

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 168.570 van 6 maart 2007
in de zaak A. 181.060/XII-5030.**

In zake : de BVBA UNIFORM DIFFUSION,
die woonplaats kiest bij
advocaten J. Honnay en L. Van den Bon,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Keizerslaan 3

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Binnenlandse Zaken,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe en L. Schellekens,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de BVBA Uniform Diffusion op 15 februari 2007 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van “[d]e ‘tussentijdse gemotiveerde beslissing’ d.d. 5 februari 2007 van de directeur aankoopdienst van de federale politie, genomen bij delegatie van de Minister van Binnenlandse Zaken, waarbij de offerte van de verzoekende partij in het kader van de opdracht voor de levering van handboeien met scharnieren ten voordele van de geïntegreerde politie gestructureerd op twee niveaus als administratief ‘niet-conform’ wordt beschouwd (besteknummer DMA 2007 R3 075)”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 16 februari 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 27 februari 2007, om 10.30 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. Honnay, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat L. Schellekens, die loco advocaat D. D'Hooghe verschijnt voor de verwerende 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 :

1. Verwerende partij schrijft een opdracht uit “betreffende een meerjarige open overeenkomst van leveringen voor de aankoop van handboeien met scharnieren ten voordele van de geïntegreerde politie gestructureerd op twee niveau's”.

Volgens het toepasselijke bestek is de gunningswijze de algemene offerteaanvraag.

De overeenkomst heeft in principe een duur van vijf jaar, jaarlijks opzegbaar. De geschatte hoeveelheid te leveren handboeien voor de federale politie voor die vijf jaar is 13.524 stuks; de hoeveelheid voor de lokale politiezones kan niet ingeschat worden.

In bijlage B bij het bestek zijn de technische specificaties vervat.

Onder artikel 1.6 van het bestek wordt het volgende vermeld :

“1.6.1 Algemene regel

Krachtens artikel 103 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 mag iedere inschrijver slechts één offerte indienen per opdracht.

De offerte die aan alle technische specificaties van huidig bestek beantwoordt (minimale en andere voorwaarden) vormt de basisofferte.

De inschrijver moet op straffe van absolute nietigheid van de volledige inschrijving wel duidelijk vermelden welke offerte zijn basisofferte vormt.

1.6.2 Vrije varianten zijn beperkt in aantal

Het indienen van vrije varianten is toegestaan.

Onverminderd de offerte dewelke de basisofferte vormt, is het maximum aantal vrije varianten per inschrijver evenwel beperkt tot twee (2). Bij overschrijding van dit aantal zal enkel met de eventuele basisofferte rekening worden gehouden.

De regelmatige vrije varianten moeten krachtens artikel 16 van de wet beantwoorden aan de in de bijlage B met de technische specificaties op straffe van absolute nietigheid voorgeschreven minimumvoorwaarden (aangeduid met een asterisk) maar moeten wel geheel of gedeeltelijk afwijken van de met het bestek volledig conforme oplossing door niet te voldoen aan ten minste een technische specificatie die niet als minimumvoorwaarde is voorgeschreven.

De inschrijver zal in zijn offerte ook duidelijk vermelden van welke, niet minimale technische voorwaarden de eventuele voorgestelde vrije variante(n) afwijkt (afwijken).

Het doel van vrije variante(n) is om de inschrijvers toe te laten een voorstel in te dienen, dat technisch beter is dan wat gevraagd wordt in de technische specificaties. Daartoe dient de variante een kwaliteit te hebben die ten minste gelijkwaardig is aan de in het bestek gestelde eisen. De inschrijver dient in zijn offerte duidelijk te vermelden waarom zijn voorstel beter is dan het gevraagde. De aanbestedende overheid behoudt zich evenwel het recht voor een variante te weigeren die niet voldoet aan zijn technische en/of operationele behoeften.”;

De gunningscriteria zijn (artikel 10) :

- “- de prijs (35 %)
- treksterkte en weerstand tegen vervorming (13 %)
- hanteerbaarheid (12 %)
- gebruiksveiligheid (12 %)
- corrosiebestendigheid (10 %)
- conformiteit aan de functionele bescherming (6 %)
- gewicht (5 %)
- waarborgtermijn (5 %)
- hardheidstest (2 %)”;

Een aankondiging van opdracht blijkt gepubliceerd op 22 november 2006 in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen en op 23 november 2006 in het Bulletin der Aanbestedingen.

