

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 184.032 van 10 juni 2008
in de zaak A. 188.286/XII-5450.**

In zake : de BVBA ELECTRO MECHANISCH INSTALLATIE BEDRIJF (EMIB),
die woonplaats kiest bij
advocaten P. Flamey en J. Bosquet,
kantoor houdende te Antwerpen,
Jan van Rijswijcklaan 16

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Landsverdediging

tussenkommende partij :

de NV ROHDE & SCHWARZ BELGIUM,
die woonplaats kiest bij
advocaat I. Cooreman,
kantoor houdende te 1070 Brussel,
Ninoofsesteenweg 643

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat BVBA Electro Mechanisch Installatie bedrijf op 23 mei 2008 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “de beslissing van de Belgische Staat vertegenwoordigd door het Ministerie van Defensie zonder gekende datum houdende a) toewijzing na openbare aanbesteding van de opdracht voor het afsluiten van een meerjarige overeenkomst van diensten tegen prijslijst van 2008 tot 2010 betreffende het onderhoud van antenneparken in verschillende kwartieren in België (bestek nr. 7CSN01) aan de firma Rohde en Schwarz Belgium, waarbij de offerte van EMIB als onregelmatig werd geweerd en b) de impliciete beslissing tot niet toewijzing van de voormelde opdracht aan de BVBA EMIB die als laagste regelmatige inschrijver diende te worden beschouwd, beslissing genotificeerd aan EMIB bij schrijven van 16 mei 2008”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 26 mei 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 5 juni 2008, om 10.30 uur;

Gezien het op 29 mei 2008 ingediende verzoekschrift waarbij de NV Rohde en Schwarz Belgium 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 eerste auditeur P. Barra;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. Bosquet, die loco advocaat P. Flamey verschijnt voor de verzoekende partij, van luitenant-kolonel administrateur militair A. De Decker, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaten I. Cooreman en K. Philips, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste 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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. De in het geding zijn de opdracht heeft volgens het toepasselijke bestek MRMP-C/S/N nr. 7CSN01 het volgende voorwerp :

“/ Meerjarige overeenkomst tegen prijslijst van diensten betreffende het onderhoud van antenneparken in verschillende kwartieren in België, overeenkomstig de voorwaarden van dit bestek.

/ In toepassing van Art 18 van de Wet, kan de Aanbestedende Overheid afzien van het gunnen van de opdracht of de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze.

/ De opdracht behelst volgende diensten (detailbeschrijving in Bijl C) :

/ Beheer van het contract

/ Groot onderhoud van Oudenburg (one-schot)

/ Preventief en correctief onderhoud van de sites, met inbegrip van de levering en installatie van het materiaal om de antennes terug in orde te zetten

/ Levering van wisselstukken

/ Diverse prestaties zoals studies, analyses en testen”.

Het betreft een opdracht die op 8 oktober 2007 in het Bulletin der Aanbestedingen en op 10 oktober 2007 in het Publicatieblad van de Europese Unie wordt bekendgemaakt.

De gekozen gunningswijze is de openbare aanbesteding voor de aanneming van diensten. Er wordt niet in verplichte of facultatieve varianten voorzien en het indienen van vrije varianten is niet toegelaten; er worden geen verplichte opties gevraagd en het indienen van vrije opties is niet toegelaten.

Het bestek vermeldt inzake technische en logistieke specificaties hetgeen volgt :

“c. Technische en logistieke specificaties

(1) De dienstprestaties zullen conform zijn aan de specificaties vermeld in Bijl C.

(2) De procedures voor het bestellen van de prestaties worden beschreven in Par 12.

(3) Types specificaties

I : essentiële vereiste waaraan de diensten moeten voldoen vanaf het indienen van de offerte op straffe van niet conform te worden verklaard en uitgesloten te worden voor de overeenkomst.

[-] : specificatie vermeld ter informatie”.

