

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 188.517 van 4 december 2008
in de zaak A. 190.285/XII-5620.**

In zake : de NV MEWAF INTERNATIONAL,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. Van Heuven,
kantoor houdende te Kortrijk,
President Kennedypark 6/24

tegen :

1. het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering,
2. de VLAAMSE GEMEENSCHAP, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering,
die woonplaats kiezen bij
advocaat K. Ronse,
kantoor houdende te Brussel,
G. Macaulaan 33.

tussenkommende partij :

de NV AHREND FURNITURE,
die woonplaats kiest bij
advocaten W. Neven, J. Debièvre en Y. Lenders,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Havenlaan 86 c.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Mewaf International op 10 november 2008 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van :

“1. De gemotiveerde beslissing genomen door het Agentschap voor Facilitair Management, namens de Vlaamse Minister van Bestuurszaken, Buitenlands Beleid, Media en Toerisme s.d. houdende gunning van de overheidsopdracht voor de aanneming van leveringen, bestek nr. 2008/GV/AO/GB/015 voor de levering en plaatsing van modulair bureaumateriaal aan Ahrend Furniture op grond van het gunningsverslag dd. 18 september 2008, hetwelk aan verzoekster werd overgemaakt bij schrijven van 5 november 2008 [...].

2. De beslissing van zelfde datum waardoor verwerende partij de offerte van verzoekende partij als onregelmatig verwerpt”;

Gezien de nota van de verwerende partijen;

Gelet op de beschikking van 12 november 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 27 november 2008, om 11.00 uur;

Gezien het op 20 november 2008 ingediende verzoekschrift waarbij de NV Ahrend Furniture vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat D. Van Heuven, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat K. Ronse, die verschijnt voor de verwerende partijen;

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. Het Agentschap voor Facilitair Management, een intern verzelfstandigd agentschap zonder rechtspersoonlijkheid, opgericht bij besluit van de Vlaamse regering van 11 juni 2004, schrijft een opdracht uit “leveren en plaatsen van modulair bureaumeubilair voor een periode van 3 jaar” met als gunningswijze de algemene offerteaanvraag.

Deze opdracht wordt aangekondigd op 16 februari 2008 in het Publicatieblad van de Europese Unie en op 18 februari 2008 in het Bulletin der Aanbestedingen en wordt beheerst door het bijzonder bestek nr. 2008/GV/AO/GB/015.

Wat de aard van de opdracht betreft vermeldt het bestek :

“Deze opdracht is een klantenopdracht, d.w.z. dat de opdracht uitgevoerd wordt d.m.v. deelbestellingen naargelang van de werkelijke behoeften.

Het sluiten van een overeenkomst op basis van onderhavig bestek geeft de leverancier evenwel geen exclusiviteitsrecht. Gedurende de geldigheidsduur van het contract kunnen prestaties, identiek of analoog aan deze beschreven in onderhavig bestek, (...) door andere leveranciers worden uitgevoerd. De leverancier kan uit dien hoofde geen aanspraak maken op enigerlei vergoeding.

Het betreft de levering en plaatsing van modulair bureau-meubilair bij diverse diensten van de Vlaamse overheid voor een periode van 3 jaar, gerekend vanaf de datum van gunning van de opdracht. De productspecificaties voor het (..) leveren van deze borden worden in dit bestek nader omschreven onder Deel II: technische kenmerken.

[...]

Het agentschap voor Facilitair Management treedt in deze opdracht in hoofde van de Vlaamse Gemeenschap / het Vlaamse Gewest op als opdrachtcentrale cfr. Artikel 2,4 van de Wet van 15 juni 2006. Dit betekent dat alle entiteiten van de Vlaamse Overheid op basis van deze overeenkomst kunnen bestellingen plaatsen”.

Het bestek vermeldt sub “5.4. art. 90 § 2 - Bij de offerte te voegen documenten” hetgeen volgt :

“De inschrijvers voegen bij hun offerte :

1. een gedetailleerde Nederlandstalige, technische documentatie van het aangeboden meubilair;
2. de volledige catalogus + prijslijst van het aangeboden meubilair met aanduiding van de eventuele korting die van toepassing is;

Om tot de keuze van de leverancier te kunnen overgaan kan het bestuur, na de opening van de offertes, schriftelijk één of meerdere proefmodellen opvragen.

