

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 167.543 van 6 februari 2007
in de zaak A. 180.338/XII-4991.**

In zake : de NV SCHINDLER,
die woonplaats kiest bij
advocaat L. Vanaverbeke,
kantoor houdende te Antwerpen,
Graanmarkt 2

tegen :

de STAD GENT,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe en N. Kiekens,
kantoor houdende te 1060 Brussel,
Henri Wafelaertsstraat 47-51.

tussenkommende partij :

de NV THYSSENKRUPP LIFTEN ASCENSEURS,
die woonplaats kiest bij
advocaat S. Lenaerts,
kantoor houdende te Halle,
K. Nerinckxlaan 63.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Schindler op 18 januari 2007 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing van het College van burgemeester en schepenen van de Stad Gent dd. 7 december 2006 waarbij de overheidsopdracht voor het onderhoud van liftinstallaties met als bestek 08914/01/00/00 wordt gegund aan de NV Thyssen Krupp Liften met maatschappelijke zetel te 1130 Haren, Dobbelenbergstraat 101-103, alsmede van de beslissing tot niet-gunning van deze overheidsopdracht aan de NV Schindler”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 19 januari 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 1 februari 2007, om 10.30 uur;

Gezien het op 30 januari 2007 ingediende verzoekschrift waarbij de NV Thyssenkrupp Liften Ascenseurs 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 D. De Keuster, die loco advocaat L. Vanaverbeke verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat N. Kiekens, die in eigen naam en tevens loco advocaat D. D'Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat R. Luyckx, die 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

Overwegende dat de gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat :

Volgens het toepasselijke bestek is het voorwerp van de in het geding zijnde opdracht “het nazicht en het onderhoud/standaardomwisseling van en de herstellingswerken aan de liftinstallaties in diverse stadsgebouwen, onderwijsinstellingen en sociale- en bejaardenwoningen”. De opdracht wordt begeven met de procedure van de openbare aanbesteding.

Inzake de kwalitatieve selectie wordt onder meer aangegeven (bestek, blz. 3) :

“Teneinde de technische bekwaamheid van de dienstverlener na te gaan moeten bij de offerte volgende documenten worden gevoegd :
- een getuigschrift dat de onderhoudsfirma ISO 9001:2000 gecertificeerd is.
[...]”.

Het bestek (blz. 4) vermeldt als stuk bij te voegen bij de offerte onder andere :

“- getuigschrift dat de onderhoudsfirma ISO 9001:2002 gecertificeerd is”.

De duur van de onderhoudsovereenkomst is één jaar.

Op 9 november 2006 grijpt de opening der offertes plaats.

Er zijn zes inschrijvers met volgende inschrijvingsbedragen, BTW niet inbegrepen :

NV Liften COOPMAN	209.821,04
NV SCHINDLER	97.497,23
NV THYSSEN KRUPP LIFTEN	82.711,00
NV KONE BELGIUM	93.051,00
NV TEM - TECHNILIFT	129.900,00
NV OTIS	98.335,00

Inschrijver en tussenkomende partij Thyssen voegde bij haar offerte ondertekend op 6 november 2006 een EN ISO 9001:2000 certificaat dat is uitgereikt op 1 december 2003 met als vervaldatum 30 november 2006.

In een faxbericht van 20 november 2006 meldt de bevoegde ambtenaar van de verwerende partij het volgende aan tussenkomende partij :

“Bij het administratief nazicht van hoger vermeld dossier werd het volgende bemerkt :

- één van de selectiecriteria is dat de firma in het bezit moet zijn van het certificaat ISO-9001-2000.

Uw certificaat is maar geldig tot 30 november 2006.

Gezien de diensten worden gepresteerd vanaf 1/1/2007 tot 31/12/2007 is het nodig dat uw firma ISO 9001-2000 gecertificeerd is voor deze periode.

Mag ik u vragen mij per kerende te laten weten welke stappen worden ondernomen om dit certificaat te verlengen en mij ten spoedigste een geldig certificaat te laten geworden gezien mijn bestuur bij het ontbreken van dergelijk certificaat uw offerte zal moeten weren ”.

In een brief van 21 november 2006 wordt geantwoord wat volgt :

“In antwoord op uw schrijven van 20 november ll. en ingevolge ons telefonisch onderhoud bevestigen wij U dat we positief beoordeeld zijn op 17 november ll. (audit).

