RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 182.931 van 15 mei 2008
in de zaak A. 139.045/XII-3900.

In zake : de NV VME (in faillissement),
die woonplaats kiest bij
advocaat J. de Chaffoy de Courcelles, curator,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Kunstlaan 24, bus 9

tegen :

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK WELZIJN VAN DE STAD TURNHOUT.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV VME op 10 juli 2003 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van "de beslissing van het Bijzonder Beheerscomité van het St-Elisabethziekenhuis te Turnhout van 8 april 2003 waarbij in het kader van een algemene offertevraag beslist werd tot toewijzing aan de N.V. Treco, gevestigd te Overijse van het perceel UPS van project 1bis-projectfase 2 : technische uitrusting van het St-Elisabethziekenhuis, TU 03.2 : roterend noodaggregaat", "inclusief het toewijzingsverslag van studiebureau De Klerck dd. 14.01.2003";

Gelet op het arrest nr. 125.033 van 4 november 2003 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting van het geding van 18 december 2003 ingediend door de verzoekende partij;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de mededeling aan partijen en gezien de laatste memorie van de verzoekende partij, met verklaring van hervatting van het rechtsgeding;

Gelet op de beschikking van 14 september 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 6 november 2007;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J.-F. De Chaffoy, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat T. Valgaeren, die loco advocaten J. en G. Heerman verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. De verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit betreffende een roterend noodaggregaat bestemd voor het St.- Elisabethziekenhuis te Turnhout.

2. In het toepasselijke bestek worden de gunningscriteria als volgt omschreven :

> "Artikel 115
> Op deze opdracht zijn volgende gunningscriteria van toepassing :
> '1. de prijs 40%
> De berekening van de punten zal gebeuren volgens volgende formule :
> [...]
> 2. bedrijfszekerheid 30%
> De inschrijver bevestigt kennis genomen te hebben van onderstaande opgelegde penalisaties en stelt zo gewenst een afwijkende boete voor
> a) een basisboete per uitval of defect : 2500,00
> b) een boete per verbruikt kWh dat niet via de ups geleverd wordt van 20,00
> c) een boete per 15 minuten dat de installatie niet werkt van 500,00.
> Indien afwijkende bedragen voorgesteld worden, worden deze in meer of min gevalorizeerd, door per subpenalisatie 10 punten toe te kennen aan het vooropgestelde bedrag door de ontwerper, het verschil tussen ontwerper en

inschrijver te delen door 10 en dit resultaat op te tellen of af te trekken van de basispunten.
3. Technische kwaliteit zal aangetoond worden door het bewijs te leveren over volgende referenties 20%
* Heeft meer dan 10 jaar ervaring in het ontwerp, de bouw, de levering en de installatie van roterende UPS-systemen
* Is in staat deze ervaring aan te tonen door middel van minstens 10 referenties van bestaande installaties, die minsten 5 jaar in bedrijf zijn
* Is in staat deze ervaring aan te tonen door middel van referenties van bestaande installaties met een UPS-vermogen minstens gelijk aan 1000kVA, gerealiseerd door 1 enkele unit
* Is in staat deze ervaring aan te tonen door middel van referenties van bestaande installaties, waar de last minstens 2 MVA bedraagt.
4. Onderhoudscontract
De inschrijver moet een onderhoudscontract voorstellen voor een omnium onderhoud met duidelijke vermelding welke prestaties en materialen inbegrepen zijn :
- het aantal beurten per jaar.
- de financiële tussenkomst bij iedere faling."

3. Inzake varianten vermeldt het bestek :

"Artikel 113
Er zijn varianten, zie art. 115".

4. Onder de technische bepalingen wordt in het bestek (blz. 27) onder meer bepaald :

"2.2 Systeemontwerp
Het dynamisch UPS systeem wordt opgebouwd uit beproefde roterende componenten en bestaat, in basis, uit een dieselmotor, een kinetische opslag van energie, een generator en een spoel.
Het gebruik van batterijen als alternatief voor de opslag onder kinetische vorm van energie wordt niet geaccepteerd.
Het gebruik van solid-state energieomzetters als alternatief voor de opslag onder kinetische vorm van energie wordt niet geaccepteerd.
[...]".

5. Vijf offertes worden ingediend, waaronder die van de verzoekende partij, de NV Vanparijs-Maes Energie (VME).

6. Het studiebureau De Klerck stelt op 14 januari 2003 een verslag op waarin de offertes onder meer geëvalueerd worden, aan de hand van de gunningscriteria : de NV Treco behaalt de meeste punten, de verzoekende partij is tweede. Voorgesteld wordt de opdracht toe te wijzen aan de NV Treco voor een verbeterd bedrag van 557.456,54 euro, BTW niet inbegrepen.

7. Het bijzonder beheerscomité van het Sint-Elisabethziekenhuis beslist op 8 april 2003 de opdracht toe te wijzen aan de NV Treco zoals door voormeld studiebureau voorgesteld in zijn verslag.

8. Met een brief van 13 juni 2003 wordt aan de verzoekende partij medegedeeld dat haar offerte niet is gekozen.

9. De verzoekende partij dient bij brief van 22 september 2003 bezwaar in tegen de toewijzingsbeslissing bij de gouverneur van de provincie Antwerpen.

In een ambtelijke nota aan de gouverneur (stuk 11 van de verzoekende partij) van 3 november 2003 van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Binnenlandse aangelegenheden Antwerpen, met V. Volders als contactpersoon, wordt onder meer gesteld :

> "Conformiteit met de bestekbepalingen
> In het tweede middel voert VME aan dat de offerte van Treco manifest onregelmatig is 'gelet op de belangrijke afwijking op technisch vlak van bindende en essentiële besteksbepalingen'. De klager gaat daarbij - ons inziens verkeerdelijk - uit van een 'verbod van vrije varianten'.
> Vrije varianten en beperkingen erop
> Overeenkomstig artikel 16 van de wet op de overheidsopdrachten en artikel 115 van het KB van 8 januari 1996, zijn vrije varianten bij een offerteaanvraag toegestaan -en moet het bestuur ze dus in overweging nemen- tenzij de aankondiging van de opdracht of het bestek ze uitdrukkelijk verbiedt.
> In casu worden varianten niet verboden. Op p. 12 van het bestek wordt zelfs uitdrukkelijk voorzien dat er varianten zijn.
> Het voorgaande neemt niet weg dat het bestek - in overeenstemming met art. 16 Wet Overheidsopdrachten - minimumvoorwaarden voor de vrije varianten vastlegt. Zo wordt 'het gebruik van solid-state energieomzetters als alternatief voor de opslag onder kinetische vorm van energie' niet geaccepteerd (bestek p. 27).
> Na advies van de dienstWerken en Infrastructuur te hebben ingewonnen, is onze dienst tot de conclusie gekomen dat de offerte van Treco nv.
> Inderdaad niet conform is met deze minimumvoorwaarden.
> Substantiële onregelmatigheid
> De Raad van State stelde in een arrest van 1993 dat in het kader van offerte-aanvragen de inschrijvers suggesties mogen doen die niet conform zijn met het bijzonder bestek zodra dit niet door datzelfde bestek verboden is, voor zover de vastgestelde afwijkingen niet terecht als substantieel kunnen worden bestempeld.
> In casu lijkt er ons geen andere interpretatie mogelijk dan dat tenminste de besteksbepalingen die bepaalde variaties of alternatieven expliciet uitsluiten, als essentieel moeten worden beschouwd.
> Inschrijvingen die door een substantiële onregelmatigheid zijn aangetast, zijn absoluut nietig. Het bestuur mag ze hoe dan ook niet in aanmerking nemen. De inschrijving van Treco nv. had dus nooit de eindmeet mogen halen.";