De proefmodellen moeten:

1. binnen de opgegeven termijn (ca 2 weken);
2. op het opgegeven adres, vermeld in de brief, worden aangeboden;
3. de exacte weergave (vorm, afmetingen, materialen, technische specificaties...) zijn van de modellen beschreven in de offerte.

Indien aan deze voorwaarden niet wordt voldaan, kan het betreffende bureau-meubilair uitgesloten worden van verdere beoordeling”.

Sub “5.11. art. 115 - De gunning” wordt het volgende vermeld :

“De inschrijvers mogen maximum 1 basisvoorstel indienen dat voldoet aan de technische kenmerken beschreven in deel II van het bestek.

Vrije varianten zijn niet toegestaan.

[...]

Onder de overblijvende biedingen duidt het bestuur vervolgens de voordeligste aan rekening houdend met de volgende gunningscriteria

criterium	belangrijkheid
1. ergonomie - gebruiksvriendelijkheid	20 punten
2. technische kwaliteit	30 punten
3. prijs	30 punten
4. vormgeving	10 punten

5. milieu	10 punten
-----------	-----------

In deel II van het bestek (“technische kenmerken”) wordt er vermeld :

“De kenmerken aangeduid met een [symbool voor een bommetje] zijn minimumeisen die door het bestuur worden opgelegd, dus essentiële criteria. De andere kenmerken moeten geïnterpreteerd worden als eigenschappen die het bestuur positief zal evalueren, dus wensen”.

Alsdan volgen de minimumeisen en wensen van het bestuur. Zo wordt bepaald inzake ladeblok :

“[symbool bommetje] De ladeblok is uitgerust met een gepast anti-kantelsysteem (ladeblokkering, tegengewicht, steunwiel,…)”.

2. De verzoekende partij dient een offerte in en als bijlage bij haar offerte voegt ze een technische fiche betreffende een ladeblok.

3. De offertes worden geopend op 3 april 2008. Er blijken zeven inschrijvingen te zijn ingediend. De verzoekende partij wordt uitgenodigd voor een proefopstelling op 15 en 16 mei 2008. Uit het toewijzingsverslag blijkt dat drie offertes niet conform worden bevonden, waaronder die van de verzoekende partij.

Bij deze offerte wordt het volgende vermeld :

“Mewaf International
 Offerte pag. 36 : De verrolbare ladeblok is uitgerust met een anti-kantelsysteem nl. extra steunwiel op onderste lade.
 Proefopstelling : De aangeboden verrolbare ladeblok is niet uitgerust met een anti-kantelsysteem of bijkomend steunwiel
 [foto onderkant ladeblok]
 besluit
 niet conform”.

De twee conform bevonden offertes (van de NV Ahrend Furniture en de NV Pami) worden alsdan getoetst aan de gunningscriteria. De NV Ahrend Furniture krijgt 88,5 op 100 punten, de NV Pami 75,37. Voorgesteld wordt de opdracht toe te wijzen aan de NV Ahrend Furniture voor een bedrag van 911.928,05 euro.

4. Op 11 juni 2008 beslist de administrateur-generaal van het Agentschap voor Facilitair Management de opdracht toe te wijzen aan de NV Ahrend Furniture onder verwijzing naar “het gemotiveerde gunningsverslag dat als bijlage bij deze beslissing is gevoegd en er integraal deel van uitmaakt”.

Deze beslissing wordt samen met het gunningsverslag aan de verzoekende partij ter kennis gebracht met een brief van 11 juni 2008. In deze brief wordt verwezen naar de mogelijkheid om onder andere een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te dienen.

5. De verzoekende partij laat door een deurwaarder op 19 juni 2008 een proces-verbaal opstellen waaruit zou blijken dat de proefopstelling wel degelijk een ladenblokkeringsysteem bevatte.

