

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 164.972 van 21 november 2006
in de zaak A. 178.160/XII-4908.**

In zake : de NV FIRE TECHNICS,
die woonplaats kiest bij
advocaat G. Soete,
kantoor houdende te Oostende,
Kerkstraat 8, bus 1

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Binnenlandse Zaken,
die woonplaats kiest bij
advocaten P. Luypaers en H.-K. Carême,
kantoor houdende te Heverlee,
Industrieweg 4, bus 1.

tussenkomen partij :

de NV ETN. POL VAN ASSCHE & CIE,
die woonplaats kiest bij
advocaat R. Honoré,
kantoor houdende te Kortrijk,
President Kennedypark 4 A.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Fire Technics op 2 november 2006 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing van de Minister van Binnenlandse Zaken van 19 oktober 2006, houdende de opdracht voor het perceel 1, levering van tankwagens 8.000 l., toe te wijzen aan de firma Etn. Pol Vanassche & Cie. NV tegen de eenheidsprijs van € 211.455,62”;

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

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 6 november 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 16 november 2006, om 10.30 uur;

Gezien het op 13 november 2006 ingediende verzoekschrift waarbij de NV Etn. Pol Van Assche & Cie 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 G. Soete, die verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaten H.-K. Carême en T. De Gendt, die verschijnen voor de verwerende partij, en van advocaat N. Vercruysse, die loco advocaat R. Honoré verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur P. Barra;

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;

De gegevens van de zaak

1. De aanbestedende overheid, de Belgische Staat - Federale Overheidsdienst van Binnenlandse Zaken - Algemene Directie van de Civiele Veiligheid - Directie Aankopen en Onderhoud - schrijft, bij wijze van algemene offerteaanvraag, een opdracht uit, die bestaat uit twee percelen : de levering van tankwagens 8.000 liter en de levering van tankwagens 12.000 liter, bestemd voor de hulpdiensten in België.

De gunningsprocedure is onderworpen aan het bijzonder bestek II/MAT/A26-173-06 dat door de bevoegde Minister voor goedkeuring ondertekend is op 22 mei 2006.

De duur van de opdracht is drie jaar en is verlengbaar met tweemaal één jaar of éénmaal twee jaar (artikel 1.5, deel I bestek).

De geraamde hoeveelheden (artikel 1.6, deel I bestek) zijn :

- voor perceel 1 : 4 voertuigen per jaar;
- voor perceel 2 : 6 voertuigen per jaar.

Artikel 3.2.3. van deel I van het bestek vermeldt dat elke inschrijver slechts één offerte mag indienen en vrije varianten niet zijn toegestaan.

De offertes worden geopend op 17 augustus 2006 (artikel 4.2., deel I bestek).

Onder artikel 6.2. van het deel I bestek wordt het volgende bepaald :

“ Indien de offerte van de inschrijver niet voldoet aan de verplichte vereisten, opgenomen in de technische specificaties, zal deze niet in aanmerking worden genomen behalve wanneer het gaat om een louter en niet-substantieel vormgebrek of om een loutere en niet substantiële vergetelheid of vergissing van de inschrijver.”.

Inzake de gunningscriteria (artikel 6.3., deel I bestek) wordt vermeld dat er twee criteria zijn namelijk enerzijds de operationele en technische kwaliteit en anderzijds de prijs.

Deel III van het bestek bevat de technische bepalingen, onder meer

- punt 1.12.24 (lot 1) of 1.12.22 (lot 2) dat voorschrijft dat er een vrije ruimte, niet verdeeld, beschikbaar moet zijn van minimaal 250 dm³ voor minimaal 150 kg.
- punt 1.10.3.3. dat stelt dat inzake de elektrische uitrusting de batterijen geplaatst dienen te worden “op slede in superstructuur”.

Verzoekende partij dient een offerte in, gedagtekend 16 augustus 2006, zowel voor perceel 1 als voor perceel 2.

Met een brief van 30 augustus 2006 betreffende de twee percelen vraagt verwerende partij aan verzoekende partij om haar een aantal documenten en informatie te bezorgen. Ze merkt op dat het ontbreken van één van de gevraagde documenten of informatie automatisch zal leiden tot de niet-conformiteit van de ingediende offerte.

Voor lot 1 wordt onder andere opgemerkt hetgeen volgt :

“- Punt 1.10.3.3 : plaatsing van de batterijen

Volgens de bijgevoegde tekeningen zijn deze onder de superstructuur weggeborgen. Is er plaats voor de batterijen op een slede in de superstructuur, zo ja waar?

