRINGUET en N. BRYNS, die verschijnen voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste 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 NV CH. DE WIT met een op 26 november 1999 ingediend verzoekschrift heeft gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat aangezien zij de begunstigde is van het bestreden gunningsbesluit die vraag moet worden ingewilligd;

2. Overwegende dat tussen de Intercommunale Antwerpse Waterwerken (AWW) en het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen, huidige verwerende partij, een betwisting is gerezen aangaande de bevoegdheid om met waterboten water te leveren aan de schepen in de haven van Antwerpen, waarvan de lopende opdracht, verzekerd door de NV FLANDRIA INTERNATIONAL, een einde neemt op 31 december 1999; dat nadat AWW met het oog op de gunning van een nieuwe opdracht vanaf 1 januari 2000 reeds gunningsprocedures had ingeleid, waarbij verzoekster betrokken was, ook voornoemd Havenbestuur overgegaan is tot het organiseren van een onderhandelingsprocedure met het oog op het verlenen van de opdracht om, vanaf 1 januari 2000, met waterboten drinkwater te leveren aan de binnenschepen in de haven van Antwerpen; dat de aankondiging daarvoor gepubliceerd werd op 3 september 1999 in het Bulletin der Aanbestedingen; dat drie aanvragen werden ingediend, waaronder die van de NV CH. DE WIT, verzoekster in tussenkomst; dat op 23 september 1999 het bestek van de opdracht werd vastgesteld; dat de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, daartegen ingesteld door de NV FLANDRIA INTERNATIONAL, werd verworpen bij arrest nr. 82.751, van 7 oktober 1999; dat de drie kandidaatstellingen op basis van de selectiecriteria van het bestek werden aangenomen en de betrokken firma's werden uitgenodigd om aan de onderhandelingen deel te nemen; dat de raad van bestuur van de verwerende partij, na op 26 oktober 1999 de behandeling van de zaak te hebben uitgesteld, op 29 oktober 1999 besloten heeft de drinkwater-

bedeling aan de binnenvaart vanaf 1 januari 2000 te organiseren met een combinatie van vaste aftappunten en twee waterboten met dienstverlening van 7 tot 18 uur en de opdracht daarvoor te gunnen aan de NV CH. DE WIT, op basis van haar offerte, variante 1, voor een bedrag van 21.274.154 fr.; dat uit stukken overgelegd door de verwerende partij blijkt dat AWW en het Havenbedrijf overeengekomen zijn dat laatstgenoemde instaat voor het leveren van drinkwater met waterboten aan de schepen in de haven van Antwerpen;

3. 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;

4.1. Overwegende dat verzoekster een eerste middel aanvoert dat zij als volgt formuleert :

"Eerste Middel :

Genomen uit de schending van artikelen 28 en 39 § 1 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, schending van de artikelen 22, 23, 24, 25, 26, 27 en 28 van het Koninklijk Besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie

doordat

de procedure tot gunning van de overheidsopdracht bij wijze van onderhandelingsprocedure met bekendmaking van bestek 8695 betreffende het leveren van drinkwater aan de binnenschepen in de haven van Antwerpen, uitgeschreven door verwerende partij, gebeurde zonder voorafgaande Europese Bekendmaking, zij het bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschap
terwijl

overeenkomstig de in het middel genoemde wetsbepalingen een voorafgaande aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen vereist is";

Overwegende dat verzoekster bij dit middel toelicht dat wijl het voorwerp van de opdracht hoofdzakelijk bestaat uit een terbeschikkingstelling van boten, al dan niet bemand, en met de organisatie van de levering van het drinkwater, het gaat om een opdracht tot levering; dat verzoekster ook tot die conclusie komt op grond van de overweging dat er slechts sprake kan zijn van een opdracht van diensten als vooraf is gebleken dat het niet gaat om een opdracht van werken of leveringen, en dat ter zake uit de inschrijvingen van de kandidaten alsmede uit de vergelijking van de prijs voor variante 2 (louter terbeschikkingstelling van drie boten) en de basisoplossing (terbeschikkingstelling van drie boten met bemanning en levering van drinkwater) blijkt dat voor twee van die kandidaten de terbeschikkingstelling van de boten meer dan twee derde of de totaliteit van de prijs uitmaakt; dat volgens verzoekster hieruit volgt dat artikel 22 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie van toepassing was, volgens welk leveringen waarvan het geraamd bedrag gelijk aan of hoger is dan 16,3 miljoen frank onderworpen is aan de Europese bekendmaking en dat ter zake dat bedrag overschreden is;

