

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 83.844 van 6 december 1999
in de zaak A. 87.882/XII-2307.**

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 kiezen bij
advocaat L. VAN HOUT,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
Sint-Michielskaai 7

tegen :

het Gemeentelijke Havenbedrijf ANTWERPEN,
dat woonplaats kiest bij
advocaat D. D'HOOGHE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
H. 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
NV BAECK MARINE, de NV ANTWERP DREDGING en de
NV BAECK & JANSEN, samen vormend de tijdelijke
vereniging "Antwerpse Waterboten", op 16 november 1999
heben ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijk-
heid de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging
van het besluit van 29 oktober 1999 van het Gemeentelijk
Havenbedrijf Antwerpen tot gunning van de opdracht van
de drinkwaterbedeling aan binnenschepen in de haven van
Antwerpen aan de NV CH. DE WIT;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 18 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 zaak 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 advocaat L. VAN HOUT, die verschijnt voor de verzoekende partijen, van advocaat D. D'HOOGHE, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaten E. PRINGUET en N. BRYs, 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 ter terechtzitting neergelegd 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, 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 verzoeksters en 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 verzoeksters kandidaatstelling op basis van de selectiecriteria van het bestek werd aangenomen en zij werd uitgenodigd om aan de onderhandelingen deel te nemen, samen met de NV CH. DE WIT en met de NV FLANDRIA INTERNATIONAL; 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 drinkwaterbedeling 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 vanaf 1 januari 2000 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 rechts-handeling kunnen verantwoorden worden aangevoerd en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging ervan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

4.1. Overwegende dat verzoeksters een eerste middel aanvoeren dat zij als volgt formuleren :

"Het middel is afgeleid uit de miskenning van de bekendmaking verschenen in het Bulletin der Aanbestedingen d.d. 3 september 1999 en inzonderheid uit de miskenning van punt 2° van de selectie-criteria.

Uit de miskenning van het beginsel patere legem quam ipse fecisti.

Uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Uit de schending van het gelijkheidsbeginsel.

En uit machtsoverschrijding.

Doordat de verwerende partij de 'kandidatuurstelling' van de NV CH. DE WIT heeft weerhouden, alhoewel deze firma geen voorstel heeft ingediend voor het ter beschikkingstellen van drie of vier waterboten met een capaciteit van circa 100 m3 via huur, koop of renting en doordat de verwerende partij de 'kandidatuurstelling' van verzoekende partijen wel heeft weerhouden '(...) op basis van de selectie-criteria (...)'

Terwijl de bekendmaking in het Bulletin der Aanbestedingen uitdrukkelijk als selectie criterium o.m. voorschreef dat de betrokkene zijn kandidatuurstelling zal doen onder de vorm van een voorstel vertrekkende van o.m. het gegeven van het ter beschikkingstellen van 3 of 4 waterboten met een capaciteit van circa 100 m3.

En terwijl het gelijkheidsbeginsel er zich tegen verzet dat de ene kandidatuurstelling beoordeeld wordt op basis van selectiecriteria die de aanbestedende overheid zichzelf heeft opgelegd en dat een andere kandidatuurstelling wordt weerhouden zonder rekening te houden met deze selectiecriteria.

Zodat de verwerende partij door het treffen van het aangevochten besluit de in het middel aangehaalde bekendmaking heeft miskend evenals de regels die ze zichzelf heeft opgelegd, de in het middel aangehaalde grondwettelijke bepalingen heeft geschonden evenals het gelijkheidsbeginsel en machtsoverschrijding heeft gepleegd";