Bijlage C tot het bestek bestaat uit een lijst “Technische specificaties”, bij elke rubriek voorafgegaan door de symbolen I of [-] en omvat ook vier aanhangsels. Voorts wordt in die bijlage onder 2C de volgende specificatie met symbool “I” vermeld : “De minimale prestaties die tijdens het preventief onderhoud van de masten en antennes moeten uitgevoerd worden, worden vermeld in Aanh 3 van Bijl C”. Dat aanhangsel 3 draagt het opschrift “Overzicht van de normale preventieve onderhoudstaken”, en omvat rubrieken van a) tot g), elk nogmaals onderverdeeld.

De offerte dient volgens het bestek als volgt te worden opgesteld :

“b. Voorstelling en aantal exemplaren

Iedere inschrijver mag slechts EEN offerte indienen per opdracht.

De offerte zal verplicht bestaan uit twee fysisch gescheiden luiken zoals hieronder beschreven en waarbij één exemplaar van elk de vermelding ‘ORIGINEEL’ zal dragen. Enkel dit exemplaar zal gelden in geval van discordantie tussen de exemplaren.

(1) Het administratief en financieel luik

Dit luik zal opgesteld worden in 3 exemplaren en zal opgesteld worden conform met Bijl A van het huidig bestek.

De aandacht van de inschrijver wordt gevestigd op het feit dat het administratief en financieel luik de eenheidsprijs voor elk der voorgestelde posten moet bevatten.

Deze lijst zal ook op een CD ROM onder het formaat .xls geleverd worden en volgens de layout van de prijslijst in Bijl A Aanh 2 van dit bestek

De inschrijver dient verplicht een exemplaar van het administratief en financieel luik zonder prijzen in te dienen.

(2) Het technisch en logistiek luik

Dit luik zal opgesteld worden in 3 exemplaren en opgesteld worden conform met Bijl C van huidig bestek.

Dit luik beschrijft op eenduidige wijze de technische karakteristieken van de gevraagde items. Het zal vergezeld zijn van alle nuttig geachte technische documentatie. Geen enkel prijs mag vergezeld worden in het technisch en logistiek luik.

[...]

g . Bij het technisch en logistiek luik van de offerte voor te leggen documenten

De Aanbestedende Overheid behoudt zich het recht voor om de offerte onregelmatig te verklaren, bij gebrek aan het bijvoegen van een geordende lijst aan het technische en logistiek luik, duidelijk beantwoordend en dit zonder enige dubbelzinnigheid aan elke technische en logistieke specificatie opgenomen in Bijl C. Deze lijst zal ALLE technische en logistieke eisen overnemen in de zelfde volgorde als deze in Bijl C.

Deze lijst bestaat uit 4 kolommen:

- (i) kolom (a) : volgnummer (Par) van de specificatie
- (ii) kolom (b) : eis
- (iii) kolom (c) : synthese van de specificatie
- (iv) kolom (d) : de inschrijver zal hier aanduiden in welke mate zijn offerte voldoet aan de specificaties.

De inschrijver zal een volledige tabel presenteren.

Voorbeeld TECHNISCHE en LOGISTIEKE LIJST

VolgNr	Eis	Specificatie	Opmerking
(a)	(b)	(c)	(d)
2.1.	/ I	Interventie ter plaatse binnen de 24 u	
2.2.	/ I	Helpdesk 24/24	
2.3.	/ I	Diagnose binnen de 48u	

2. Er zijn 7 inschrijvers waaronder de verzoekende partij. Bij haar offerte voegt zij een lijst volgens bijlage C van het bestek, die de rubrieken, 2A tot 7F, daarvan volgt, met in de kolom “opmerking” voor elk volgnummer de vermelding “conform”. Daarnaast voegt zij ook een eigen bijlage toe “Belgische Strijdkrachten-overzicht normale jaarlijkse preventieve onderhoudstaken” met rubrieken a) tot en

met h). Deze lijst verschilt van het voormelde aanhangsel 3 bij bijlage C van het bestek : onder meer wordt vier keer een subrubriek voorzien van het prefix “in optie” en wordt een rubriek h) toegevoegd.

3. Op 14 mei 2008 wordt de bestreden toewijzingsbeslissing getroffen. Drie inschrijvers waaronder de verzoekende partij blijken geselecteerd. De verzoekende partij wordt onregelmatig bevonden op technisch vlak op grond van de volgende overwegingen :

“Alhoewel de firma vermeldt conform te zijn, voegt ze haar eigen bijlage bij met de lijst van de uit te voeren prestaties. Bij vergelijking van de verschillende punten in bijlage C aanhangsel 3 blijkt dat :

Par a) Electrisch, d) Electrisch, e) Electrisch, f) de prestaties ‘controle VSWR/DTF’ zijn vermeld als optie.

