

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 102.375 van 28 december 2001
in de zaak A. 114.184/XII-3379.**

In zake : de NV Scheepswerf IDP,
die woonplaats kiest bij
advocaten I. LARMUSEAU, P. DE SMEDT, B. ROELANDTS
en R. HEIJSE,
kantoor houdende te GENT,
Visserij 157 A

tegen :

het Vlaamse Gewest,
dat woonplaats kiest bij
advocaat B. STAELENS,
kantoor houdende te BRUGGE,
Canadesen Hof,
Bevrijdingslaan 4, bus 1.

tussenkommende partij :

de NV SKB,
die woonplaats kiest bij
advocaten P. ENGELS en W. SLOSSE,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
Amerikalei 73.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV SCHEEPSWERF IDP op 14 december 2001 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van :

- “- (de) beslissing van 30 november 2001 van het afdelingshoofd van de afdeling Vloot van de administratie Waterwegen en Zeewezen, Departement leefmilieu en infrastructuur van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap om in het kader van de openbare aanbesteding voor de aanneming van diensten, de opdracht 'onderhoudswerken aan de loodsbotten 1, 6 en 7 en Zeeleeuw' (bijzonder bestek 16EM/01/024/O) aan de onderneming SKB n.v. te gunnen;
- alsook de impliciete beslissing om de voormelde opdracht niet aan de onderneming Scheepswerf IDP nv te gunnen”;

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partij vraagt dat :

“ het verbod wordt opgelegd om deze gunningsbeslissing waarbij de voorliggende opdracht aan een andere inschrijver dan verzoekster wordt gegund, te betekenen aan de gekozen inschrijver en dit onder verbeurte van een dwangsom van 10 miljoen BEF ingeval van niet-naleving van het opgelegde verbod, het gebod wordt opgelegd om binnen de 12 uur na het nemen van de gemotiveerde gunningsbeslissing, de gunningsbeslissing zelf en het daaraan ten grondslag liggende verslag van de vergelijking van de offertes, over te maken aan verzoekster of haar raadsman, en dit onder verbeurte van een dwangsom van 10 miljoen BEF in geval van niet naleving van het opgelegde gebod”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 17 december 2001 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 19 december 2001, om 11.00 uur;

Gelet op het bericht van 18 december 2001 waarbij de zaak wordt uitgesteld tot de terechtzitting van 20 december 2001 om 14 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. VERBIEST;

Gehoord de opmerkingen van advocaat R. HEIJSE, die verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat B. STAELENS, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat W. SLOSSE, die verschijnt 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 gecoördineerde wetten op de Raad van State;

Overwegende dat de NV SKB met een ter terechtzitting neergelegd verzoekschrift heeft gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissingen en hij er belang bij heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Overwegende dat in het belang van een goede rechtsbedeling te dezen de vordering tot het bevelen van voorlopige maatregelen en tot het opleggen van dwangsommen moet worden behandeld en afgedaan met de vordering tot schorsing;

Overwegende dat luidens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij in een enig middel aanvoert hetgeen volgt :

“SCHENDING van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het beginsel inzake de vereiste gelijke behandeling van de inschrijvers, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel inzake de vereiste dat de overheidsbeslissingen moeten berusten op in feite juiste en in rechte pertinente motieven die gesteund zijn op bewijskrachtige documenten die in het aanbestedingsdossier zijn opgenomen (materiële motiveringsplicht) JUNCTO DE SCHENDING van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, artikel 71, 73 en 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, en van het algemeen beginsel 'patere legem quem ipse fecisti';

DOORDAT het gunningsverslag voor het bestek 16EM/01/024/O -na een onderzoek van de offertes- vaststelt dat de offerte van SKB geen ISO certificaat bevat, niet aangeeft dat er een ander gelijkwaardig certificaat is overgemaakt noch dat de offerte aangeeft dat de inschrijver de schilderwerken zelf zal uitvoeren; het gunningsverslag tevens stelt dat de eenheidsprijzen aantonen dat er voor de uitvoering van de schilderwerken geen rekening is gehouden met de vereiste van ISO 9002 certificatie; het gunningsverslag bijgevolg de offerte van SKB onregelmatig verklaart en de offerte van de onderneming Scheepswerf IDP als de laagste regelmatige offerte aanduidt; de gemotiveerde gunningsbeslissing niettemin beslist de opdracht te gunnen aan de onderneming SKB omdat de onderneming een AQAP-attest heeft voorgelegd; de gunningsbeslissing in sibillijnse bewoordingen verder stelt dat het verschil tussen twee normen zich beperkt tot het toepassingsgebied en dat niet van een vooropgezette techniek wordt afgeweken, dat de in het bestek vereiste certificatie zich beperkt tot een onderdeel van de werken, zijnde schilderwerken, dat de voormelde afwijking van het bestek geen invloed zal hebben op de goede uitvoering van de aanneming, dat het om een relatieve onregelmatigheid gaat; de gunningsbeslissing de offerte van SKB regelmatig verklaart; de gunningsbeslissing niet ingaat op het financieel argument van het gunningsverslag ter staving dat de

offerte van SKB geen ISO-gecertificeerde schilderwerken dekt, noch weerlegt; het opdrachtgevend bestuur op ongewone wijze draait om de stukken waarop de gemotiveerde beslissing is gesteund en die geen bedrijfsgeheimen bevatten, over te maken;