2. Verzoekende partij dient een offerte in die als datum 14 januari 2007 draagt.

Volgens haar bewoordingen bevat deze een basisofferte met handboeien uit HC-02W stainless steel (16 euro BTW niet inbegrepen) en een vrije variante met handboeien uit HC-03W carbon steel (9 euro BTW niet inbegrepen). Bij die variante wordt vermeld : “afwijking t.o.v. punt(en) materiaal van de technische specificaties”.

Verzoekende partij vermeldt ook :

“Ik moet tot mijn spijt melden dat er geen technische fiche en schetsen gegeven worden door de fabrikant, dit kan wel goedgeemaakt worden door een bezoek aan de fabriek”.

Voorts stelt verzoekende partij in de technische fiches dat de handboeien vervaardigd voor 100 % uit carbon steel geen corrosie vertonen na 24 u terwijl deze vervaardigd voor 100 % uit stainless steel geen corrosie vertonen na 72 u, dit alles volgens de NBN EN ISO 7253.

3. Op 2 februari 2007 wordt een tussentijds gunningsverslag opgesteld.

Acht inschrijvers blijken offertes te hebben ingediend.

Vier inschrijvers worden in dit verslag onregelmatig verklaard. Verzoekende partij en twee andere inschrijvers om dezelfde reden namelijk dat de variante die ze indienden naast hun basisofferte, op geen enkele technische vereiste van het bestek afwijkt waardoor vastgesteld wordt dat er twee identieke offertes worden ingediend wat verboden is in punt 1.6. van het bestek.

Een vierde inschrijver wordt onregelmatig verklaard omdat zijn offerte met prijsvermelding niet ondertekend is.

Bij de vier overige inschrijvers wordt vastgesteld dat hun offertes niet voldoen aan punt 5.3.3. van het bestek namelijk dat de technische bekwaamheid dient bewezen te worden met twee referenties van leveringen boven de 67.000 euro zonder BTW. Nochtans wordt hier het volgende besloten :

“Teneinde de gelijkheid van de inschrijvers te respecteren en met het oog op het versterken van de mededinging werd, op basis van het punt 3.6 van de omzendbrief van 10 februari 1998 betreffende de kwalitatieve selectie (bijgevoegd in deze fiche), door de aanbestedende overheid beslist om deze inschrijvers uit te nodigen om hun offerte met de gevraagde referenties in het punt 5.3.3 van het bestek te vervolledigen”.

Als besluit wordt voorgesteld de eerste vier inschrijvers “als administratief niet-conform” te beschouwen en er bijgevolg geen rekening meer mee te houden.

Met een brief van 5 februari 2007, verstuurd op 6 februari 2007, schrijft verwerende partij aan verzoekende partij :

“In toepassing van artikel 51 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, moet ik u met spijt melden dat uw offerte als administratief niet-conform beschouwd wordt.
[...]

De gunningsbeslissing van het bovenvermeld dossier is het voorwerp van een gemotiveerde beslissing waarvan een afschrift als bijlage is gevoegd”;

De bestreden beslissing luidt als volgt :

“1 Motivatie in feite

Ter gelegenheid van de controle van de administratieve conformiteit van uw offerte heeft de aanbestedende overheid vastgesteld dat uw firma twee (2) voorstellen heeft gedaan, namelijk : één basisofferte en één vrije variante. Zowel de basisofferte als de vrije variante beantwoorden volledig aan alle technische vereisten van het bestek. Er is geen enkel technische vereiste in het bestek waarop de vrije variante afwijkt, dit ondanks het feit dat u een afwijking op het vlak van ‘materiaal’ opgeeft.

Uw firma heeft hierdoor twee (2) offertes ingediend, hetgeen niet conform is met het punt 1.6. van het bestek. Bijgevolg zal uw inschrijving, in zijn geheel, niet meer in aanmerking genomen worden voor de verdere verloop van de procedure.

2 Motivatie in rechte

Krachtens

- de van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;
- het artikel 103 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 aankondiging van opdracht nr 2006/S222-238374 gepubliceerd op 22 november 2006 in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen en nr N 016522 op 23 november 2006 in het Bulletin der Aanbestedingen;
- het bestek nr DMA 2007 R3 075 betreffende de aankoop van handboeien met scharnieren ten voordele van de geïntegreerde politie gestructureerd op twee niveau's;

beslis ik

Ingevolge het bovenvermelde beslis ik uw offerte als administratief niet-conform te beschouwen. Uw offerte zal bijgevolg niet meer in aanmerking genomen worden voor de toewijzing van de overeenkomst”.

