

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 153.198 van 29 december 2005
in de zaak A. 168.597/XII-4608.**

In zake : de NV VANDEPUTTE MEDICAL AND SECURITY,
die woonplaats kiest bij
advocaten K. Geelen en K. Wauters
kantoor houdende te Hasselt,
Gouverneur Roppesingel 131

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Landsverdediging.

tussenkomen de partij :

de BVBA FALCON TACTICAL SOLUTIONS,
die woonplaats kiest bij
advocaat K. Crauwels,
kantoor houdende te Antwerpen,
Mechelsesteenweg 210a.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Vandeputte Medical and Security op 15 december 2005 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van

“De beslissing van ongekende datum waarbij de opdracht (bestek MRMP-M/AT nr. 5MV080), gegund bij wijze van algemene offerteaanvraag en betreffende een meerjarige overeenkomst (2005-2009) tegen prijslijst betreffende de levering van materieel CRC (Crowd and Riot Control - handhaving van de orde), door een orgaan binnen de Algemene Directie Material Resources Procurement Division werd toegewezen aan de B.V.B.A. Falcon Tactical Solutions”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 15 december 2005 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 27 december 2005, om 14.30 uur;

Gezien het verzoekschrift van 23 december 2005 waarbij de BVBA Falcon Tactical Solutions vraagt in het administratief kort geding te mogen

tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat K. Wauters, die verschijnt voor de verzoekende partij, van luitenant-kolonel militair administrateur A. De Decker, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaten K. Crauwels en J. Van Der Mast, die verschijnen voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur E. Haesbrouck;

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 krachtens 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 uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring 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 een eerste middel steunt op de schending van “artikel 26 van de richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en het daaruit voortvloeiende door het Hof van Justitie erkende transparantiebeginsel, art. 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de artikelen 110 en 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming en diensten en de concessies voor openbare werken; de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, op de schending van het bestek 5MV080 en de bijlagen en op de schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en

meer in het bijzonder het materieel motiveringsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel (het eruit voortvloeiende patere legem-beginsel) en het zorgvuldigheidsbeginsel”; dat zij daartoe in een eerste onderdeel betoogt dat betreffende de twee gunningscriteria de aanbestedende overheid voor elk van de regelmatige offertes punten toekent, zonder hierbij de berekeningswijze te vermelden en voor het overige enkel een geschreven motivering geeft wat betreft het tweede gunningscriterium, motivering die niet wordt verbonden met enige puntentoekenning en bovendien “het gunningscriterium prijs wordt gequoteerd via een gemiddelde percentage, terwijl het tweede gunningscriterium werd gequoteerd via een absoluut cijfer op 100”, dat de geschreven motivering betreffende het tweede gunningscriterium “een aantal beweringen bevat (technische gelijkwaardigheid, niet te verwaarlozen verschil betreffende waarborg,...) die echter niet kunnen worden getoetst aan enige puntenwaardering” (schending van de formele motiveringsplicht en het materieel motiveringsbeginsel); dat de verzoekende partij voorts in dat onderdeel betoogt dat de voormelde gelijkwaardigheid wat de technisch-operationele eisen betreft niet voorhanden is, dat ten slotte uit niets blijkt dat de evaluatie van de waarborg effectief tot een merkelijk verschil leidt (schending van “artikel 16 van de wet overheidsopdrachten en de artikelen 110 en 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996”); dat zij nog betoogt dat in het bestek aan de twee gunningscriteria elk een ponderatie van 50 % werd toegekend, waaruit blijkt dat zij als gelijkwaardig werden beschouwd, dat echter de voormelde berekeningswijze tot gevolg heeft dat meer belang werd gehecht aan het tweede gunningscriterium (schending van de formele motiveringsplicht);

Overwegende dat de in het geding zijnde opdracht op de wijze van een algemene offerteaanvraag wordt gegund; dat daarop het bestek MRMP- M/AT -5MV080 toepasselijk is; dat daarin betreffende de gunningscriteria bepaald is hetgeen volgt :

“ 8. Gunningscriteria

- a. De Aanbestedende Overheid kiest de regelmatige offerte waarvan hij oordeelt dat zij de meest voordelige is, rekening houdend met de criteria ponderaties hieronder :