10. Met zijn besluit van 13 november 2003 schorst de Gouverneur de toewijzingsbeslissing. Het luidt als volgt :

"Gelet op het besluit van 8 april 2003 van het bijzonder beheerscomité van het Sint-Elisabethziekenhuis van Turnhout, dat ik heb ontvangen op 15 oktober 2003 en dat handelt over de gunning, na algemene offerteaanvraag, van de opdracht tot het leveren, installeren en onderhouden van een roterend UPS - systeem aan de n.v. Treco uit Overijse voor de prijs van € 557.456,54, exclusief btw;
Gelet op de brief van 22 september 2003, waarmee de n.v. Vanparijs-Maes Energie (VME) uit Hoegaarden bezwaar indiende tegen de voormelde toewijzingsbeslissing van 8 april 2003 van het bijzonder beheerscomité;
Gelet op het aangetekend schrijven van 13 oktober 2003, waarmee het OCMW Van Turnhout, op verzoek van mijn ambt, het dossier betreffende bovenvermelde opdracht samen met zijn standpunt inzond;
Overwegende dat de klager beweert dat de offerte van de n.v. Treco onregelmatig is, daar zij afwijkt van bindende en essentiële besteksbepalingen;
Overwegende dat de provinciale dienst Werken en Infrastructuur, na vergelijkend onderzoek van de offertes van klager en van de n.v. Treco, in zijn advies van 4 november 2003 bevestigt dat het door laatstgenoemde vennootschap aangeboden systeem niet beantwoordt aan de technische bepalingen van het bestek;
Overwegende dat de technische specificaties volgens artikel 83 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken tot de essentiële voorwaarden van de opdracht moeten worden gerekend;
Overwegende dat elke offerte waarin afgeweken wordt van de essentiële bepalingen van het bestek, volgens artikel 110, §2 van voormeld koninklijk besluit als nietig moet worden beschouwd;
Overwegende dat de offerte van de n.v. Treco door het bijzonder beheerscomité bijgevolg ten onrechte als regelmatige inschrijving werd weerhouden;
Overwegende dat de ingekomen offertes door het studiebureau De Klerck n.v. onderling vergeleken en geëvalueerd werden op basis van de in het bestek voorziene gunningscriteria;
Overwegende dat onder het derde gunningscriterium (de technische kwaliteit) wordt geëist dat de inschrijvers referenties voorleggen waaruit hun ervaring blijkt;
Overwegende dat noch de ervaring, noch de referenties als gunningscriteria kunnen worden beschouwd, maar in feite kwalitatieve selectiecriteria zijn;
Overwegende dat gunningscriteria bestemd zijn om de intrinsieke waarde van de offerte te beoordelen, terwijl de kwalitatieve selectiecriteria betrekking hebben op de persoon van de inschrijver;
Overwegende dat het besluit van 8 april 2003 van het bijzonder beheerscomité strijdig is met artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en met 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;
Gelet op artikel 112 van de organieke wet van 8 Juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn;
BESLUIT:
Het bovenvermelde besluit van 8 april 2003 van het bijzonder beheerscomité van het Sint- Elisabethziekenhuis van Turnhout wordt in zijn uitvoering geschorst.
Antwerpen, 13 november 2003

De Gouverneur,
C. Paulus".

11. De verwerende partij legt als stuk 10 bij haar memorie van antwoord een brief neer van 19 december 2003 van ir. Callaert van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, afdeling Gesubsidieerde Infrastructuur, gericht aan V. Volders, verantwoordelijke voor de voormelde nota aan de gouverneur. Daarin wordt onder andere gesteld :

"Conformiteit met de besteksbepalingen
Uit de informatie, waarover ik beschik, blijkt dat verwezen wordt naar de volgende omschrijving in het lastenboek : 'het gebruik van solid-state energieomzetters als alternatief voor de opslag onder kinetische vorm van energie' wordt niet geaccepteerd.
(Hierbij dient er op gewezen te worden dat Solid-State energieomzetters systemen zijn waar geen bewegende delen aan te pas komen.
M.a.w. de solid-state energieomzetters maken gebruik van batterijen of scheikundige processen.
Geen van beide offertes maakt gebruik van een Solid-State energieomzetter vermits beide inschrijvingen gebaseerd zijn op een energieomzetting waarbij gebruik gemaakt wordt van draaiende vliegwielen).
Blijkbaar werd in het advies van 4 nov. 2003 van de Provinciale Dienst een verkeerde interpretatie gegeven aan het begrip Solid-State waarbij foutief geconcludeerd werd dat de inschrijving van de firma Treco niet zou voldoen aan de vereiste minimumvoorwaarden.
Als gevolg hiervan werd dan eveneens foutief geconcludeerd dat de inschrijving van Treco substantieel onregelmatig zou zijn.
Bovendien wordt op geen enkele wijze aangetoond op basis van welke elementen de offerte van Treco als niet conform aan de technische specificaties wordt beschouwd".

12. Het bijzonder beheerscomité beslist op 4 februari 2004 de beslissing van 8 april 2003 te handhaven op grond van een motivatienota (stukken opgevraagd door het auditoraat) die onder meer luidt als volgt :

"De noodstroomvoorziening van het ziekenhuis dient dringend gemoderniseerd te worden.
De bestaande generator dateert van de jaren zestig en heeft slechts een vermogen van 250 kVA, terwijl het ziekenhuis een geïnstalleerd vermogen heeft van 1000 kVA.
Een UPS kan op twee manieren gerealiseerd worden. Ofwel wordt energie opgeslagen in batterijen ofwel in de vorm van kinetische energie. Batterijen hebben de eigenschap hun capaciteit te verliezen, en dit op een moeilijk op te merken manier. Dit maakt dat een UPS met batterijen niet de gewenste betrouwbaarheid geeft. Opslag van energie onder kinetische vorm leek het beste alternatief.
Omdat het voor het OCMW een totaal onbekende technologie was werd een bezoek gebracht aan een site waar een dergelijk systeem stond opgesteld. Tijdens dit bezoek viel de enorme lawaaiproductie en de moeilijkheden bij het

onderhoud ervan op. Tevens lukte de inwerkingstelling van de installatie niet en bij vertrek (7 uur later) was het defect nog niet steeds niet hersteld.
Het resultaat van dit bezoek was dat aan de puur technische beschrijving van de installatie volgende zaken moesten worden toegevoegd :
Een toewijzing zonder een installatie in werking te hebben gezien leek ons niet verantwoord. Referenties werd dus een gunningcriterium, dit leek ons zeer belangrijk.
De inschrijvers zouden in hun inschrijving de onderhoudsmodaliteiten moeten opgeven, dit om de complexiteit ervan te kunnen inschatten. In de lastvoorwaarden wordt ook veel aandacht gegeven aan de geluidsisolatie. Om inzicht te krijgen in de mate waarin de inschrijver vertrouwen heeft in zijn installatie werd gevraagd dat de inschrijver zichzelf een boete zou opleggen per tijdseenheid dat de groep onbeschikbaar zou zijn en per energie-eenheid die niet zou kunnen geleverd worden. Het studiebureau stelde daar een bedrag bij voor, een hoger bedrag zou leiden tot een hogere score, een lager bedrag tot een lagere score.
Met deze lastvoorwaarden werd in aanbesteding gegaan: een algemene offerteaanvraag. Zodat ook meteen varianten konden worden ingediend. Het is dus niet zo dat automatisch wordt toegewezen aan de installatie die de beschrijving van het lastenboek het best benadert.
Op een o.i. correcte wijze en op advies van studiebureau De Klerck werd de installatie van de UPS toegewezen aan de inschrijver met de hoogste quotering na toepassing van alle gunningscriteria. De verschillende mededingers werden in kennis gesteld van de niet-toewijzing.
[...]
Motivatie ter rechtvaardiging van het genomen besluit
> De offerte van de firma Treco is wel degelijk conform de besteksbepalingen:
Bij een algemene offerteaanvraag wordt een functioneel bestek opgesteld dat de vraag beschrijft en de functionaliteiten waaraan de voorgestelde oplossing moet beantwoorden. Hierbij is het indienen van varianten toegestaan (dit in tegenstelling tot een bestek van een aanbesteding waar het om een resultaatbestek gaat en het bestek m.a.w. slechts één volledige omschreven technische oplossing oplegt). In de lastvoorwaarden werd uitdrukkelijk de mogelijkheid voorzien om varianten in te dienen.
Als minimumvoorwaarde voor vrije varianten werd in de lastvoorwaarden het gebruik van solid-state energieomzetters als alternatief voor de opslag onder kinetische vorm van energie niet geaccepteerd. In het aangeboden systeem van de firma Treco wordt de energie opgeslagen in draaiende vliegwielen op een volledig dynamische en mechanische manier. Bij solid-state energieomzetters systemen daarentegen wordt geen gebruik gemaakt van bewegende delen, maar wel van batterijen of chemische processen. in het door Treco aangeboden systeem is dus wel degelijk sprake van energieopslag onder kinetische vorm.
Tot deze conclusie komt zowel ir. Callaert, dienst AOGGI Vlaamse Gemeenschap in een schrijven aan de Afdeling Binnenlandse aangelegenheden dd. 19/12/2003 (zie bijlage 2) als de heer G. De Klerck in een meer gedetailleerde, technische nota over deze problematiek (zie bijlage 3).
[...]".