4.2. Overwegende dat de oproep aan de kandidaten verschenen in het Bulletin der Aanbestedingen als tweede selectie criterium vermeldt : "De kandidaat zal zijn kandidatuurstelling doen onder de vorm van een voorstel vertrekkende van de hogervermelde gegevens"; dat die woorden blijkbaar doelen op de vermeldingen onder de rubriek "aard en omvang van de diensten, algemene omschrijving", waarin na het leveren van water met drie waterboten sprake is van de mogelijkheid van 1) het ter beschikking stellen van 3 of 4 waterboten via huur, koop of renting en 2) het eventueel ter beschikking stellen van bemanning op te geven per schip; dat gezien de omstandigheid dat selectiecriteria veeleer bedoeld zijn om de technische en andere capaciteiten van de kandidaten te beoordelen, niet om reeds definitieve keuzes te maken aangaande de gunning, en gelet op de relatieve vaagheid van de woorden "vertrekkende van hogervermelde gegevens", in redelijkheid kon worden besloten dat de kandidaatstelling van de NV CH. DE WIT, waarin twee voorstellen werden gedaan van terbeschikkingstelling van bunkerboten met bemanning, met prijzen per bunkerboot, voor respectievelijk 7 en 11 uren per dag, aan het gestelde criterium voldeed; dat het middel niet ernstig is;

5.1. Overwegende dat verzoeksters een tweede middel als volgt aanvoeren :

"Het middel is afgeleid uit de miskenning van de bekendmaking verschenen in het Bulletin der Aanbestedingen d.d. 3 september 1999 en inzonderheid uit de miskenning van punt 1° van de aard en omvang van de diensten.

Uit de miskenning van het begingsel patere legem quam ipe fecisti.

Uit een manifeste beoordelingsvergissing.

Uit de miskenning van artikel 17 van de Wet van 24 december 1993, inzonderheid van het begrip onderhandelingsprocedure.

En uit machtsoverschrijding.

Doordat de verwerende partij de door verzoekende partijen voorgestelde optie huurkoop/leasing afwijst op grond van de overweging dat zulks een substantiele

wijziging aan het voorwerp van de opdracht zou aanbrengen.

Terwijl de bekendmaking in het Bulletin der Aanbestedingen uitdrukkelijk voorzag in het ter beschikkingstellen van waterboten via huur, koop of renting.

En terwijl het getuigt van een manifeste beoordelingsvergissing om een voorgestelde optie van huurkoop/leasing niet in aanmerking te nemen, wanneer de aanbestedende overheid zelf deze optie heeft toegelaten en terwijl het minstens de miskenning inhoudt van het begrip onderhandelingsprocedure wanneer de aanbestedende overheid in het kader van zulke procedure voorhoudt dat een bepaalde optie een substantiële wijziging zou aanbrengen aan het voorwerp van de opdracht nu het begrip onderhandelingsprocedure wordt gedefinieerd als procedure waarbij de aanbestedende overheid meerdere aannemers, leveranciers of dienstenverleners van haar keuze raadpleegt en '(...) over de voorwaarden van de opdracht onderhandelt met één of meer van hen (...)'.
Zodat de verwerende partij, door het treffen van het aangevochten besluit, de in het middel aangehaalde bekendmaking heeft miskend evenals de regels die ze zichzelf heeft opgelegd, een manifeste beoordelingsvergissing heeft begaan, de in het middel aangehaalde wettelijke bepaling heeft miskend en inzonderheid het begrip onderhandelingsprocedure en machtsoverschrijding heeft gepleegd";

5.2. Overwegende dat de eigenlijke voorwaarden van een overheidsopdracht bij onderhandelingsprocedure niet worden vastgelegd in de aankondiging doch in een bestek; dat zoals kan blijken uit de artikelen 56 en 57 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, de aanbestedende overheid bij een onderhandelingsprocedure met bekendmaking, zoals ter zake, niet verplicht is dat bestek reeds op het tijdstip van de bekendmaking op te stellen, maar dat pas na het indienen van de kandidaturen moet doen; dat het bestek ter zake geen melding maakt van "huur, koop of renting"; dat zulks niet onlogisch voorkomt gezien in de aankondiging slechts was vermeld dat het Havenbestuur die mogelijkheid wenste te onderzoeken om een evaluatie te