TERWIJL, overeenkomstig de in het middel aangehaalde bepalingen de opdracht moet worden gegund aan de inschrijver, die rekening houdend met de selectiecriteria vermeld in het bestek, de laagste regelmatige offerte heeft ingediend; overeenkomstig de specifieke toelichting van het bijzonder bestek bij artikel 71 van het KB van 8 januari 1996 de technische bekwaamheid voor het uitvoeren van schilderwerken voor maritieme projecten via een ISO 9002 attest moet worden aangetoond; overeenkomstig artikel 73 van het KB van 8 januari 1996 het opdrachtgevend bestuur gelijkwaardige verklaringen inzake kwaliteitsbewaking moet aanvaarden; de gunningsbeslissing die inzake de toetsing van de offertes aan de selectiecriteria van het gunningsverslag afwijkt in het bijzonder op afdoende wijze moet gemotiveerd zijn; een dergelijke gunningsbeslissing moet gesteund zijn op een in feite juiste en in rechte pertinente en afdoende materiële motivering; een dergelijke gunningsbeslissing moet gesteund zijn op bewijskrachtige en correct geïnterpreteerde stukken die zich in het aanbestedingsdossier bevinden; de materiële motivering van de toetsing van de offertes aan de selectiecriteria de gelijkheid onder inschrijvers niet mag verstoren”.

Overwegende dat het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap een openbare aanbesteding uitschrijft voor de aanneming van diensten “onderhoudswerken aan de loodsboten 1, 6 en 7 en Zeeleeuw” (bestek 16EM/01/024/O); dat artikel 71 van de administratieve voorschriften van dat bestek inzake de kwalitatieve selectie bepaalt hetgeen volgt :

- “Zijn technische bekwaamheid toont hij aan door het voorleggen van :
- een lijst met gedetailleerde beschrijving van de organisatie van het bedrijf met inbegrip van de infrastructuur;
 - een lijst van de voornaamste diensten uitgevoerd tijdens de laatste drie jaar, waaruit de opgebouwde en gehonoreerde expertise in de bedoelde materie moet blijken. (...)
 - door een bewijs voor te leggen waaruit blijkt dat zijn onderaannemer schilderwerken in het bezit is van een ISO 9002 certificatie”;

Overwegende dat bij de opening der inschrijvingen op 16 augustus 2001 blijkt dat er twee offertes zijn ingediend : een door de verzoekende partij voor de som van 9.121.325 frank en een door de tussenkomende partij voor de som van 8.346.920 frank;

Overwegende dat in het gunningsverslag van 6 september 2001, opgesteld door adjunct van de directeur ing. H. DEQUEECKER, wordt aangegeven, eensdeels, dat de tussenkomende partij geen ISO 9002 getuigschrift bij haar inschrijving heeft gevoegd en deze dienvolgens niet aan de gestelde voorwaarden voldoet en, anderdeels, dat ook bij nazicht van de “eenheidsprijzen dienaangaande”

duidelijk blijkt dat in die offerte met de ISO 9002 geen rekening is gehouden bij de uitvoering; dat in dat verslag de offerte van de verzoekende partij, waarvan wordt vastgesteld dat zij het ISO 9002 getuigscrift wel heeft bijgevoegd, als enige en eerste regelmatige offerte wordt gerangschikt;

Overwegende dat op 30 november 2001 afdelingshoofd afdeling Vloot ir. E. BLOMME de opdracht toewijst aan de tussenkomen partij voor het door haar voorgestelde bedrag van 8.346.920 frank; dat die beslissing, waarbij het voorstel in het gunningsverslag niet wordt gevolgd, onder meer als volgt is gemotiveerd :