13. De bevoegde Minister deelt met een brief van 1 april 2004 aan de verwerende partij mee besloten te hebben geen toezichtsmaatregel te moeten treffen tegen de toewijzingsbeslissing.

De ontvankelijkheid

14. De verzoekende partij stelt dat haar beroep eveneens gericht is tegen het verslag van het studiebureau De Klerck. Ambtshalve wordt vastgesteld dat het beroep in zoverre niet ontvankelijk is aangezien dergelijk verslag een louter voorbereidende handeling van de toewijzingsbeslissing is, die niet vatbaar is voor de in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bedoelde nietigverklaring.

15. De verwerende partij betwist in een exceptie het belang van de verzoekende partij.

In het auditoraatsverslag wordt die exceptie op uitvoerig beargumenteerde wijze afgewezen als niet gegrond. De verwerende partij heeft niet de kans te baat genomen om dat standpunt te weerleggen, nu ze geen laatste memorie heeft neergelegd, het in de procedureregeling geëigende stuk om zulks te doen. Er wordt aangenomen dat ze niet langer aandringt op de exceptie.

De gegrondheid van het beroep

Stellingen van de partijen

16. De verzoekende partij voert in haar inleidend verzoekschrift de volgende drie middelen aan :

> "Eerste middel :
> Schending van de essentiële bepalingen van het bestek, schending van art. 110 en art. 89 van het KB nr. 1 betreffende de overheidsopdrachten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken doordat de bestreden beslissing de opdracht toewijst aan de N.V. Treco dewelke gebruik maakte van Caterpillar-techniek terwijl deze Caterpillar-techniek geenszins voldoet aan de technische voorschriften dewelke in het bestek zijn voorgeschreven;
> Toelichting :
> In het bestek wordt op meerdere plaatsen duidelijk gesteld dat het dient te gaan om een dynamisch UPS systeem dat zal opgebouwd zijn in overeenstemming met de plans en zal bestaan uit :
> 1 x 1000 kVA UPS (zie bestek blz. 22 onder punt 1.3 leveringsomvang);
> Dat op blz. 27 van het bestek onder punt 2.2 'systeemontwerp' wordt gesteld : 'Het dynamisch UPS systeem wordt opgebouwd uit beproefde roterende componenten en bestaat in basis, uit een dieselmotor, een kinetische opslag van energie, een generator en een spoel. Het gebruik van batterijen als alternatief voor de opslag onder kinetische vorm van energie wordt niet geaccepteerd. Het

gebruik van solid-state energieomzetters als alternatief voor de opslag onder kinetische vorm van energie wordt niet geaccepteerd'.
Dat bovendien de werking van het systeem in paragraaf 2.3 op blz 27 omstandig wordt beschreven. Uit de werkingsbeschrijving blijkt dat zowel de korte termijn back-up (minder dan 10 seconden) als de lange termijn back-up (meerdere seconden, tot uren of dagen) door hetzelfde aggregaat geleverd worden. Samengevat komt het er op neer, conform punt 3.7 blz 30 van het bestek, dat een roterend UPS systeem gevraagd wordt waarvan het aggregaat uitgevoerd is met en opgesteld in die volgorde langs een horizontale as : een dieselmotor, een koppeling, een kinetische energieopslag en een generator.
In tegenstelling tot deze bepalingen maakt de N.V. Treco gebruik van Caterpillar-techniek dewelke uitgaat van 4 kleinere separate statische UPS-modules met een verticaal opgesteld vliegwiel ter vervanging van de batterijen in plaats van één dynamisch UPS systeem. Deze zorgen voor de korte termijn backup (seconden). Voor de lange termijn backup wordt beroep gedaan op een separaat noodstroomaggregaat. Bovendien maakt deze techniek gebruik van de door het bestek gewraakte solid-state omzetters
Dat dit wordt bevestigd door de medewerker van verzoekende partij dewelke het dossier kon inkijken op het OCMW van Turnhout op datum van 7 juli 2003;
Dat vervolgens op blz. 29 van het bestek onder punt 2.4 'elektrische karakteristieken' wordt bepaald: het volledig dynamisch UPS zal voldoen aan volgende algemene criteria: systeemspecificatie : totaal vermogen: 1 x 1000 kVA UPS...;
Onder punt 2.5 'single line' bepaalt het bestek: 'het single line is weergegeven in bijlage en omvat als voornaamste delen : ...';
Dat de bijgevoegde tekening in het bestek duidelijk melding maakt van één enkele unit dewelke in staat moet zijn om 1000 kVA UPS te leveren;
Het gaat hier om essentiële bepalingen van het bestek nu essentiële bepalingen van het bestek diegene zijn die betrekking hebben op prijzen, termijnen en technische specificaties;
Dat immers de Caterpillar-techniek, zoals gebruikt door de N.V. Treco, geen gebruik maakt van één enkele unit die 1000 kVA UPS levert doch Caterpillar gebruik maakt van 4 aparte units die elk 250 kVA UPS leveren hetgeen aldus een inbreuk is op de essentiële bepalingen van het bestek nu het hier gaat om duidelijk opgelegde technische voorschriften;
De medewerker van verzoekende partij die het dossier is gaan inkijken bij het OCMW van Turnhout op 7 juli 2003 heeft duidelijk kunnen vaststellen dat de N.V. Treco heeft aangeboden met Caterpillar-techniek waarbij gebruik gemaakt wordt van 4 aparte units (vliegwielen) die elk 250 KVA UPS kunnen leveren, aangevuld met een noodstroomaggregaat (stuk 7);
Dat uiteraard verzoekende partij niet in het bezit is van de offerte van de N.V. Treco doch uw Raad zal dit duidelijk kunnen vaststellen in de offerte ingediend door de N.V. Treco en dewelke door verwerende partij zal dienen te worden opgenomen in het door haar op te stellen administratief dossier hetgeen zij aan uw Raad zal dienen over te maken;
Dat een onregelmatigheid substantieel is wanneer in de offerte wordt afgeweken van de essentiële bepalingen van het bestek;
Volgens het verslag aan de Koning, bij het Koninklijk Besluit van 14 oktober 1964 zijn al de voorwaarden die een weerslag zouden kunnen hebben op de gelijkheid van de inschrijvers en op de rangschikking van de offertes, essentieel;
Dat aldus de bestreden beslissing ten onrechte de opdracht heeft toegekend aan de N.V. Treco dewelke gebruik maakt van een techniek dewelke een inbreuk vormt op de technische voorschriften van het bestek en dewelke als essentieel zijn te beschouwen;