Prijs	50%.
Techniek & Logistiek	50% (verdeling : zie Par 4 van Bijl F)

- b. Methode ter bepaling van de voordeligste regelmatige offerte
De interessantste offerte wordt als volgt bepaald :

- Cijfer toegekend aan het criterium ‘Techniek & Logistiek’
- Cijfer toegekend aan het criterium ‘Prijs’

Elke offerte krijgt een waarde die gelijk is aan het resultaat van de volgende formule :

$$\text{Prijs} = 50\%-100\% \times \frac{(\text{Prijs}-\text{Gemiddelde Prijs})}{\text{Gemiddelde Prijs}}$$

Het eindcijfer dat aan elke offerte gegeven wordt, is het gewogen gemiddelde van de cijfers uitgedrukt in %, rekening houdend met de ponderatie van elk gunningscriterium, in toepassing van volgende formule :

$$\text{Eindcijfer} = \frac{\sum (\text{cijfers(in\%)} \times \text{ponderatie})}{\sum \text{ponderaties}};$$

dat in bijlage F van het bestek als “ponderaties” bij het tweede criterium “techniek en logistiek” worden gegeven :

“Ops-tech : 2600 punten
Log: 400 punten”;

Overwegende dat volgens het gunningsverslag van 18 november 2005 van de vier inschrijvers enkel de verzoekende en de tussenkomende partij een regelmatige inschrijving hebben ingediend; dat het gunningsverslag tot de volgende puntenverdeling en rangschikking komt :

“4. Gunning

Bij toepassing van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 vormen de criteria prijs en techniek met de ponderaties prijs 50 % en techniek 50 %, het beoordelingselement voor de keuze van de aannemer, voor zover de offerte regelmatig is en de inschrijver geselecteerd werd (Ref Par 8 van het bestek).

Volgende regelmatige offertes werden ingediend : VDP Safety NV & Falcon Tactical Solutions BVBA

- (1) Prijsvergelijking
Rangschikking in dalende orde

Firma	Prijs (Excl. BTW)	Behaalde score prijs* (op 100)
VDP	<u>1.924.822,50</u>	50,35
Falcon	1.938.246,00	49,65

* =Behaalde score rekening houdend met de methode bepaald in het bestek in Par 8

- (2) Technico-logistieke waarde (Tec/Log)
Rangschikking in dalende orde

Firma	Behaalde score Tec/Log (op 100)**
Falcon	79,84
VDP	78,70

** =Behaalde score op 100 (Ref Par 8 bestek) en evaluatieverslag in fiche 9

Motivering :

De offertes van de firma's VDP en Falcon zijn technisch equivalent. Een globaal concept met compromis tussen enerzijds bescherming en anderzijds comfort werd gevraagd.

De helm van de firma VDP is technisch beter dan deze van de firma Falcon terwijl anderzijds het pak en de beschermingselementen van de firma Falcon beter zijn dan deze van de firma CDP. Bovenstaande elementen geven dat beide concepten finaal als evenwaardig beschouwd worden op technisch vlak

wat ook gereflecteerd is in de toekenning van de punten aan beide inschrijvers.

Gezien deze gelijkwaardigheid wordt de prioriteit bepaald door de beste logistieke oplossing.

De aanbidding op vlak van voorgestelde vorming is beter bij de firma Falcon. De firma Falcon verliest enkel punten op het vlak van de documentatie daar zij t.o.v. VDP geen audiovisuele middelen aanbiedt.

Op gebied van onderhoud en herstellingen zijn beide firma's gelijkwaardig. Op gebied van waarborg is er nog een niet te verwaarlozen verschil. De firma Falcon biedt een algemene waarborg aan van twee jaar EN een waarborg van tien jaar op beide types van wapenstokken, houders en riemen. De firma VDP biedt eveneens een waarborg aan van twee jaar op al het materieel, enkel op de telescopische wapenstokken (slechts 50 stuks) biedt zij een langere waarborg aan.

Er zijn geen andere verschillen tussen beide inschrijvers.

Op basis van bovenstaande elementen gaat de voorkeur op Technisch/logistiek vlak naar de firma Falcon.