“(…)

gelet dat art 71 het voorleggen van een ISO 9002 certificatie beperkt tot de onderaannemers en volgens art 71 strikt genomen niet geëist is van de hoofdaannemer;

gelet op het feit dat de NV SKB een geschiktheidsgetuigscrift AQAP heeft voorgelegd dat de ISO 9001 Ed 2 (versie 1994) omvat;

gelet op het feit dat ISO 9001 en de in het bestek vereiste ISO 9002 tekstueel en inhoudelijk gelijk zijn, met uitzondering van 'produktontwikkeling' en 'produktontwikkeling' hier niet aan de orde is en dat ISO 9001 uitgebreider is (zie dossier als bijlage);

gelet op het feit dat bijgevolg het verschil tussen de twee normen zich beperkt tot het toepassingsgebied en dat niet van een vooropgezette techniek wordt afgeweken;

gelet op het feit dat de in het bestek vereiste certificatie zich beperkt tot een onderdeel van de werken, zijnde schilderwerken;

gelet op het feit dat de voormelde afwijking van het bestek geen invloed zal hebben op de goede uitvoering van de aanneming;

gelet op het feit dat het hier gaat om een relatieve onregelmatigheid;

gelet op het feit dat de inschrijving van de NV SKB in tegenstelling tot het besluit van het gunningsverslag aldus toch als regelmatig moet worden beschouwd”;

Overwegende dat de feitelijke grondslag van het middel in hoofdzaak inhoudt dat volgens de verzoekende partij in de bestreden beslissing het AQAP geschiktheidsgetuigscrift ten onrechte als gelijkwaardig wordt beschouwd met het door artikel 71 van het bestek vereiste ISO 9002 getuigscrift; dat in de toelichting bij het middel de verzoekende partij daaromtrent nog betoogt dat de bestreden beslissing geen rekening houdt met de geldigheidsduur van het AQAP-getuigscrift en zijn toepassingsgebied, dat zou beperkt zijn, eensdeels, tot de uitvoering van militaire contracten, en dat, anderdeels, de daarin vervatte activiteiten ruim en vaag zijn, namelijk “onderhoud en herstelling van schepen”, zonder expliciete vermelding van schilderwerken voor maritieme projecten;

Overwegende dat vooreerst de verzoekende partij niet lijkt te betwisten dat het kwaliteitsgetuigschrift ISO 9001 het getuigschrift ISO 9002 omvat; dat zij immers zelf in haar verzoekschrift stelt : “ISO 9001 overkoepelt ISO 9002 omdat het zowel de productie - als dienstverleningsprocessen omvat, als de processen voor onderzoek en ontwikkeling”; dat het kwestieuze “geschiktheidsgetuigschrift AQAP” waarop de bestreden beslissing steunt, aan de tussenkomende partij is afgegeven door de “Intermachtencommissie voor Kwaliteitsborging CQA” van het ministerie van Landsverdediging; dat daarin wordt gesteld :

“heeft voldaan aan de eisen van de norm

AQAP-110 Ed 2 Omvat ISO-9001Ed 2

voor de uitvoering van militaire contracten :
Onderhoud, herstellingen, vervangingen, modificaties en diensten voor en op schepen,
Ontwerp en constructie van schepen tot een maximale lengte van 100 meter.
(...)
Dit getuigschrift is (...) geldig van 29 februari 2000 tot 1 maart 2003”;

dat de tussenkomende partij voorts een “verklaring” voorlegt vanwege E. LALLEMAND, die optreedt voor de “erkende klassificatiemaatschappij BUREAU VERITAS NV” en die stelt hetgeen volgt :

“Het geschiktheidsgetuigschrift AQAP-110 ED 2, omvat de kwaliteitssysteemnorm ISO-9001-ed 2;
Die kwaliteitssysteemnorm ISO-9001 ed 2, overkoepelt de kwaliteitssysteemnorm ISO-9002 en zijn inhoudelijk gelijk, met uitzondering van productontwikkeling;
Een kwaliteitssysteemnorm zoals ISO-9001 en ISO-9002 bevestigt de kwaliteit van productie- en dienstverleningsprocessen en is van algemene toepassing zonder onderscheid tussen civiele of militaire werken;
Het toepassingsgebied van de ISO-9002 kwaliteitsnorm betreft, voor zover het contractueel betrekking heeft op 'onderhoud, herstellingen, vervangingen, modificaties van en diensten voor of op schepen', eveneens de schilderwerken op deze schepen”;

Overwegende dat, verwijzende naar het aangehaalde artikel 71 van het bestek, de bestreden beslissing vooreerst vaststelt dat dit artikel de voorlegging van een ISO 9002 getuigschrift beperkt tot de onderaannemers en “strikt genomen” dit niet eist van de hoofdaannemer; dat in die beslissing er niettemin wordt van uitgegaan dat de tussenkomende partij als hoofdaannemer in elk geval aan die

vereiste voldeed, nu deze beschikte over het voormelde AQAP-getuigschrift en bijgevolg niet mocht worden geweerd met toepassing van de selectiecriteria;