Het nieuwe certificaat wordt u toegezonden van zodra in ontvangst (dit kan een paar weken duren, vermoedelijk midden december).

Indien U wenst kan U steeds contact opnemen met ‘Het Liftinstituut’ om dit te verifiëren.

Dhr. Beeckman (auditor) 0031 020 435 06 06 of Dhr. Ringnalda”.,

In het gunningsverslag wordt relaas gegeven betreffende het onderzoek naar de formele regelmatigheid (blz.2/6 en 3/6). Inzake de offerte van tussenkomende partij en bij het feit dat deze bij haar offerte een getuigschrift dat ze ISO 9001:2000 gecertificeerd is diende te voegen, wordt het volgende als opmerking geformuleerd bij de vaststelling “0” hetgeen staat voor “niet in orde”:

“(1) NV Thyssen Krupp, Liften voegde een getuigschrift ISO 9001:2000 gecertificeerd bij dat maar geldig is tot 30 november 2006.

Gezien de diensten starten op 1/1/2007 moet deze firma op dat moment ISO 9001:2000 gecertificeerd zijn.

Per fax werd gevraagd of de firma op dat moment een verlenging zal hebben van deze ISO certificatie.

In een schrijven d.d. 21 november 2006 deelde de firma mee dat zij positief beoordeeld zijn op 17 november 2006 door het liftinstituut.

Het certificaat wordt verwacht midden december 2006”.

Betreffende dezelfde problematiek wordt in het gunningsverslag bij twee andere inschrijvers vermeld wat volgt :

“(2) De NV Kone Belgium voegde een getuigschrift ISO 9001:2000 gecertificeerd bij dat maar geldig is tot 30 juni 2006.

Gezien deze NV niet in orde is met de ISO 9001:2000 op datum van inschrijving wordt de firma geweerd

en

“(4) De NV Otis voegde een getuigschrift ISO 9001:2000 gecertificeerd bij dat maar geldig is tot 28 september 2006.

Firma dient geweerd gezien ze niet conform is met de vereisten van het bestek”.

Als algemeen besluit stelt het gunningsverslag (blz. 6/6) :

“Weren offertes

Volgende offertes dienen geweerd gezien ze niet beantwoorden aan het gevraagde ISO 9001-2000

De NV Kone Belgium: certificaat maar geldig tot 30 juni 2006. Firma dient geweerd gezien ze op datum van inschrijving niet conform met de vereisten van het bestek

NV Otis: certificaat geldig tot 28 september 2006. Firma dient geweerd gezien ze op datum van inschrijving niet in orde zijn met de vereisten van het bestek.

Voorstel tot gunning:

Het onderhoud van de liftinstallaties ten behoeve van :
Departement Facility Management, Dienst gebouwen

Departement Onderwijs en Opvoeding, Technische Dienst Schoolgebouwen
Departement Bevolking en Welzijn, Dienst Huisvesting kan toevertrouwd worden aan de laagste regelmatige inschrijver zijnde de NV Thyssen Krupp liften, Dobbelenbergstraat 101-103 - 1130 Haren, mits de som van: 82.711,00 EUR + 17.369,31 EUR (21 % BTW) = 100.080,31 EUR. Deze firma dient op datum van 1 januari 2007 in het bezit te zijn van een geldig ISO-9001-2000 certificaat”.

Op 7 december 2006 beslist het college van burgemeester en schepenen van verwerende partij met de bestreden beslissing het gunningsverslag goed te keuren, de offertes van NV Otis en NV Kone te weren ‘daar ze niet beantwoorden aan de selectiecriteria met betrekking tot de ISO-9001-2000 certificatie’ aangezien “bij beide firma’s de geldigheidstermijn van het certificaat op datum van inschrijving reeds [was] verstreken”, en de opdracht toe te wijzen aan de “laagste regelmatige dienstverlener NV Thyssen Krupp Liften” eraan toevoegend: “De betrokken firma dient op 1 januari 2007 in regel te zijn met de ISO-9001-2000”.

Met een email-bericht van 19 december 2006 zendt tussenkomende partij de volgende boodschap aan verwerende partij :

“Zoals telefonisch afgesproken vindt u in bijlage ons Iso certificaat, ik stuur een origineel exemplaar na met de post”.