Par a) algemene controle van de veiligheidsnormen wordt niet vermeld.

Par b) controle van de doorgangspunten wordt niet vermeld.

De technische offerte is dus niet conform”.

De opdracht wordt toegewezen aan NV Rohde & Schwartz Belgium, te dezen de tussenkomende partij.

4. Met een brief van 14 mei 2008 ontvangt de verzoekende partij de mededeling van deze beslissing, met de aangehaalde motieven. In de brief wordt gerefereerd naar artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de daarin vermelde wachtperiode van 10 dagen.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid 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.

6. Wat de tweede voorwaarde betreft, voert de verzoekende partij in een enig middel de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, 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, van de formele motiveringsverplichting zoals vervat in artikel 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van het materiële motiveringsbeginsel, van artikel 2.c en 7.g van het bijzonder bestek, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur met in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, het “patere legem”- beginsel en het gelijkheidsbeginsel; ten slotte voert de verzoekende partij de ontstentenis aan van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag.

Zij betoogt daartoe hetgeen volgt :

- Ze is onregelmatig verklaard wegens vermeende afwijkingen van de technische bepalingen van het bestek meer bepaald hoogstens een louter toelichtend aanhangsel van een bijlage van het bestek namelijk aanhangsel 3 van bijlage C.
- Dit aanhangsel was niet voorzien van het symbool I. Dat was logisch daar deze gegevens louter informatief waren. De lijst bedoeld in het bestek “g. Bij het technisch en logistiek luik van de offerte voor te leggen documenten” werd door de verzoekende partij gevoegd bij haar offerte. De verzoekende partij had dus een volledig conforme offerte ingediend.
- De verwerende partij gaat echter de informatieve lijst bedoeld in aanhangsel 3 van bijlage C aftoetsen aan de lijst “Belgische Strijdkrachten. Overzicht normale jaarlijkse preventieve onderhoudstaken” die de verzoekende partij bij haar offerte en surplus gevoegd had doch die “volstrekt overbodig” was.
- Wat de vaststelling van de verwerende partij betreft aangaande het feit dat in die “overbodige” lijst van de verzoekende partij er sprake zou zijn van het slechts in optie aanbieden van de controle VSWR/DTF heeft ze hiermee niet bedoeld dat ze hiervoor een meerprijs zou aanrekenen of een voorbehoud zou formuleren, maar dat ze bedoelde dat ze die controle zou doen voorzover relevant voor de betrokken antenntypes.
- Wat de tweede vaststelling betreft, namelijk dat een bepaalde opdracht -algemene controle veiligheidsnormen- niet wordt vermeld, stelt haar offerte duidelijk genoeg dat de controle van de veiligheidsnormen zal worden ter harte genomen.

- Wat de derde vaststelling betreft, namelijk dat een bepaalde opdracht -niet vermelden van controle doorgangspunten- niet worden aangegeven, wijst ze er op dat dergelijke controle vervat zit in hetgeen zij heeft beschreven als “globaal visueel nazicht feeders en jumpers, inbegrepen de eventuele correctieve acties”.

Vervolgens herhaalt de verzoekende partij nog eens dat het aanhangsel 3 niet voorzien was van het symbool I : dit aanhangsel was dus zuiver toelichtend zodat er is hier dan ook hoogstens sprake was van relatieve nietigheid.

Ten slotte merkt de verzoekende partij op dat de bestreden beslissing formeel onvoldoende is gemotiveerd: er wordt niet duidelijk gemaakt waarom de eventuele relatieve nietigheid te dezen aanleiding zou moeten geven tot het weren van haar offerte.