(3) Eindrangschikking in dalende orde der offertes

Tabel

Firma	Behaalde score Prijs (op 100)	Behaalde score Tec/Log (op 100)	Eindscore* (op100)	Eindrangschikking
Falcon	49,65	<u>79,84</u>	64,75	1
VDP	<u>50,35</u>	78,70	64,52	2

* =behaalde eindscore, rekening houdend met de ponderatie 50% Prijs -50% Techniek/Logistiek volgens de methode ter bepaling van de voordeligste offerte als bepaald in Par 8 van het bestek.”;

dat bij dat gunningsverslag een evaluatieverslag van 27 oktober 2005 hoort met uitvoerige analyse (bijlage A) van de twee betrokken inschrijvingen, waarin deze op technisch-logistiek gebied op talrijke onderdelen worden onderzocht, beschreven en met punten worden geëvalueerd, per onderdeel; dat de totalen van die analyse resulteren, voor de tussenkomende partij in 2035,15/2600 en 360/400 (totaal 2395,15/3000 of 79,84%), en voor de verzoekende partij, na correctie in haar voordeel in een corrigerende nota van 17 november 2005, in 2041/2600 en 320/400 (totaal 2361/3000 of 78,70 %); dat in fine van het gunningsverslag vermeld is “Beslissing MRMP BdGen C. Larbanois” (met onleesbare handgeschreven vermelding van twee woorden, handtekening en datum 1 december 2005); dat bij brief van 2 december 2005 door de voornoemde brigadegeneraal C. Larbanois aan de verzoekende partij wordt medegedeeld dat haar offerte “niet werd weerhouden” en haar in bijlage de “gemotiveerde toewijzingsbeslissing” wordt bezorgd waarin op het einde als “4. Beslissing” wordt gesteld “Gezien de firma Falcon Tactical Solutions BVBA de meest voordelige, regelmatige offerte heeft ingediend heb ik beslist[...]de opdracht toe te wijzen aan deze firma”; dat in die beslissing onder meer is hernomen hetgeen hierboven is aangehaald als onderdeel van het gunningsverslag (“Gunning”);

Overwegende, wat de schending van formele motiveringsverplichtingen betreft, dat deze een belanghebbende in staat dienen te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt; dat zulks inhoudt dat een verzoekende partij, als inschrijver waarvan de offerte niet werd gekozen, uit de motivering zelf van de betrokken beslissing moet kunnen afleiden om welke reden zulks is gebeurd; dat te dezen, zoals hierboven is gebleken, de verzoekende partij in de bestreden beslissing zoals zij haar werd medegedeeld kon lezen dat zij qua eindtotaal in punten na de gekozen inschrijver kwam en zowel wat het eerste als het tweede criterium betreft, de behaalde punten vernam; dat zij bovendien bij het tweede criterium een beschrijving kon lezen waaruit toch lijkt te kunnen worden afgeleid om welke redenen zij op minder werd geëvalueerd dan haar concurrent; dat haar grief, dat die “beweringen” niet kunnen worden getoetst aan enige puntenwaardering, niet meer lijkt te kunnen standhouden, nu in het administratief dossier die punten in detail aanwezig lijken; dat idealiter de verwerende partij ook de gedetailleerde analyses had kunnen meedelen, in plaats van in de bestreden beslissing daarvan een woordelijke samenvatting te geven; dat echter de verzoekende partij van haar kant op zicht van de medegedeelde beslissing naar cijfermatige details had kunnen vragen maar zulks niet deed; dat dit alles ertoe leidt, in de huidige stand van de procedure, geen van de aangevoerde schendingen van de formele motiveringsverplichtingen te aanvaarden;

Overwegende, wat de gunningscriteria betreft, niet aangetoond lijkt dat deze niet volgens het bestek zouden zijn gebruikt; dat, wat in het bijzonder het gegeven van de “waarborg” betreft, uit de voornoemde bijlage A bij het evaluatieverslag, in haar tweede redactie van 27 oktober 2005, lijkt te kunnen worden afgeleid waarom de tussenkomenende partij 10/10 en de verzoekende partij 5/10 verkreeg (punt 8. Waarborg. b. en opmerking in voetnoot); dat aldus geen schending lijkt te zijn aangetoond van de in het middelonderdeel geschonden geachte bepalingen die het gebruik van de gunningscriteria volgens het bestek opleggen;