[...]

- Punt 1.12.22 : vrije ruimte niet verdeeld, 250 dm², 150 kg

De ruimte die U voorziet boven de pomp is niet bereikbaar conform EN 1846-2 § 5.12.3.2.

Welke oplossing biedt u hiervoor?”.

Voor lot 2 wordt onder andere gevraagd :

“- Punt 1.10.3.3 : plaatsing van de batterijen

Volgens de bijgevoegde tekeningen zijn deze onder de superstructuur weggeborgen. Is er plaats voor de batterijen op een slede in de superstructuur, zo ja waar?

[...]

- Punt 1.12.22 : vrije ruimte niet verdeeld, 250 dm², 150 kg

De ruimte die U voorziet boven de pomp is niet bereikbaar conform EN 1846-2 § 5.12.3.2.

Welke oplossing biedt u hiervoor?”.

Met een brief van 8 september 2006 met bijlagen antwoordt verzoekende partij.

Ze merkt wat lot 1 betreft onder andere het volgende op :

“- Punt 1.10.3.3 : plaatsing van de batterijen.

De batterijen worden geplaatst in de opbouw, op een slede.

Plaats is gevoegd op tekening in bijlage n° 11.

[...]

- Punt 1.12.22 : vrije ruimte niet verdeeld

De aangeboden oplossing voorzien meer dan de in het bestek gevraagde vrije ruimte.

Indien de vrije ruimte niet bereikbaar is vanop de grond, zal een opstaptrede worden voorzien conform EN 1846-2 § 5.12.3.2.

De beschikbare vrije ruimte is binnen het bestaande concept volledig bereikbaar door een gewijzigde opstelling.

In bijlage geven wij een voorbeeld van de beschikbare vrije ruimte in bijlage n° 11.”.

Zulks luidt wat lot 2 betreft onder meer als volgt :

“- Punt 1.10.3.3 : plaatsing van de batterijen.

De batterijen worden geplaatst in de opbouw, op een slede in een onderkast links vooraan in de opbouw.

Plaats is gevoegd op tekening in bijlage n° 20.

[...]

- Punt 1.12.22 : vrije ruimte niet verdeeld

De aangeboden oplossing voorzien meer dan de in het bestek gevraagde vrije ruimte.

Indien de vrije ruimte niet bereikbaar is vanop de grond, zal een opstaptrede worden voorzien conform EN 1846-2 § 5.12.3.2.

De beschikbare vrije ruimte is binnen het bestaande concept volledig bereikbaar door een gewijzigde opstelling.

In bijlage geven wij een voorbeeld van de beschikbare vrije ruimte in bijlage n° 20.”.

Op 19 oktober 2006 ondertekent de bevoegde minister twee gemotiveerde beslissingen.

De eerste betreft perceel 1; de opdracht wordt toegewezen aan de Etn. Pol Vanassche & Cie NV, te dezen tussenkomende partij.

Inzake de offerte van verzoekende partij wordt onder de rubriek ‘onderzoek van de regelmatigheid van de offerten-verplichte vereisten’ het volgende vermeld :

“De offerte van de firma Fire Technics N.V. voldoet niet aan de opgelegde verplichte vereisten om volgende redenen :

De firma Fire Technics N.V. wijzigt haar initiële offerte naar aanleiding van door de Administratie gestelde vragen betreffende punten 1.10.3.3, 1.12.24 en punt 1.13.4 van deel III “technische specificaties” van het bestek II/MAT/A26-173-06 en document 2 :

de vrije ruimte is verplaatst van achter de slangenhaspel in de pompkast naar de onderste linker materiaalkast.

de voertuigbatterijen op slede worden om conform te zijn met punt 1.10.3.3 van deel III “technische specificaties” van het bestek II/MAT/A26-173-06 nu ook ondergebracht in deze materieelkast. Hiervoor is deze materieelkast verlengd van oorspronkelijk 1155 mm naar 1455 mm”.

In het gunningsverslag wordt zulks als volgt verwoord :

“2. De firma FIRE TECHNICS :

is niet regelmatig daar:

Punt 1.10.3.3, punt 1.12.24, punt 1.13.4 en document 2 : In het antwoord door Fire Technics (ref. GDS/IV/235 in haar bijlage 11) op bijkomende vragen (ref. II/MAT/06-008185-00) over haar ingediende offerte, is de vrije ruimte in punt 1.12.24 verplaatst van achter de slangenhaspel in de pompkast naar de onderste linker materieelkast. De voertuigbatterijen op slede, om conform met punt 1.10.3.3 te zijn nml. ingebouwd in de superstructuur, worden nu ook ondergebracht in deze materieelkast. Hiervoor is deze materieelkast verlengd van oorspronkelijk 1155 mm (zie blz. 143 in offerte ref.: GDS/IV/215) naar 1455 mm (zie brief ref. GDS/IV/235 in bijlage 11)”.