5. Hierop schrijft verzoekende partij aan verwerende partij in een brief van 12 februari 2007 het volgende :

“Ik neem kennis van uw schrijven van 05/02/07 en moet u melden dat ik het NIET eens ben met uw beslissing aangaande
[...] en dit om volgende reden :

Onze aanbieding bestaat uit 2 verschillende metaalsoorten zijnde; Basis offerte bestaand uit ‘Stainless Steel’ en de variante bestaat uit “Carbon Steel” dit zijn

twee VERSCHILLENDE materialen en dus is er WEL een verschil tussen de twee aangeboden producten.

Dit wordt trouwens vermeld op de twee technische fiches, door het gebruik van twee verschillende staal soorten is er ook een gewichtsverschil !!

Dus de handboeien zijn verschillend t.o.v. punt 3.3 (materiaal = 2 verschillende soorten) v/d technische specificatie en op punt 3.4 gewicht v/d handboeien zijnde basis model weegt 364 gr en de variante weegt 314 gr , er is dus ook hier een verschil .

Vandaar dat ik uw tussentijdse gemotiveerde beslissing NIET kan aanvaarden en als goed beheerder ben ik dan ook verplicht om via dit schrijven uw diensten te melden dat ik BEROEP zal aantekenen bij een rechtscollège”;

De grondvoorwaarden voor schorsing

8. 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;

8.1. Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat verzoekende partij een eerste middel steunt op de schending “van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten [...], van artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van de artikelen 2 en 3 van de wet dd. 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel, doordat de offerte van de verzoekende partij in haar geheel werd geweerd, omdat de door de verzoekende partij voorgestelde vrije variante niet in overeenstemming zou zijn met de voorwaarden van het bestek, terwijl de onregelmatigheid van de basisofferte op zichzelf beschouwd niet wordt aangevoerd in de bestreden beslissing, maar uitsluitend wordt afgeleid uit de onregelmatigheid van de vrije variante, en de indiening van een vrije variante die als onregelmatig wordt beschouwd niet de onregelmatigheid van de basisofferte tot gevolg heeft, vermits de basisofferte en de vrije variante elk op zichzelf bestaan”;

Overwegende dat zij daartoe nader betoogt dat zij in haar offerte een duidelijk onderscheid tussen basisofferte en variante heeft gemaakt, dat dit ook verplicht was volgens het bestek dat onder punt 1.6 stelde dat zo dat onderscheid in de offerte niet was aangegeven de volledige inschrijving absoluut nietig was, dat verwerende partij dan stelt dat de variante voldoet aan alle technische specificaties daar waar een variante niet mag voldoen aan tenminste een technische specificatie die niet als minimumvoorwaarde is voorgeschreven, dat verwerende partij hieruit besluit dat de gehele inschrijving niet conform is, dat artikel 16 van de voornoemde wet stelt dat de opdracht wordt toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indient, dat dit zowel de basisofferte als de variante kan zijn, dat een onregelmatigheid klevend aan de variante niet de onregelmatigheid van de basisofferte kan meebrengen, dat ook in het bestek zelf staat dat uitdrukkelijk aangegeven dient te worden wat de variante is en wat de basisofferte is op straffe van absolute nietigheid, dat zulks niet zinvol zou zijn indien de onregelmatigheid van de variante toch automatisch zou leiden tot de onregelmatigheid van de basisofferte, dat basisofferte en variante op zichzelf staan, dat rechtspraak en rechtsleer bevestigen dat zo een variante, vrij of verplicht, onregelmatig is, enkel met die variante geen rekening moet worden gehouden, dat de handelwijze van verwerende partij strijdig is met het gelijkheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel en dat ten slotte uit de bestreden beslissing ook niet de motieven blijken voor de gevoerde werkwijze;

8.2. Overwegende dat verwerende partij tegenwerpt dat als algemeen beginsel in overheidsopdrachten geldt dat er slechts één offerte per inschrijver mag worden ingediend, dat zulks nog eens met zoveel woorden hernomen wordt in besteksbepaling 1.6.1., dat reeds vóór het reglementair verboden werd bij artikel 103 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 om meer dan één offerte in te dienen, de Raad van State in zijn rechtspraak uit bepaalde beginselen zoals het gelijkheidsbeginsel en het best offer beginsel dit principe reeds had afgeleid, dat er, zoals te dezen, wel mogelijkheid is tot indiening van een vrije variante, dat deze vrije varianten dienen te beantwoorden aan de minimumvoorwaarden vermeld in het bestek, te dezen besteksbepaling 1.6.2. op grond waarvan vrije varianten moeten afwijken van de technische specificaties die niet als minimumvoorwaarden zijn voorgeschreven in het bestek, dat verzoekende partij als basisofferte handboeien vervaardigd uit stainless steel heeft voorgesteld, als vrije variante handboeien vervaardigd uit carbon steel, dat deze inschrijvingen echter allebei volledig aan de technische vereisten van het bestek beantwoorden, dat het