Dat dan ook de offerte van de N.V. Treco onregelmatig had dienen verklaard te worden;
Dat aldus de bestreden beslissing een inbreuk pleegt op de essentiële bestekbepalingen en de hierboven aangehaalde artikelen. Dat derhalve het eerste middel ernstig is nu er geen objectieve vergelijking van de diverse offertes mogelijk was door het niet onregelmatig verklaren van de offerte van de N.V. Treco;
Dat immers vier aparte units van elk 250 WA UPS mogelijk meer redundantie kan opleveren (cfr schrijven verzoekende partij dd. 11.02.2003 aan het OCMW -stuk 5) dan een systeem met één unit die in staat is om 1.000 kVA UPS te leveren, een belangrijk item in het licht van de gunningscriteria (cfr schrijven verzoekende partij dd. 11.02.2003 aan het OCMW -stuk 5). Dat dit ook een invloed had gehad op het accepteren van boetes conform de gunningscriteria (blz 13 punt 2 'bedrijfszekerheid') aangezien deze configuratie andere redundantiemogelijkheden biedt (indien er een defect is in het systeem van lx 1000 kVA valt alles stil -met dus een hoge boete -daar waar bij 4 aparte units van elk 250 kVA indien er één unit defect is, er nog altijd 750 kVA is -met dus geen of een kleine boete-). Dat evenwel, het weze herhaald, het bestek uitdrukkelijk één unit van 1.000 kVA voorschreef en niet toeliet van 4 units van ieder 250 kVA te voorzien.
Dat alle andere inschrijvers conform de technische voorschriften van het bestek een offerte hebben ingediend van één enkele unit dewelke 1.000 kVA UPS kon leveren;
Dat er aldus geen objectieve vergelijking der offertes meer kon worden gemaakt;
Dat derhalve het eerste middel ernstig is en uw Raad dient te besluiten tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing;
Tweede middel:
Schending van het zorgvuldigheidsbeginsel alsook schending van art. 110 en art. 89 van het KB nr. 1 betreffende de overheidsopdrachten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, schending van de artikelen 2 en 3 van de wet op de formele motivering van bestuurshandelingen dd. 29 juli 1991, schending van de materiële motiveringsverplichting als beginsel van behoorlijk bestuur doordat het Bijzonder Beheerscomité met de bestreden beslissing dd. 8 april 2003, waarin gewoonweg verwezen wordt naar het verslag van studiebureau De Klerck NV dd. 14 januari 2003, geen onderzoek heeft gevoerd naar de regelmatigheid der offertes van de diverse inschrijvers terwijl het onderzoek van de regelmatigheid der diverse offertes de eerste stap is dewelke dient genomen te worden alvorens tot rangschikking over te gaan van de diverse offertes;
Toelichting
Zoals uit het eerste middel blijkt is de offerte van de N.V. Treco behept met een fundamentele onregelmatigheid en had derhalve de offerte van de N.V. Treco als onregelmatig dienen te worden afgewezen;
Nu noch uit de bestreden beslissing, noch uit het verslag van studiebureau De Klerck blijkt dat er een onderzoek naar de regelmatigheid der offertes is gevoerd alvorens tot rangschikking van de diverse offertes over te gaan, zijn de hierboven aangehaalde beginselen en artikelen geschonden;
Dat ook nergens een motivering wordt gegeven waarom deze stap kennelijk werd overgeslagen laat staan dat enige motivering wordt gegeven waarom, gelet op de kennelijke onregelmatigheid van de offerte van de N.V. Treco, toch de N.V. Treco de opdracht wordt toegewezen;
Dat dan ook het tweede middel ernstig is en aanleiding dient te geven tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing;
Derde middel :

Genomen uit de schending van 24, 84 § 1 en § 2 van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk Welzijn doordat in casu de beslissing tot het toewijzen van de opdracht aan de N.V. Treco werd genomen door het Bijzonder Beheerscomité van het St-Elisabethziekenhuis terwijl in het bestek en de overige aanbestedingsdocumenten duidelijk het OCMW van Turnhout als opdrachtgevend bestuur wordt vermeld alsook de offertes blijkens de bepalingen van het bestek dienden te worden verstuurd naar het OCMW van Turnhout ter attentie van haar voorzitter en dan ook conform de hierboven aangehaalde artikelen de Raad voor Maatschappelijk Welzijn de beslissing tot het toekennen van de opdracht aan de N.V. Treco had dienen te nemen;
Toelichting :
Dat in het bestek uitdrukkelijk als opdrachtgevend bestuur wordt vermeld :
OCMW Turnhout, A. Van Dyckstraat 20 te 2300 Turnhout;
Dat het bestek in uitvoering van art. 104 van het KB van 8 januari 1996 (blz. 12 van het bestek) uitdrukkelijk bepaalt dat de offertes dienen te worden toegestuurd of afgegeven tegen ontvangstbewijs aan het OCMW van Turnhout ter attentie van haar voorzitter mevrouw Leysen;
Dat het studiebureau De Klerck N.V. haar verslag omtrent de diverse ingediende offertes en het voorstel om de opdracht te gunnen aan de N.V. Treco eveneens heeft overgemaakt aan de voorzitster en raadslieden van het OCMW van Turnhout;
Dat het aldus duidelijk is dat de opdracht wordt uitgevoerd in naam en voor rekening van het OCMW van Turnhout;
Dat overeenkomstig art. 84 van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de Openbare Centra voor Maatschappelijk Welzijn, de Raad van Maatschappelijk Welzijn de wijze kiest waarop de opdracht voor aanneming van werken, leveringen en diensten worden toegewezen en de voorwaarden ervan vaststelt; Dat de Raad voor Maatschappelijk Welzijn de procedure inzet en de opdracht toewijst;
Aangezien in casu blijkens de mededeling die verzoekende partij mocht ontvangen via het schrijven dd. 13 juni 2003, ontvangen door verzoekende partij op 26 juni 2003, van het Openbaar Centrum van Maatschappelijk Welzijn (stuk 4) blijkt dat het Bijzonder Beheerscomité van het St-Elisabethziekenhuis de beslissing heeft genomen om de opdracht toe te kennen aan de N.V. Treco;
Dat de raadsman van verzoekende partij, van de behandelend ambtenaar van het OCMW van Turnhout telefonisch mocht vernemen dat de toewijzingsbeslissing nooit op de Raad voor Maatschappelijk Welzijn is gebracht;
Dat derhalve dient geconcludeerd te worden dat bij toewijzingsbeslissing werd genomen door een onbevoegd orgaan en derhalve het derde middel ernstig is".

17. De verwerende partij betoogt daarbij in haar memorie van antwoord, wat het eerste en tweede middel betreft :

"3.2.1. Het eerste middel: Schending van de essentiële bepalingen van het bestek, schending van art. 110 en art. 89 van het KB Nr. 1 betreffende de overheidsopdrachten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken doordat de bestreden beslissing de opdracht toewijst aan de NV Treco dewelke gebruik maakte van Caterpillar-techniek terwijl deze Caterpillartechniek geenszins voldoet aan de technische voorschriften dewelke in het bestek zijn voorgeschreven.
Het bestek voorziet de levering en plaatsing van een Noodaggregaat genaamd UPS dat een elektriciteitsvermogen levert van 1000 KVA.