kunnen maken van de meest economische oplossing; dat de tweede, niet verplichte variante beschreven in het bestek "het ter beschikking stellen van 3 waterboten zonder bemanning" vormt, wat als een soort huur zou kunnen worden beschouwd; dat zelfs in de veronderstelling dat het bestek terbeschikkingstelling door huurkoop of leasing niet uitsloot, de verwerende partij de -pas op 19 oktober 1999- met gebruikmaking van die formule ingediende offerte van verzoekster niet heeft afgewezen om reden dat zij als zodanig niet toegelaten zou zijn, maar in hoofddorde omdat de door verzoekster voorgestelde termijn van 10 jaar afweek van de door het bestek voorgeschreven duurtijd van 3, 5 en 15 jaar; dat het middel niet ernstig is;

6.1. Overwegende dat verzoekster een derde middel als volgt formuleert :

"Het middel is, met miskenning van de bekendmaking verschenen in het Bulletin der Aanbestedingen d.d. 3 september 1999 (punt 1° van de aard en de omvang van de diensten) en van het beginsel pater legem quam ipse fecisti, afgeleid uit de schending van artikel 2.2.7. van het Bijzonder Bestek 8695 en van artikel 109, 5° van het K.B. d.d. 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, levering en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie.

Uit een manifeste beoordelingsvergissing.

Uit de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur inzonderheid het redelijkheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel.

En uit machtsoverschrijding.

Doordat de verwerende partij beslist heeft dat de NV CH. DE WIT, rekeninghoudend met de beoordeling van de offertes, zoals aangevuld in de loop van de onderhandelingen, op basis van de gunningscriteria, de voordeligste offerte prijs/kwaliteit zou hebben ingediend.

Terwijl verzoekende partijen een in de bekendmaking van de kwestieuze opdracht toegelaten huurkoop of leasing met recht van aankoop hadden voorgesteld, waardoor de kwestieuze nieuwe waterboten eigendom worden van de verwerende partij.

En terwijl op de aanbestedende overheid de verplicht rust om bij de beoordeling van een gunningscriterium, in casu dit van de prijs, alle door de

inschrijvers ingediende elementen -en bovendien uitdrukkelijk voorziene- elementen betrekken.

En terwijl het een manifeste beoordelingsvergissing inhoudt voorop te stellen dat de uiteindelijke gratis overdracht van nieuwe waterboten niet zou opwegen tegen de prijs van het louter ter beschikking stellen van omgebouwde oude olieboten.

En terwijl een zorgvuldige en redelijke aanbestedende overheid tot het besluit moet komen dat een offerte -zoals die van verzoekende partijen- die nieuwe boten voorstelt en deze bovendien achteraf gratis in eigendom overdraagt - op het vlak van prijs voordeliger is dan de inschrijver die slechts oude omgebouwde boten ter beschikking stelt die geen eigendom zullen worden van de aanbestedende overheid.

Zodat de verwerende partij, door het treffen van het aangevochten besluit, de in het middel aangehaalde besteksbe­paling en ge­viseerde wettelijke bepaling heeft geschonden, een manifeste beoordelingsvergissing heeft begaan, onredelijk en onzorgvuldig heeft gehandeld en machtsoverschrijding heeft gepleegd.";

6.2. Overwegende dat inachtgenomen de vaststelling dat de offerte van verzoekster met een duurtijd van 10 jaar hoe dan ook niet in overeenstemming was met het bestek, het middel prima facie niet ter zake dienend en niet ernstig is;

7. Overwegende dat de vaststelling dat aan een der voorwaarden van artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State niet is voldaan volstaat om de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid af te wijzen,

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 dringend noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing, bepaald op eenentwintigduizend frank, komen ten laste van de verzoekende partijen, elk voor een derde.

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 zes december 1900 negenennegentig, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. DE BRABANDERE.