De tweede beslissing betreft perceel 2; de opdracht wordt toegewezen aan de NV Vanassche Services.

Inzake de offerte van verzoekende partij wordt onder de rubriek ‘onderzoek van de regelmatigheid van de offerten-verplichte vereisten’ het volgende vermeld :

“De offerte van de firma Fire Technics N.V. voldoet niet aan de opgelegde verplichte vereisten om volgende redenen:

De firma Fire Technics N.V. wijzigt haar initiële offerte naar aanleiding van door de Administratie gestelde vragen betreffende punten 1.10.3.3, 1.12.24 en punt 1.13.4 van deel III “technische specificaties” van het bestek II/MAT/A26-173-06 en document 2 :

de vrije ruimte is verplaatst van bovenaan in de pompkast naar een onderste linker materiaalkast.

de voertuigbatterijen op slede, om conform te zijn met punt 1.10.3.3 van deel III ‘technische specificaties’ van het bestek II/MAT/A26-173-06, worden nu ook ondergebracht in deze materieelkast.

deze materieelkast is niet voorzien in de initiële offerte”.

In het gunningsverslag wordt zulks als volgt verwoord :

“2. De firma FIRE TECHNICS :

Is niet regelmatig daar :

Punt 1.10.3.3, punt 1.12.24, punt 1.13.4 en document 2 : In het antwoord door Fire Technics (ref. GDS/IV/235 in haar bijlage 11) op bijkomende vragen (ref.II/MAT/06-008185-00) over haar ingediende offerte, is de vrije ruimte in punt 1.12.24 verplaatst van bovenaan in de pompkast naar een onderste materiaalkast. De voertuigbatterijen op slede, om conform te zijn met punt 1.10.3.3 nml. ingebouwd in superstructuur, worden ook in deze materieelkast geplaatst.

De materieelkast (zie brief ref. GDS/IV/235 in bijlage 20) is niet voorzien in de initiële offerte (zie blzn. 127 en 141 in offerte ref. : GDS/IV/205”.

Verzoekende partij wordt met een brief van 25 oktober 2006 in kennis gesteld van deze bestreden beslissingen. De eerste bestrijdt zij met de voorliggende vordering. De tweede bestrijdt zij met een vordering tot schorsing in de zaak bij de Raad van State bekend onder rolnummer 178.161/XII-4909;

De voorwaarden tot schorsing

1. 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;

2.0. Overwegende dat prima facie aan de eerste en de derde voorwaarde lijkt voldaan zodat de tweede voorwaarde, het ernstig karakter van de middelen, dient te worden onderzocht; dat te dezen verzoekende partij echter niet minder dan elf middelen aanvoert; dat een dergelijk aantal middelen niet verenigbaar is met de procedure op de wijze van de uiterst dringende noodzakelijkheid waarin de Raad van State tot een snelle toetsing van een vordering wordt verplicht; dat de verwerende partij, onder verwijzing naar arrest nr. 121.690 van 15 juli 2003 hieromtrent zelfs een exceptie van niet - ontvankelijkheid inbrengt stellende dat verzoekende partij blijkbaar niet zelf overtuigd is van het kennelijk karakter van de onwettigheid van de bestreden beslissingen gelet op het aantal middelen zodat aldus op het eerste gezicht niet is voldaan aan de schorsingsvoorwaarden; dat voorts niet in elk middel even duidelijk de geschonden rechtsnorm wordt aangewezen en de wijze waarop deze zou zijn geschonden; dat de Raad van State zich te dezen dan ook zal beperken tot de voor de hand liggende grieven en mogelijke rechtsschendingen; dat immers blijkt dat de verwerende en de tussenkomenende partij zich substantieel hebben kunnen verweren en er voorts de context is van de verplichte toepassing van de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zoals opgelegd door artikel 21bis,§2, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;