Verzoekster voert aan dat de Caterpillartechniek, waarvan verweerster gebruikt maakt, niet zou voldoen aan de technische voorschriften.
1. Verzoekster heeft nochtans een studiebureau (De Klerck Eng.) onder de armen genomen om de inschrijvingen te toetsen aan hun overeenstemming met de technische voorschriften.
Dit studiebureau is tot de vaststelling gekomen dat de inschrijving van verweerster wel conform de technische voorschriften was.
2. Volledigheidshalve en ten overvloede wenst verweerster ter zake wat de beweerde onregelmatigheden betreft nog te stellen wat volgt:
Primordiaal mogen twee principes worden vooropgesteld :

- Het gegeven dat een procedure van offerteaanvraag een soepelere procedure is dan de aanbestedingsprocedure sensu stricto. In de offerteprocedure behoudt het opdrachtgevend bestuur inderdaad een grotere marge tot beoordeling en is er ten genen dele een automatisme van gunning aan de laagst ingeschreven aannemer.
- Het bijzonder bestek voorziet zoals hoger in het feitelijk exposé reeds gestelde, dat vrije varianten mogelijk zijn en dat, wanneer de inschrijvers hiervan gebruik maken, er uiteraard ook rekening mee moet worden gehouden (cfr. art. 115 K.B. nr l).

2.1.
Een korte en technische toelichting mag één en ander verduidelijken: gezien de evidente noodzaak van een volstrekt permanente stroomvoorziening in een ziekenhuis dient een zogenaamd noodaggregaat aanwezig te zijn.
Dit is een machinerie bestaande uit grosso modo twee onderdelen: m.n. een diesel-gevoede generator voor het opwekken van elektriciteit enerzijds en anderzijds een gedeelte bestaande uit elektromotoren welke een systeem inhouden dat voorziet in stroomlevering tussen het moment van het uitvallen van de reguliere stroom en het opstarten van de diesel-gevoede generator.
Rudimentair gesteld komt het er op neer dat de elektromotoren, werkend op het regulier net, een soort vliegwielen draaiende houden. Na het uitvallen van de reguliere stroom blijven deze vliegwielen nog gedurende een korte periode op zichzelf (mechanisch) voortdraaien om alzo gedurende een beperkte periode (overbruggings)stroom op te wekken. Alzo wordt elk hiaat in de stroomvoorziening vermeden.
Het onderscheid tussen het systeem van verzoekster en het systeem van de NV Treco is er in gelegen dat van verzoekster één groot vliegwiel heeft en dat van verweerster vier achter elkaar gekoppelde vliegwielen heeft.
Qua rendement en functionaliteit zijn de beide installaties volkomen gelijkwaardig en leveren zij de voorziene capaciteit van 1000KVA.
Het systeem van de NV Treco komt echter als veiliger en onderhoudsvriendelijker voor.
Wanneer het systeem van verzoekster niet zou functioneren (en dit bv. omwille van een panne van de elektrische motor, het vliegwiel aandrijvend, of omwille van een uitval wegens onderhoud van het systeem) dan is er bij het systeem van verzoekster wel degelijk een hiaat in de stroomvoorziening. Zulks heeft bv. als zeer praktische en concrete consequentie dat, wanneer men onderhoudswerken moet uitvoeren aan het systeem van verzoekster (en zulks dient zeer regelmatig te gebeuren - cfr. het belang dat in de offerteaanvraag wordt gehecht aan het onderhoudsaspect), dan dient verweerster tijdelijk een externe bijkomende noodaggregatiegroep te laten installeren/huren.
Het systeem van de NV Treco heeft het grote voordeel dat omwille van de fragmentering der elektrische motoren de vliegwielen aandrijvend, zelfs bij uitval van één motor de andere motoren nog steeds de dienst c.q. de overbruggingsvoorziening kunnen waarnemen, zodat de uitermate kwalijke effecten van een stroomuitval fel worden beperkt.

In acht genomen het gegeven dat de installatie van de NV Treco aldus meer bedrijfszeker/veilig is, dezelfde functionaliteit heeft als het systeem van verzoekster en bovendien goedkoper, is het uiteraard volstrekt redelijk dat verweerster hiervoor kiest.
2.2.
Volkomen ten onrechte wordt door verzoekster dan ook voorgehouden dat een essentiële bepaling van het bestek zou zijn geschonden. Verzoekster houdt geen rekening met de mogelijkheid van vrije varianten.
De 3e Kamer van de Raad van State stelde dat in het kader van offerte-aanvragen alle suggesties mogen gedaan worden, tenzij anders luidende bepalingen van het bijzonder bestek. De inschrijvers mogen suggesties voorstellen die niet conform zijn met het bijzonder bestek zodra dit niet door dat zelfde bestek verboden is, voor zover de vastgestelde afwijkingen niet terecht als substantieel kunnen worden bestempeld. (R.v.St., 3 maart 1993, nr. 42.129 op citaat in Flamme, M.A., Praktische commentaar bij de reglementering van overheidsopdrachten, deel 1A, pag. 1168).
Bovendien moet worden opgemerkt dat volgens de vaststaande rechtspraak van de Raad van State het begrip essentiële bepaling van het bestek dient begrepen te worden als een fundamentele aangelegenheid (cfr. Flamme, M., o.c., pag. 1054 - item 8).
Uiteindelijk is substantieel dat de installatie 1000 KVA vermogen levert. Of dit nu gebeurt met 1 groot of 4 kleinere vliegwielen is geen fundamentele aangelegenheid.
2.3.
Verzoekster brengt als bijkomend stuk een schorsingsbesluit bij van de Gouverneur van de Provincie Antwerpen dd. 13/11/2003 waarbij het bij huidig verzoekschrift bestreden besluit van het Beheercomité van het St. Elisabethziekenhuis te Turnhout in haar uitvoering wordt geschorst.
Dat deze schorsing gebaseerd is op het gegeven dat de Provinciale dienst werken en infrastructuur na een vergelijkend onderzoek van de offertes van verzoekster en de NV Treco in haar advies bevestigt dat het door de NV Treco aangeboden systeem niet beantwoordt aan de technische bepalingen van het bestek.
Volgens de Gouverneur is de NV Treco afgeweken van een essentiële bepaling van het bestek conform artikel 110,§2 KB nr. 1 betreffende overheidsopdrachten.
Dat dit schorsingsbesluit geen enkel detail bevat waaruit zou moeten blijken waarom het door de NV Treco aangeboden systeem niet zou beantwoorden aan de technische bepalingen van het bestek.
Dat concluante gerechtigd was om suggesties voor te stellen zolang deze maar niet verboden werden volgens de bepalingen van het bestek.
Dat op p. 27 van het bestek twee verbodsbepalingen vermeld worden nml.
1. dat geen batterijen gebruikt mogen worden als alternatief voor de opslag van energie onder kinetische vorm,
2. Dat geen solid-state energieomzetters als alternatief voor de opslag van energie onder kinetische vorm gebruikt mogen worden.

Dat verzoekster voor de opslag van kinetische energie echter geenszins gebruik maakt van batterijen noch van solid-state energieomzetters.
Een solid-state energieomzetter is blijkbaar een systeem waarbij geen bewegende delen aan te pas komen. De solid- state energie-omzetter maakt gebruik van batterijen of scheikundige processen.
Zowel de inschrijving van de NV Treco als de inschrijving van verzoekster is gebaseerd op een energieomzetting op basis van draaiende vliegwielen en niet op basis van batterijen of een solid-state energieomzetter