In bijlage steekt een certificaat INEN-EN-ISO 9001:2000 afgegeven door BV Liftinstituut te Amsterdam op 20 november 2006 en geldig tot 20 november 2009;

De grondvoorwaarden voor schorsing

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 verzoekende partij in een enig middel de schending aanvoert van artikel 15, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten

voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 110, § 2, 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 “de gelijkheid der inschrijvers”; dat zij daartoe betoogt dat de opdracht wordt gegund aan een inschrijver die initieel onregelmatig was en aan wie de mogelijkheid is geboden om de inschrijving na de indiening van de offerte te regulariseren hoewel de onregelmatigheid een essentieel voorschrift van het bestek betrof, voorts dat initieel verwerende partij de offerte van tussenkomende partij als formeel onregelmatig beschouwde aangezien het ISO certificaat een onvoldoende lange looptijd had waarvan in het gunningsverslag een “0”-score getuigde, dat deze inschrijver echter de gelegenheid kreeg om bijkomende documenten te verstrekken terwijl de regelmatigheid van een offerte moet worden beoordeeld voor alle offertes op grond van de offerte zelf en niet aan de hand van aanvullende verklaringen en ten slotte dat het te dezen wel degelijk een essentiële besteksbeplating betreft waarvoor geen regularisatie mogelijk is, verwerende partij trouwens de inschrijvers Otis en Kone als onregelmatig heeft geweerd wegens het ontbreken van een ISO-certificaat en dat het feit dat deze inschrijvers reeds toen ze hun offerte indienden geen geldend certificaat konden voorleggen, hieraan geen afbreuk doet aangezien, eenmaal verwerende partij een onregelmatigheid heeft vastgesteld, ze ernaar moet handelen;

Overwegende dat de in het geding zijnde besteksbeplating voorschrijft dat “teneinde de technische bekwaamheid van de dienstverlener na te gaan” bij de offerte onder meer een getuigschrift moet worden gevoegd “dat de onderhoudsfirma ISO 9001:2000 gecertificeerd is” ; dat tussenkomende partij aan dat voorschrift volledig lijkt te hebben voldaan door - hetgeen ook door verzoekende partij niet wordt betwist - het gevraagde getuigschrift met de offerte te hebben ingediend, uitgereikt op 1 december 2003 met vervaldatum 30 november 2006; dat in het gunningsverslag geen letterlijke interpretatie aan dat besteksvoorschrift lijkt te zijn gegeven maar een teleologische waarbij aan dat voorschrift blijkbaar de doelstelling werd verbonden dat op het moment van het starten van de diensten de gekozen inschrijver moet zijn gecertificeerd en daaruit de vraag aan tussenkomende partij voortvloeide naar de verlenging van haar getuigschrift; dat het voorschrift zoals dit werd geïnterpreteerd in het gunningsverslag aldus echter een ander voorschrift lijkt te worden dan datgene wat het bestek bevat en het erop lijkt dat tussenkomende partij, zelfs al had ze niet gezorgd voor een verlenging zonder tijdshiaat van het getuigschrift, zelfs dan niet had mogen worden uitgesloten op grond van het ontbreken van die verlenging; dat een dergelijke uitsluiting immer diende te steunen

op een besteksbe­paling die een getuigschrift eiste dat op het ogenblik van het starten van de werken nog geldig was; dat dergelijke besteksbe­paling nu juist niet voorhanden was; dat ten slotte de inschrijvers Otis en Kone daarentegen in een totaal andere situatie lijken te verkeren dan tussenkomende partij, nu ze bij hun offerte juist geen getuigschrift hebben gevoegd dat op het ogenblik van het indienen van hun offertes nog geldig was in weerwil van de toepasselijke besteksbe­paling; dat aldus geen schending van de in het middel genoemde bepalingen en van het gelijkheidsbeginsel voorhanden lijkt; dat dienvolgens het enig middel niet ernstig is;

Overwegende dat niet is voldaan aan de tweede van de door het voormelde artikel 17 voorgeschreven voorwaarden; dat die vaststelling volstaat om de vordering af te wijzen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Thyssenkrupp Liften Ascenseurs 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
zes februari 2007, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.