Overwegende, wat de grief van de verzoekende partij betreft, namelijk dat de twee gunningscriteria volgens het bestek als evenwaardig worden beschouwd maar de berekeningswijze van de punten ertoe leidt dat meer belang wordt gehecht aan het tweede gunningscriterium, hier een mogelijke tegenstrijdigheid in het bestek zelf wordt opgeworpen; dat volgens de verzoekende partij immers de formule voor de prijs en de daaruit voortvloeiende quotering in een cijfer uitmonden rond het gemiddelde terwijl bij het tweede criterium gewoon punten op honderd worden gegeven wat resulteert in een hogere weging van dit laatste criterium; dat het

beoordelen van de ernst van deze grief van de Raad van State een wiskundige kennis lijkt te vereisen waarover hij niet beschikt en die hij zich niet wil aanmatigen zonder het advies van een deskundige; dat de aanstelling van een deskundige echter zou ingaan tegen het uiterst dringend karakter van de procedure; dat die grief dus niet kan leiden tot een ernstig middel; dat een ernstig middel immers veronderstelt dat de kans op latere nietigverklaring groot is en te dezen de Raad van State zich juist wegens de gegeven wiskundige twistvraag, waarop de partijen ter terechtzitting tegenstrijdige antwoorden geven, vooralsnog in geen enkele richting kan uitspreken; dat aldus het eerste onderdeel van het middel niet wordt aangenomen;

Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede onderdeel van het eerste middel betwist dat een evaluatiecommissie de offertes heeft beoordeeld maar ter terechtzitting van deze grief afstand doet; dat zij echter de vraag stelt of het voornoemde corrigerende verslag wel door de gehele evaluatiecommissie is onderschreven; dat de verwerende partij zulks bevestigt en verwijst naar de ondertekening door de voorzitter van de commissie en naar het feit dat bij de meervermelde correctie aan de verzoekende partij bijkomende punten zijn toegekend; dat in die omstandigheden het middelonderdeel in de huidige stand van de procedure en dienvolgens het gehele eerste middel niet ernstig is;

Overwegende dat de verzoekende partij een tweede middel steunt op “de schending van de artikelen 33 en 105 van de Grondwet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurs-handelingen, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en in het bijzonder het materieel motiveringsbeginsel, op de bevoegdheidsoverschrijding”, doordat uit de bestreden beslissing geenszins blijkt dat deze door de bevoegde overheid is genomen;

Overwegende dat de handtekening van brigadegeneraal C. Larbanois voorkomt zowel op het voormelde gunningsverslag als op de kennisgevingsbrief met de daaraan toegevoegde “gemotiveerde gunningsbeslissing”; dat gelet op de verwevenheid van deze stukken in de huidige stand van de procedure moet worden aanvaard dat de voornoemde betrokkene de bestreden toewijzingsbeslissing nam; dat hij voorts op de kennisgevingsbrief “bij machtiging” voor de Minister van Defensie tekende; dat de verwerende partij het ministerieel besluit van 18 januari 2002 houdende overdracht van bevoegdheid door de Minister van Landsverdediging inzake het gunnen en uitvoeren van overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en inzake diverse uitgaven, voorlegt

en verwijst naar de als bijlage bij dat besluit gevoegde tabel 2 (met als opschrift “Overdracht van bevoegdheid in het stadium gunning”); dat aldaar als ordonnateur voor meerjarige opdrachten en offerte-aanvragen - zoals te dezen de kwestieuze opdracht - voor een bedrag tot 2.700.000 euro is vermeld “Div MP-Div INFRA”; dat daaronder volgens de verwerende partij de “Divisie overheidsopdrachten van de Algemene Directie Material Resources” moet worden verstaan en dat de voornoemde brigadegeneraal “actueel de functie van Chef van de Divisie Overheidsopdrachten bekleedt”; dat uit dat alles lijkt te moeten worden afgeleid dat de bestreden toewijzingsbeslissing - de opdracht is toegewezen voor de vijf jaar looptijd voor een totaalbedrag van 1.962.667,90 euro BTW inbegrepen - door de bevoegde overheid is genomen; dat het middel niet ernstig is;

Overwegende dat geen van de middelen ernstig is; dat aldus niet is voldaan aan de tweede van de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden ingewilligd,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de BVBA Falcon Tactical Solutions in het administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op negenentwintig december 2005, door :

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

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.