Verzoekster gebruikt in haar inschrijving een systeem met 1 groot vliegwiel. De NV Treco gebruikt 4 kleine vliegwielen dewelke een gelijkaardig elektriciteitsvermogen opleveren.
Volgens Ir. Callaert van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap Afdeling Gesubsidieerde Infrastructuur werd in het advies van de Provinciale Dienst Werken en Infrastructuur een verkeerde interpretatie gegeven aan het begrip Solid-State energieomzetter, (stuk 10) zodoende dat de inschrijving van de NV Treco ten onrechte beschouwd werd als zijnde in strijd met de essentiële bestekbepalingen. Door de NV Treco werden volgens Ir. Callaert geen in het bestek verboden technieken gebruikt.
Dat verzoekster dan ook het nodige zal doen om een rechtvaardigingsbesluit van het geschorste besluit over te maken aan de Vlaamse regering en dit binnen de 100 dagen na de dag van het versturen van het schorsingsbesluit.
Besluit
De door verweerster voorgehouden elementen, zoals zij laat gelden in het eerste middel, zijn dan niet alleen niet bewezen maar ook onjuist.
Het eerste middel is dan ook niet ernstig en dient als ongegrond afgewezen te worden.
3.2.2. Het tweede middel :
Schending van het zorgvuldigheidsbeginsel alsook schending van het KB nr. 1 betreffende overheidsopdrachten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten en concessies voor openbare werken, schending van de artikelen 2 en 3 van de Wet op de formele motivering van bestuurshandelingen dd 29.07.1991; schending van de materiële motiveringsverplichting als beginsel van behoorlijk bestuur doordat het Bijzonder Beheerscomité met de beslissing dd 8 april 2003, waarin gewoon verwezen wordt naar het verslag van studiebureau De Klerck NV dd 14 januari 2003, geen onderzoek heeft gevoerd naar de regelmatigheid der diverse offertes van de diverse inschrijvers terwijl het onderzoek van de regelmatigheid der diverse offertes de eerste stap is dewelke dient genomen te worden alvorens tot rangschikking over te gaan van de diverse offertes.
Op een volstrekt gratuite wijze beweert verzoekster dat verweerster geen onderzoek zou hebben uitgevoerd naar de regelmatigheid der offertes.
Zulks is creant onjuist, waarbij mag verwezen naar het uitvoerige verslag, opgesteld door het studieburo De Klerck.
Ook dit middel is niet ernstig en dient als ongegrond afgewezen te worden".

18. De verzoekende partij doet in haar memorie van wederantwoord gelden betreffende het eerste en tweede middel hetgeen volgt :

"Eerste middel:
Concluante wenst vooreerst volledig te volharden in hetgeen door haar werd uiteengezet in haar verzoekschrift tot nietigverklaring doch wenst nog de volgende opmerkingen te maken op de memorie van antwoord van verwerende partij en meer in het bijzonder wat betreft de technische uiteenzetting in de memorie van antwoord van verwerende partij;
Voor alle duidelijkheid en voor de gemakkelijkheid van Uw Raad heeft concluante onder stuk 13 de verschillende systemen die op de markt zijn gerangschikt in vier kolommen waarvan hetgeen conform het bijzonder bestek gevraagd wordt door het OCMW van Turnhout overeenstemt met hetgeen wordt weergegeven in kolom 1 (waaraan het systeem van concluante (Hitec) beantwoordt alsook het systeem van Eurodiesel en Van Wingen, niet toevallig twee andere inschrijvers op deze offerteaanvraag);
Hetgeen de N.V. Treco levert komt overeen met kolom 3;

Voor de goede orde zal concluante telkens het citaat aanhalen uit de memorie van antwoord van verwerende partij en vervolgens haar commentaar hierop verlenen;
Aldus wordt gesteld op blz. 7 van de memorie van antwoord :
‘Dit is een machinerie bestaande uit grosso modo twee onderdelen : met name een dieselgevoede generator voor het opwekken van elektriciteit enerzijds en anderzijds een gedeelte bestaande uit electromotoren welke een systeem inhouden dat voorziet in stroomlevering tussen het moment van het uitvallen van de netstroom en het opstarten van de dieselgevoede generator. Rudimentair gesteld komt het erop neer dat de electromotoren, werkend op het regulier net, een soort vliegwielen draaiende houden. Na het uitvallen van de reguliere stroom blijven deze vliegwielen nog gedurende een korte periode op zichzelf (mechanisch) voortdraaien om alzo gedurende een beperkte periode (overbrugging) stroom op te wekken. Alzo wordt elk hiaat in de stroomvoorziening vermeden’.
Repliek V.M.E, :
Deze omschrijving beschrijft inderdaad (gedeeltelijk) hoe een systeem genre CAT of Piller eruitziet (zie kolom 3 stuk 13).
Verwerende partij vermeldt echter niet dat in een dergelijk systeem de energieopslag noodzakelijkerwijze op zo'n manier gebeurt, dat deze energie enkel als gelijkstroom kan teruggewonnen worden;
Om van deze energie terug wisselstroom te maken, zijn noodzakelijkerwijze thyristoren, GTO's of IGBT's (dit zijn allen solid-state omzetters, ruwweg te vergelijken met een transistor) nodig. Deze worden door het lastenboek expliciet verboden (lastenboek technische bepalingen, pg. 3944/NA-3.2-27-punt 2.2 ‘systeemontwerp’). Deze bepaling is essentieel daar zij één van de basiscriteria is om voor roterende systemen te kiezen.
Wat het lastenboek (lastenboek technische bepalingen, pg's 3944/NA-3.2-27 t.e.m. 38- punt 2.2 t.e.m. 2.7) vraagt komt overeen met kolom 1 van stuk 13 en kan op dezelfde veralgemeende manier als volgt omschreven worden : De machine (één geheel) bestaat uit drie onderdelen : een motor/generator, een opslag van kinetische energie (een electromagnetisch vliegwiel), die tijdens de opstarttijd van de dieselmotor energie levert, en tenslotte een dieselmotor. In normale omstandigheden drijft de motor het vliegwiel aan, als er geen netspanning meer is wordt de motor een generator en wordt hij aangedreven door het vliegwiel, respectievelijk de dieselmotor. Het geheel wordt aan het net gekoppeld via een spoel. Er wordt nergens gebruik gemaakt van solid state omzetters.
Vervolgens in de memorie van antwoord :
‘Het onderscheid tussen het systeem van verzoekster en het systeem van de N. V. Treco is erin gelegen dat dat van verzoekster één groot vliegwiel heeft en dat van verweerster vier achter elkaar gekoppelde vliegwielen heeft’;
Repliek VME:
Dit is pertinent onwaar. Het systeem van YME (HITEC) Eurodiesel en Van Wingen, is gebaseerd op een topologie, zoals gevraagd in het lastenboek, waarbij alle machines op één as staan (zie tekening aangehecht aan het bijzonder bestek) en er geen gebruik gemaakt wordt van een tussenomzetting : het vliegwiel (één stuk- zie tekening aangehecht aan het bijzonder bestek -) drijft direct de generator aan. Bij het systeem dat Treco voorstelt wordt de energie van de verschillende vliegwielen via vermogenselectronica (de fameuze solid-state omzetters) omgezet in elektrische energie. Er wordt dan bijkomend een apart aggregaat voorzien aangedreven door de dieselmoter (hetgeen eveneens niet wordt toegelaten door het bijzonder bestek). Bovendien moet Treco zijn vermogen behalen door parallelschakeling van vier kleinere vliegwielen.
In de memorie van wederantwoord