4.2. Overwegende dat met betrekking tot de Europese bekendmaking, artikel 41 bis van wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten als overheidsopdracht voor aanneming van leveringen definieert : de overeenkomst onder bezwarende titel, gesloten tussen een

leverancier en een aanbestedende overheid en die betrekking heeft op de verwerving door koop of aannemingsovereenkomst, de huur, de huurkoop of de leasing met of zonder aankoopoptie van produkten; dat dezelfde bepaling de aanneming van diensten definieert als de overeenkomst onder bezwarende titel, gesloten tussen een dienstverlener en een aanbestedende overheid en die betrekking heeft op in bijlage 2 bij de wet vermelde diensten;

Overwegende in deze dat volgens het bestek de basisopdracht zowel als de variante 1 betrekking hebben op het "leveren van drinkwater" aan binnenschepen met 3 of 2 (plus 1 reserve) bemande waterboten; dat de variante 3 betreft, het ter beschikking stellen van 3 waterboten zonder bemanning; dat ongeacht de bewoordingen van de basisofferte en variante 1, het daar in feite gaat om een opdracht van vervoer van water, geleverd door AWW, van die leverancier naar de gebruikers, de binnenschepen; dat de waterboten en hun bemanning daar niet gewoon verhuurd worden aan het Havenbedrijf; dat zulks enkel het geval is voor variante 3; dat in het bestek en in de gunningsbeslissing overigens diverse malen sprake is van "dienstverlening";

Overwegende dat aangezien zeker de basisopdracht en de variante 1 betrekking hebben op dienstverlening, deze krachtens artikel 43, § 3, en 53, tweede lid, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie, niet onderworpen zijn aan de voorafgaande Europese bekendmaking, aangezien zij niet vermeld zijn onder A van bijlage 2 bij de wet van 24 december 1993, maar onder B van die bijlage, met name, onder B 19, "vervoersdiensten over het water"; dat wat de variante

3 betreft, voor zover de verhuring van een niet als een "produkt" te beschouwen goed als een "levering" zou kunnen worden beschouwd, het onderhavige middel enkel tot schorsing aanleiding zou kunnen geven indien finaal voor die variante was geopteerd;

Overwegende dat het middel niet ernstig is;

5.1. Overwegende dat verzoekster een tweede middel als volgt formuleert :

"Tweede Middel

Schending van de beginselen van behoorlijk bestuur in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel

doordat

verwerende partij waar zij op de hoogte was van de kandidatuur en de offerte ingediend door verzoekende partij naar aanleiding van de algemene offerteaanvraag uitgeschreven door de Antwerpse Waterwerken en op 25 augustus 1999 een bespreking heeft gehad met verzoekende partij waarbij bevestigd werd dat verzoekende partij als kandidaat zou worden weerhouden, verzoekende partij niet heeft ingelicht omtrent de door haar opgestarte onderhandelingsprocedure met bekendmaking tot gunning van de opdracht inzake de waterbedeling

terwijl

een zorgvuldig bestuur het in hoofde van verzoekende partij gewekte vertrouwen deel uit te maken van een procedure tot gunning van een overheidsopdracht op grove wijze schendt door zonder hiervan verzoekende partij in te lichten over te gaan tot een gunningsprocedure en zelfs een gunning waarvan verzoekende partij noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks wordt ingelicht of iets kon vernemen";

5.2. Overwegende dat zoals uit de bespreking van het eerste middel gebleken is, de verwerende partij enkel gehouden was tot een "Belgische" bekendmaking; dat geen bepaling haar verplichtte bovendien de firma's waarvan zij wist of kon vermoeden dat zij voor de te gunnen opdracht belangstelling hadden ook

nog eens persoonlijk te verwittigen; dat evengoed van verzoekster kon worden verwacht dat zij de nodige alertheid aan de dag legde met betrekking tot buitenlandse -in de zin van niet-Europese en niet-Nederlandse bekendmakingen; dat de verwerende partij voorts niet verplicht was rekening te houden met de kandidaten bij een gunningsprocedure uitgevoerd door een andere rechtspersoon, de AWW; dat overigens ook de Belgische belangstellenden niet persoonlijk werden uitgenodigd en deze misschien niet onterecht een ongelijke behandeling hadden kunnen aanvoeren; dat het middel niet ernstig is;

6. Overwegende dat de vaststelling dat geen der aangevoerde middelen ernstig is volstaat om de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te verwerpen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV CH. DE WIT in de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

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

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op twee december 1900 negenennegentig, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. DE BRABANDERE.