7. Bijlage C tot het bestek bestaat uit een lijst “Technische specificaties”, voorafgegaan door de symbolen I of [-]. In rubriek 2C die prefix I draagt, wordt naar “minimale prestaties” verwezen die moeten worden uitgevoerd en die zijn vermeld in aanhangsel 3 dat een “Overzicht normale preventieve onderhoudstaken” bevat. Hieruit lijkt besloten te moeten worden dat de taken vermeld in aanhangsel 3 van bijlage C essentiële vereisten zijn waaraan de diensten moeten voldoen op straffe van niet conformiteit van de offerte.

Een vergelijking tussen het betrokken aanhangsel 3 en de (tweede) lijst van de verzoekende partij laat de zogenoemde afwijkingen zien waar de bestreden beslissing het over heeft.

Prima facie lijkt deze (tweede) lijst van verzoekende partij een modulatie op haar (eerste) lijst die ze bijvoegde op grond van het bestek waarin kortweg werd gesteld dat de offerte wat eis 2C betreft, conform was. Er lijken inderdaad afwijkingen voorhanden, zelfs meer dan de aanbestedende overheid in de bestreden beslissing vermeldde. De verwerende partij leek dus gerechtigd deze lijst als afwijkend te beschouwen van de eerste lijst nu de conformiteit van deze eerste lijst helemaal niet bevestigd wordt in de tweede lijst.

De verwerende partij leek voorts gerechtigd te zijn deze tweede lijst te beschouwen als deel uitmakend van de offerte zoals door de verzoekende partij ingediend. Laatstgenoemde lijkt niet te kunnen worden bijgevalen in zoverre ze de

tweede lijst als zuiver toelichtend aanmerkt : het bijvoegen van een littera h) zou in dat geval zinloos zijn.

Door de aard van de afwijkingen (o.a. taken worden in optie gesteld, andere taken worden niet vermeld) van de minimale prestaties van preventief onderhoud (specificatie 2C bijlage C) die essentieel (symbool I) zijn, lijkt het niet dat de verwerende partij niet gerechtigd was aan te nemen dat de verzoekende partij blijkbaar deze minimale taken niet of onvoldoende of anders dan in aanhangsel 3 ingevuld wenste te zien in de te sluiten overeenkomst.

De verzoekende partij geeft weliswaar inhoudelijke kritiek op de drie in aanmerking genomen afwijkingen. In de eerste plaats echter is deze kritiek van technische aard en lijkt de Raad van State niet bij machte zonder deskundig advies daaromtrent een standpunt in te nemen. Voorts lijkt de relevantie van die kritiek twijfelachtig aangezien er nog meer afwijkingen zijn dan de voormelde drie maar vooral omdat elke afwijking op zich minstens dubbelzinnigheid creëerde aangaande de verbintenissen die de verzoekende partij op zich wilde nemen. Ten slotte, in zoverre de verzoekende partij argumenteert dat het vergeten van een littera h in aanhangsel 3 zou bewijzen dat dit aanhangsel slechts een informatieve waarde heeft, lijkt aanhangsel 3 in elk geval essentiële taken in te houden waarvan niet afgeweken mag worden zodat, zelfs al mocht de verwerende partij hier een littera h vergeten hebben, zulks de andere litterae niet aantast in hun statuut van essentiële aard.

Uit wat voorafgaat volgt dat de verzoekende partij in haar offerte lijkt af te wijken van vereisten waaraan (symbool I) op straffe van uitsluiting verplicht diende te zijn voldaan. Temeer omdat de afwijkingen technische vereisten betreffen, lijkt de verwerende partij als aanbestedende overheid aldus zonder schending van de in het middel vermelde rechtsnormen de bestreden beslissing te hebben getroffen om de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig te hebben geweerd : niet lijkt aangetoond dat artikel 15 van de wet van 24 december 1993 is geschonden (namelijk dat niet de laagste regelmatige offerte is gekozen), noch artikel 110,§2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 (betreffend het lot van onregelmatige offertes). Voorts lijkt de onregelmatigverklaring uitdrukkelijk gemotiveerd met deugdelijke materiële motieven zonder dat daarbij onzorgvuldig is gehandeld en het bestek of de gelijkheid tussen de inschrijvers is geschonden.

Het middel is niet ernstig. Aldus is niet voldaan aan de tweede van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden. Die vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Rohde & Schwarz Belgium in het administratief kort geding 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, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op tien juni 2008, door :

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

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.