Overwegende dat, ingeval de stelling van de verzoekende partij, dat het AQAP -getuigschrift niet gelijkwaardig kan worden geacht met het ISO 9002 getuigschrift, niet kan worden gevolgd, zulks in de huidige stand van de procedure volstaat om het middel op dat punt het rechtens vereiste ernstig karakter te ontzeggen; dat in die veronderstelling ook niet nader moet worden ingegaan op de vraag of het bestek het ISO 9002 getuigschrift eigenlijk wel oplegt ingeval zoals te dezen de inschrijver geen beroep op onderaannemers wil doen;

Overwegende dat te dezen de verzoekende partij vooreerst betoogt dat de bestreden beslissing geen rekening houdt met de geldigheidsduur van het AQAP-getuigschrift, dat deze grief geen feitelijke grondslag lijkt te hebben, nu het getuigschrift geldig blijkt tot 1 maart 2003;

Overwegende dat de verzoekende partij voorts beweert dat het toepassingsveld van dat getuigschrift beperkt is tot de uitvoering van militaire contracten; dat deze conclusie in de huidige stand van de procedure niet overtuigt; dat zij enkel lijkt gesteund op één interpretatie van de tekst op het AQAP getuigschrift; dat de in die interpretatie beperkend opgevatte zinsnede “voor de uitvoering van militaire contracten” ook anders lijkt te kunnen worden opgevat, namelijk voortvloeiende uit de evidentie dat het ministerie van Landsverdediging, binnen zijn bevoegdheid blijvende, het AQAP getuigschrift enkel verleent voor militaire doeleinden; dat bovendien de tussenkomen de partij alvast enkele argumenten aanvoert die afbreuk lijken te doen aan de opvatting van de verzoekende partij; dat de tussenkomen de partij aldus verwijst naar een stuk van de intermachten-commissie voor kwaliteitsborging, waarin de “werk- en beslissingswijze van het organisme CQA” wordt uiteengezet en wordt verduidelijkt hetgeen volgt :

“Het organisme CQA beschikt niet over een eigen logo. De AQAP 1X0 (met X = 1, 2, 3 of 5) gecertificeerde bedrijven mogen in de hoofding van hun briefwisseling, eventueel beperkt tot de gecertificeerde afdeling, de volgende vermelding toevoegen : 'AQAP 1X0 (omvat ISO 900X)’”;

dat er voorts de door de tussenkomen de partij voorgebrachte verklaring van het bureau VERITAS is, dat de AQAP-110 ed 2 de ISO 9001 “omvat”, die van algemene toepassing is “zonder onderscheid tussen civiele of militaire werken”;

Overwegende, wat ten slotte de stelling van de verzoekende partij betreft, dat het AQAP getuigschrift geen schilderwerken voor maritieme projecten zou dekken, dat ook die stelling in de huidige stand van de procedure niet dermate is onderbouwd dat zij het middel een ernstig karakter zou verlenen; dat vooreerst immers in het gewone spraakgebruik het onderhoud van schepen ook het schilderen ervan lijkt te bevatten; dat echter niet uit te sluiten is dat het anders zou kunnen zijn in een bijzondere sector zoals het scheepsonderhoud; dat daartegenover echter de voornoemde verklaring staat van het bureau VERITAS, werkzaam in de scheepvaartsector, waarin die schilderwerken wel onder de toepassing worden gebracht van “onderhoud, herstellingen”;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat volgt dat de verzoekende partij niet lijkt te hebben aangetoond dat het doorslaggevende motief van de bestreden beslissing, waarbij steun wordt gezocht in het voorhanden zijn van een AQAP-certificatie bij de gekozen inschrijver, gebrekkig was;

Overwegende dat de verzoekende partij voorts de bestreden beslissing nog verwijt dat zij niet is ingegaan op het “financieel argument van het gunningsverslag ter staving dat de offerte van SKB geen ISO-gecertificeerde schilderwerken dekt” noch dat argument heeft weerlegd; dat gelet op de aanvaarding van het AQAP getuigschrift, de bestreden beslissing niet lijkt te kunnen worden verweten dat zij niet ook nog eens op het voormelde “financieel argument” is ingegaan;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat volgt dat de verzoekende partij in de huidige stand van de procedure niet heeft aannemelijk gemaakt dat de motieven van de bestreden beslissing met de door haar aangebrachte gebreken zijn aangetast; dat meteen ook de feitelijke grondslag lijkt te ontbreken voor al de door haar aangevoerde schendingen van rechtsbeginselen en wettelijke en reglementaire normen; dat dienvolgens het enig middel niet ernstig is; dat aldus aan de tweede van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden niet is voldaan; dat die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing af te wijzen; dat daaruit volgt dat eveneens de vorderingen tot het bevelen van voorlopige maatregelen en tot het opleggen van dwangsommen dienen te worden verworpen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV SKB in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en de vordering tot het bevelen van voorlopige maatregelen en tot het opleggen van dwangsommen worden verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, 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 achtentwintig december 2001, door :

de H. D. VERBIEST,
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.