‘Het systeem van de N. V. Treco komt echter als veiliger en onderhoudsvriendelijker voor’
Repliek V.M.E.:
Dit is helemaal niet bewezen. Stuk 14 toont immers aan dat dit de eerste machine is die door Caterpillar wordt geleverd en derhalve kan er geen oordeel geveld worden of deze machine veiliger of onderhoudsvriendelijker zou overkomen. De N.V. Treco doet hier m.a.w. duidelijk een commerciële uitspraak dewelke geenszins gestaafd wordt door enig objectief stuk;
In de memorie van wederantwoord :
‘Wanneer het systeem van verzoekster niet zou functioneren (en dit bijvoorbeeld omwille van een panne van de elektrische motor, het vliegwiel aandrijvend, of omwille van een uitval wegens onderhoud van het systeem) dan is er bij het systeem van verzoekster wel degelijk een hiaat in de stroomvoorziening. Zulks heeft bijvoorbeeld als zeer praktische en concrete consequentie dat wanneer men onderhoudswerken moet uitvoeren aan het systeem van verzoekster (en zulks dient zeer regelmatig te gebeuren cfr. het belang dat in de offerteaanvraag wordt gehecht aan het onderhoudsaspect), dan dient verweerster tijdelijk een externe bijkomende noodaggregatiegroep te laten installeren voor een paar uren.
Repliek VME:
Dit is niet waar: bij storing van het systeem van V.M.E. is er een bypass voorzien, waardoor op een alternatieve manier spanning naar de belasting geleid wordt (en dit gegarandeerd zonder onderbreking), geheel in overeenstemming met de beschrijving in het lastenboek
Vervolgens in de memorie van antwoord:
‘Het systeem van de N V. Treco heeft het grote voordeel dat omwille van de fragmentering der elektrische motoren die de vliegwielen aandrijven, zelfs bij uitval van één motor de andere motoren nog steeds in dienst c.q. de overbruggingsvoorziening kunnen waarnemen, zodat de uitermate kwalijke effecten van een stroomuitval fel worden beperkt’.
Repliek VME :
Hier verdraait men de waarheid: ofwel is het één systeem zoals Treco schrijft, ofwel zijn het 4 verschillende systemen. Overigens is het zo dat bij netstoring, wanneer het systeem op de energie van slechts drie van de vier vliegwielen kan rekenen, het noodstroomaggregaat niet de tijd krijgt om op te starten en er dus fataal een onderbreking volgt. Men gebruikt hier dus een vals argument van redundantie (zie hiervoor trouwens de berekening van V.M.E. in stuk 15).
Vervolgens in de memorie van antwoord:
‘In acht genomen het gegeven dat de installatie van de N.V. Treco aldus meer bedrijfszeker/veilig is, dezelfde functionaliteit heeft als het systeem van verzoekster en bovendien goedkoper, is het uiteraard volstrekt redelijk dat verweerster hiervoor kiest’.
Repliek VME:
Gelet op het hierbovenstaande is dit duidelijk niet het geval en heeft de N.V. Treco een niet conform systeem aangeboden.
Vervolgens in de memorie van antwoord :
‘Volkomen ten onrechte wordt door verzoekster dan ook voorgehouden dat een essentiële bepaling van het bestek zou zijn geschonden. Verzoekster houdt geen rekening met de mogelijkheid van vrije varianten... Bovendien moet worden opgemerkt dat volgens de vaststaande rechtspraak van de Raad van State het begrip essentiële bepaling van het bestek dient begrepen te worden als een fundamentele aangelegenheid. Uiteindelijk is substantieel dat de installatie 1000 KVA vermogen levert. Of dit nu gebeurt met één groot of 4 kleinere vliegwielen is geen fundamentele aangelegenheid’
Repliek V.M.E:

Dit is manifest onwaar. Zoals reeds gesteld bij de feitenuiteenzetting voorziet het bijzonder bestek enkel de mogelijkheid tot het indienen van varianten met betrekking tot artikel 115 en voor het overige worden geen varianten toegelaten conform het bestek;
Dit is de hoofdstelling van concluante;
Indien Uw Raad de mening zou zijn toegedaan dat het bijzonder bestek toch niet expliciet vrije varianten zou verbieden, hetgeen door concluante wordt betwist, dan nog dient alleszins gesteld te worden dat de technische bepalingen waarvan het bijzonder bestek uitdrukkelijk stelt dat er geen gebruik van mag gemaakt worden, dienen gerespecteerd te worden;
Het gaat hier meer in het bijzonder over het gebruik van de solid state energieomzetters als alternatief voor de opslag onder kinetische vorm van energie alsook het feit dat uit de beschrijving van het systeem in paragraaf 2.3 blz. 27 van het bijzonder bestek blijkt dat zowel de korte termijn back up (minder dan 10 seconden) als de lange termijn back up (meerdere seconden tot uren of dagen) door hetzelfde aggregaat geleverd dienen te worden daar waar de N.V. Treco voor de lange termijn back up gebruik maakt van een separaat noodstroomaggregaat;
Dit laatste wordt trouwens bevestigd in de offerte van de N.V. Treco waarbij duidelijk gesteld wordt dat als aangeboden oplossing wordt voorgesteld een Caterpillar UPS 1000 KVA gekoppeld aan een electrogroep Caterpillar 3508 B van 1000 KVA stand by (zie stuk 17);
Dit laatste is dus het aparte noodstroomaggregaat hetgeen eveneens niet wordt toegelaten door het bestek;
Het gaat hier wel degelijk om essentiële bepalingen van het bestek nu essentiële bepalingen van het bestek diegenen zijn die betrekking hebben op prijzen, termijnen en technische specificaties.
Dat in het verslag aan de Gouverneur van de provincie Antwerpen door zijn diensten eveneens wordt gesteld dat het gebruik van solid-state energieomzetters door de N.V. Treco een inbreuk uitmaakt op de essentiële technische bepalingen van het bestek nu het bijzonder bestek uitdrukkelijk het gebruik van deze solid-state energieomzetters verbiedt;
Dat bovendien op blz. 29 van het bestek onder punt 2.5 (single-line) bepaald wordt :
‘Het singleline is weergegeven in bijlage (eigen toevoeging: dit is de tekening van het toestel) en omvat als voornaamste delen....’
Dat de bijgevoegde tekening in het bestek duidelijk melding maakt van één enkele unit met één vliegwiel, dewelke in staat moet zijn om 1000 KVA UPS te leveren en er aldus geen 4 vliegwielen noch het apart gebruik van een noodstroomaggregaat voor de langere termijn onderbrekingen worden toegelaten;
Dat dit dus eveneens inbreuken zijn (naast het verboden gebruik van de solid - state energieomzetters) op essentiële technische bepalingen en derhalve de offerte van de N.V. Treco als onregelmatig diende beschouwd te worden en haar offerte als nietig diende geweerd te worden overeenkomstig art 110 § 2 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken;
Vervolgens wordt in de memorie van antwoord verwezen naar de beslissing van de Gouverneur van de provincie Antwerpen dd. 13.11.2003 waarbij de bestreden beslissing in haar uitvoering wordt geschorst;
Ten onrechte wordt in de memorie van antwoord gesteld dat nergens in de beslissing van de Gouverneur wordt aangegeven waaruit de afwijking op de essentiële bepalingen van het bestek bestaat;
Er wordt in dit kader immers duidelijk verwezen naar het advies van 4 november 2003 van de provinciale dienst werken en infrastructuur waaruit