feit dat de handboeien uit een ander materiaal vervaardigd zijn geen afwijking is van de technische specificatie, dat verzoekende partij dit trouwens niet betwist, dat het feit dat ze verschillen inzake corrosiebestendigheid en naar gewicht evenmin een dergelijke afwijking inhoudt, dat dienvolgens verzoekende partij in wezen twee basisoffertes heeft ingediend, dat de zogenaamde vrije variëte die verzoekende partij heeft ingediend gewoonweg een basisofferte is, dat de redenering van verzoekende partij dat het zou gaan om een onregelmatige vrije variëte en dat dus enkel die variëte onregelmatig mocht worden verklaard, onjuist is, dat zulks ook correct wordt verwoord in de bestreden beslissing wat het verwijt van een motiveringsgebrek ontkracht;

8.3. Overwegende dat verwerende partij een correct onderscheid lijkt te maken; dat de zogenoemde variëte van verzoekende partij geen variëte lijkt waarin het bestek voorziet maar een tweede basisofferte; dat voornoemd artikel 103 voorschrijft dat, ongeacht eventuele varianten iedere inschrijver slechts één offerte mag indienen per opdracht; dat twee basisoffertes indienen dienvolgens niet is toegelaten; dat verzoekende partij in geen enkel geval lijkt aan te tonen dat ze een variëte heeft ingediend zoals het bestek die verstaat; dat zij niet aantoont op welk punt haar variëte onregelmatig zou zijn die bijvoorbeeld afwijkt van een essentieel technisch criterium; dat verzoekende partij geen variëte lijkt te hebben ingediend doch een offerte, onder de mom van vrije variëte, die net als wat ze betitelt als haar basisofferte, kan doorgaan als een basisofferte; dat het daarbij niet relevant is dat verzoekende partij zelf op haar offerte heeft vermeld dat het een variëte betreft en geen basisofferte; dat overigens verzoekende partij ook op de offerte niet helemaal lijkt te verduidelijken om welke reden haar zogenoemde vrije variëte die omzeggens maar de helft kost van de basisofferte, technisch beter zou zijn, zoals het bestek onder zijn punt 1.6.2. vereist; dat het middel niet ernstig is;

9.1. Overwegende dat verzoekende partij in een tweede middel de schending aanvoert van “de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het redelijkheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel, doordat het bestek oplegt dat vrije varianten een kwaliteit moeten hebben die minstens gelijkwaardig is aan de in het bestek gestelde eisen, maar die geheel of gedeeltelijk dienen af te wijken van de met het bestek volledig conforme oplossing door niet te voldoen aan ten minste één technische specificatie die niet als minimumvoorwaarde is voorgeschreven, en de technische specificaties die niet als minimumvoorwaarde worden voorgeschreven in het bestek op een dermate positieve, algemene en vage wijze omschreven worden,

dat het feitelijk onmogelijk is om varianten in te dienen die een gelijkwaardige kwaliteit kunnen garanderen, terwijl een vrije variante niet als onregelmatig mag worden geweerd op basis van een voorwaarde in het bestek die kennelijk onredelijk is”; dat daartoe nader wordt betoogd dat dergelijke besteksvereiste kennelijk onredelijk is en dat dergelijk vereiste in het bestek opnemen strijdt met het zorgvuldigheidsbeginsel;

9.2. Overwegende dat hiervoor het eerste middel niet ernstig is bevonden; dat aldus in de huidige stand van de procedure dient te worden aangenomen dat verzoekende partij twee basisoffertes heeft ingediend hetgeen hoe dan ook verboden was; dat de omstandigheid dat het tweede middel ernstig zou zijn, en er dus in de huidige stand van de procedure zou aangenomen worden dat een vrije variante niet mogelijk was op basis van de klacht over te vage technische besteksbepalingen, er niet toe lijkt te kunnen leiden dat verzoekende partij alsdan toch gerechtigd was een tweede basisofferte in te dienen; dat verzoekende partij geen regelmatige offertes indiende en dienvolgens geen belang heeft bij de gevraagde nietigverklaring op grond van het tweede middel zodat evenmin de gevraagde schorsing kan steunen op dat middel;

10. 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.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 2.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
zes maart 2007, door :

de HH. D. VERBIEST,
F. BONTINCK,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

D. VERBIEST.