2.1. Overwegende dat verzoekende partij in een eerste middel het volgende betoogt: de initiële offerte voldeed aan alle eisen; de minister had de initiële offerte dienen te beoordelen; door de beantwoording van de vragen is deze initiële offerte niet gewijzigd; indien verwerende partij vond dat de antwoorden op de vragen de initiële offerte hebben gewijzigd had ze dit aan verzoekende partij moeten mededelen en de initiële offerte behouden;

Overwegende dat met de verwerende partij lijkt te mogen worden aangenomen dat ze nooit heeft gevraagd aan verzoekende partij haar initiële offerte te wijzigen maar enkel bij toepassing van artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, de brief van 30 augustus 2006 geschreven heeft; dat dit artikel in zijn voorlaatste lid luidt als volgt :

“De aanbestedende overheid treedt slechts in contact met de inschrijvers indien zij de inhoud van hun offerte moeten preciseren of aanvullen”;

Overwegende dat te dezen de brief van verwerende partij van 30 augustus 2006 lijkt te zijn verstuurd met het oog op het onderzoek naar de regelmatigheid van de offerte van verzoekende partij; dat het immers blijkt aan de hand van de initiële offerte niet duidelijk was in hoeverre deze voldeed aan deel III van het bestek;

Overwegende dat de vergelijking van de tekeningen bij de offerte en bij de brief van 8 september 2006 lijkt aan te tonen dat de kast onder de tank links substantieel breder (van 1155 naar 1455 mm) en hoger (van 670 naar 770 mm) geworden is onder meer met het oog op het bergen van de batterijen; dat met andere woorden, als antwoord op de vraag van verwerende partij in haar brief van 30 augustus 2006 waar er plaats is in de superstructuur voor de batterijen, verzoekende partij niet die plaats aanwijst in de initiële offerte maar een nieuwe tekening indient met een gewijzigde kast onder de tank links: dat verzoekende partij moeilijk lijkt te kunnen staande houden dat deze tekening geen wijziging van de offerte zou zijn; dat, wetende dat er slechts één offerte en geen varianten mogelijk waren, het voor verzoekende partij duidelijk lijkt te moeten zijn geweest dat ze aldus handelend, een wijziging aanbracht aan haar offerte; dat nochtans inzake de opbergmogelijkheid voor de batterijen verwerende partij geen wijziging vroeg; dat verzoekende partij die wijziging op eigen initiatief heeft gedaan teneinde blijkbaar haar offerte te verbeteren en dit dus na de opening der offertes; dat zulks buiten het door artikel 115 toegestane “preciseren of aanvullen” valt; dat voorts verwerende partij zelf in haar brief van 30 augustus 2006 stelt dat de gevraagde informatie substantieel is; dat aldus uit het onderzoek van het eerste middel blijkt dat verzoekende partij haar initiële offerte lijkt te hebben gewijzigd en aldus in de huidige stand van de procedure lijkt te moeten worden beschouwd als een onregelmatige inschrijver want een inschrijver die in tegenstrijd met de substantiële bepaling uit het bestek die varianten verbiedt, twee offertes heeft ingediend; dat een dergelijke inschrijver geen belang heeft om een toewijzingsbeslissing zoals de bestreden beslissing in een gunningsprocedure aan te vechten, tenzij hij in een middel zou aanvoeren dat de procedure dermate is gevitieerd, dat aan geen enkele inschrijver had mogen worden toegewezen;

Overwegende dat de andere middelen van de verzoekende partij prima facie rechtstreeks of onrechtstreeks steunen op de grief uit het eerste middel

die niet door de Raad van State wordt aanvaard zodat zij geen afzonderlijk antwoord behoeven en voorts niet een dergelijke algemene draagwijdte lijken te hebben die zou kunnen leiden tot het gevitieerd zijn van de gehele procedure; dat dan nog enkel het negende middel moet worden onderzocht, dat een algemene strekking heeft, in zoverre daarin schending van artikel 21 bis van de voormelde wet van 24 december 1993 wordt aangevoerd doordat er geen kennisgeving is verricht van de motieven voor de verwerping van de offerte; dat dit middel echter niet ernstig is; dat immers gebreken in de kennisgeving van een bestreden beslissing niet de rechtmatigheid zelf van die beslissing kunnen aantasten;

Overwegende dat in de huidige stand van de procedure is gebleken dat de verzoekende partij niet op ontvankelijke wijze de nietigverklaring van de bestreden beslissing en dus evenmin de schorsing van haar tenuitvoerlegging kan vorderen; dat zulks ambtshalve moet worden vastgesteld,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Etn. Pol Van Assche & Cie 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 uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt uitgesteld.

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 eenentwintig november 2006, door :

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

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.