blijkt dat niet wordt beantwoord aan de technische bepalingen van het bestek, (zie hiervoor ook het verslag aan de gouverneur zoals aangehecht aan stuk 11);
Dat vervolgens in de memorie van antwoord wordt gesteld dat de N.V. Treco geen gebruik maakt van solid-state energieomzetters;
Dat zoals hierboven reeds aangehaald dit helemaal niet klopt met de werkelijkheid;
Dat hiervoor kan verwezen worden naar de tekeningen van het systeem van de N.V. Treco dewelke zij hebben bijgebracht in het kader van de kortgedingprocedure voor de rechtbank van Turnhout (stukken onder nummer 16);
Dat immers een solid-state energieomzetter een transistor, een thyristor, een GTO (Gate Turn Off-thyristor), een IGBT (Insulated Gate Base Transistor), etc... kan zijn. Beweren dat Treco hier geen gebruik van maakt is tamelijk grof;
Dat immers uit de beschrijving van het systeem van Treco bij haar offerte (stuk 17) duidelijk blijkt en door hen ook zelf wordt aangegeven dat zij werken met een Insulated Gate Base Transistor alwaar gesteld wordt in de algemene beschrijving van de Caterpillar UPS 1000 KVA:
'De CAT UPS slaat energie in vier vliegwielen die elk aan 7700 toeren per minuut draaien in een vacuümruimte en waarvan de zwaartekracht opgeheven wordt door een magnetisch veld. De CA T UPS zet deze opgeslagen energie om in elektrische stroom van 50 Hz dankzij het samengaan van klassieke electrotechnische elementen (gemagnetiseerde rotor, stator) met vermogenselectronica (werkend met IGBT-insulated gate base transistor) om zo een elektrisch vermogen van 1000 kVA (vier vliegwielen van 250 kVA het stuk) te generen en een resolutie van 16 KHz';
In dit verband wordt trouwens ook ten onrechte verwezen naar stuk 10 van het bundel van verwerende partij alwaar gesteld wordt dat solid-state energieomzetters enkel gebruikt worden in combinatie met batterijen of scheikundige processen en niet met bewegende delen;
Dit is absoluut onwaar en het beste voorbeeld wordt gegeven door een toerentalregeling van een electromotor; Er zitten immers geen batterijen in en ze worden gebruikt om een machine te doen draaien;
Vervolgens wordt in de memorie van antwoord ten onrechte gesteld :
'Zowel de inschrijving van de N V Treco als de inschrijving van verzoekster is gebaseerd op een energieomzetting op basis van draaiende vliegwielen en niet op basis van batterijen of solid -state energieomzetters'
Repliek V.M.E.:
Hier pleegt de N.V. Treco begripsverwarring. In het systeem van Treco wordt de energie immers opgewekt (niet omgezet) door een draaiend vliegwiel en op dezelfde manier als een batterij onder de vorm van een gelijkspanning, ter beschikking gesteld. Er moet wel degelijk een omzetting gebeuren. Dit gebeurt in de blokjes waarin in de tekeningen van N.V. Treco onder stuk 16 'AC/DC' staat. Het is deze omzetting die verboden is.
Mogelijkerwijze is trouwens de heer Callaert dewelke stuk 10 van verwerende partij heeft opgesteld niet echt op de hoogte van het systeem dat Treco gebruikt en heeft Treco aan ingenieur Callaert dezelfde (nogal simplistische) uitleg gegeven over de vier vliegwielen zoals zij nu poogt te doen voor uw Raad, terwijl de werking van het systeem van Treco en dat van verzoekende partij wel degelijk fundamenteel verschilt zoals hierboven uiteengezet op blz 8;
Besluit:
Zoals terecht ook gesteld door de Gouverneur van de provincie Antwerpen dient Uw Raad eveneens aan te nemen dat de offerte van de N.V. Treco ten onrechte in ogenschouw werd genomen en niet als onregelmatig en derhalve als nietig diende te worden afgewezen door verwerende partij wegens de aangehaalde schendingen van de bepalingen in het eerste middel;
Het eerste middel is dan ook gegrond;

Nopens het tweede middel :
In de memorie van antwoord gaat verwerende partij niet over tot de weerlegging van het standpunt van verzoekende partij doch verwijst zij simpelweg naar het verslag van studiebureau Declercq, hetgeen uiteraard haar eigen keuze is;
In haar tweede middel heeft concluante immers aangeklaagd, met verwijzing naar haar eerste middel, dat gelet op het onregelmatig karakter van de offerte van de N.V. Treco, deze had dienen geweerd te worden wegens haar onregelmatigheid;
Doordat noch de bestreden beslissing, noch het verslag van studiebureau Declercq iets over de regelmatigheid van de inschrijving van de N.V. Treco zegt wordt het tweede middel uiteraard in al zijn onderdelen geschonden en een simpele verwijzing in de memorie van antwoord van verwerende partij naar het verslag van studiebureau Declercq kan dit geenszins weerleggen nu er helemaal geen onderzoek werd gedaan naar de regelmatigheid van de offertes;
Het tweede middel is dan ook in al zijn onderdelen gegrond".

Bespreking

19. Wat het *derde middel* betreft is het beheerscomité wel bevoegd om in de betrokken materie te beslissen. Overeenkomstig artikel 94, §3, van de organieke wet betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, regelt het beheerscomité van het ziekenhuis "alles wat tot de bevoegdheid van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn behoort inzake het beheer van het ziekenhuis".

Het OCMW is als opdrachtgevend bestuur vermeld aangezien het beheerscomité geen afzonderlijke rechtspersoonlijkheid heeft.

Het middel is ongegrond.

20. Wat het *tweede middel* betreft, wordt vastgesteld dat er daarin ten onrechte wordt van uitgegaan dat geen onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes is verricht. De verwerende partij heeft immers in de bestreden beslissing aanvaard dat de gekozen inschrijver niet onregelmatig was en heeft zich daartoe gesteund op het oordeel van haar eigen studiebureau en de voornoemde ir. Callaert. Zij heeft naar die conclusies uitdrukkelijk verwezen in de hiervoor aangehaalde motivering van haar handhavend besluit.

Het middel is niet gegrond.

21. Wat het *eerste middel* betreft, moet worden vastgesteld dat, overeenkomstig artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, zoals te dezen bij een offerteaanvraag, een aanbestedende overheid eventuele vrije varianten in overweging mag nemen die door de inschrijvers voorgesteld worden behalve wanneer het bestek hierover anders beschikt.

Te dezen is op bladzijde 27 van het bestek bepaald dat “het gebruik van solid-state energieomzetters als alternatief voor de opslag onder kinetische vorm van energie niet [wordt] geaccepteerd” : in dit verband is er dienvolgens geen mogelijkheid van vrije varianten aangezien het bestek ter zake anders heeft beschikt.

De vraag te dezen is dan ook of in het met de offerte van de NV Treco gebodene gebruik gemaakt wordt van solid-state energieomzetters : het verbod daartoe lijkt, gelet op de besteksbepaling ter zake, op het eerste gezicht substantieel zodat een overtreding ervan een substantiële onregelmatigheid zou kunnen zijn.

De dienst werken en infrastructuur waar de voornoemde nota “Volders” van 3 november 2003 naar verwijst, bleek van oordeel dat er bij NV Treco sprake was van solid-state energieomzetters; ir. Callaert van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap daarentegen was de mening toegedaan dat er daarvan geen sprake was. De bevoegde minister heeft blijkbaar dat laatste standpunt gevolgd aangezien hij geen toezichtsmaatregel heeft genomen.

Voor de Raad van State blijven partijen het oneens : volgens de verzoekende partij wordt met hetgeen NV Treco voorstelde, de Caterpillar-techniek, gebruik gemaakt van solid-state energieomzetters, volgens de verwerende partij, die zich daartoe steunt op het oordeel van ir. Callaert en van haar studiebureau De Klerck, niet.

De Raad van State ziet zich zonder deskundig advies niet bij machte deze twistvraag van technische aard te beslechten.

Een deskundige dient te worden aangewezen om de Raad van State voor te lichten omtrent de vraag of in de offerte van de NV Treco al dan niet gebruik wordt gemaakt van solid-state energieomzetters, hetgeen door de voormelde besteksbepaling wordt uitgesloten, - in zoverre althans dat de Raad van State de technische finaliteit van die bepaling daarmee juist inschat.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

De debatten worden heropend.

Artikel 2.

Wordt aangesteld als deskundige : Prof. Dr. Ir. R. Belmans met kantoor te Leuven-Heverlee, Dept. Esat afd. Electa, Kasteelpartk Arenberg 10, met als opdracht :

- na kennis te hebben genomen van het dossier, zijn beredeneerd standpunt te geven betreffende de twistvraag of in de offerte van de NV Treco door het bestek verboden solid-state energieomzetters zijn vervat en betreffende de stellingen van partijen,
- deze eventueel te horen en op hun dienstige vragen te antwoorden;
- de weerslag daarvan ter griffie neer te leggen, zulks binnen de drie maanden na aanvaarding van zijn opdracht, in een beëdigd en met redenen omkleed verslag waarin de opmerkingen der partijen op het hun in prelectuur medegedeelde verslag worden besproken.

Artikel 3.

Het door de auditeur-generaal aan te stellen lid van het auditoraat wordt gelast met een aanvullend onderzoek na kennisgeving van het deskundig verslag.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vijftien mei 2008, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **D. VERBIEST.**