6. Bij tussenarrest nr. 185.241 van 8 juli 2008 beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging van de voormelde beslissing van 11 juni 2008 waardoor de offerte van de verzoekende partij als niet conform wordt aangemerkt en de opdracht aan de tussenkomende partij wordt toegewezen.

7. Er wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld met als datum 18 september 2008, ondertekend door dezelfde personen als bij het vorige verslag.

8. Bij de rubriek 4. Technische conformiteit wordt inzake de offertes, onder meer van de tussenkomende partij en van de verzoekende partij het volgende vermeld :

“AHREND FURNITURE: OK

In het bestek p. 14 wordt gevraagd meerdere effen kleuren aan te bieden waaronder lichtgrijs en wit, donkere en lichte eik of gelijkaardig, esdoorn en andere houtimitaties.

De firma Ahrend vermeldt als effen kleuren : wit, lichtgrijs en zandmelée.

Houtimitaties: grijseikenprint, licht beukenprint, Zebrano, donkere eikenprint.

De firma verwijst naar de bijgevoegde stalenfolders waar alle gevraagde kleuren en houtimitaties zoals gevraagd terug te vinden zijn.

Bijgevolg werd geoordeeld dat de aangeboden kleuren en houtimitaties voldeden aan de gestelde voorwaarden van het bestek.

De paar afwijkingen in maatvoering bij de ladeblokken zijn wensen, geen essentiële eisen.

PAMI : OK

BENE : OK

MEWAF: niet conform

Tijdens het technisch nazicht werd vastgesteld dat er omtrent het aangeboden anti-kantelsysteem voor de ladeblok enige onduidelijkheid bestond in de offerte van MEWAF.

Op pag. 36 van de technische invulform van het bestek wordt gevraagd het anti-kantelsysteem te specificeren.

De firma MEWAF vermeldt op pag. 40 (handgeschreven nummering) van haar offerte als specificatie van het aangeboden anti-kantelsysteem een extra steunwiel op de onderste lade. Anderzijds vermeldt MEWAF in de bijlage van haar offerte op pag. 99 echter enerzijds dat 'de laden zijn uitgerust met een ladeblokkering en een tegengewicht' en dat 'de ladeblok voorzien is van een anti-kantelsysteem'. Hier wordt geen extra steunwiel als anti-kantelsysteem vermeld.

De proefopstelling zou over deze onduidelijkheid eventueel uitsluitel geven.
[...]

Bijgevolg worden volgende firma's uitgenodigd voor een proefopstelling op 15 en 16 mei

1. PAMI N.V.

OVERPELT

[...]

3. AHREND FURNITURE

SINT-STEVENS-WOLUWE

[...]

5. MEWAF INTERNATIONAL N.V. MARKE

[...]

PROEFOPSTELLING

Algemeen

In de brieven (zie bijlage) ter uitnodiging voor de proefopstelling werden de firma's er uitdrukkelijk op gewezen dat de proefopstelling een exacte kopie moest zijn van de offerte; zo niet mogen ze niet verder deelnemen. Tijdens het plaatsen van het meubilair tijdens de proefopstelling hebben wij de firma's er nogmaals attent op gemaakt hier bijzonder aandacht aan te besteden.

Om een goede, correcte beoordeling te kunnen uitvoeren :

1. moet de proefopstelling een exacte weergave zijn van de offerte anders is geen objectieve beoordeling mogelijk;
2. moeten gelijkaardige elementen conform het bestek met elkaar kunnen vergeleken worden anders kan de gelijke beoordeling tussen de kandidaten niet gegarandeerd worden.
3. moeten de kandidaten de mogelijkheid krijgen om aan de aanbestedende Overheid te tonen dat zij goederen aan de vooropgestelde voorwaarden en binnen de afgesproken termijn kunnen leveren.

Aangezien deze opdracht niet in percelen is ingedeeld is de aanbestedende overheid verplicht om de offerte van het desbetreffende bureaumeubilair in zijn geheel te weren indien niet aan de voorwaarden wordt voldaan.

Op pag. 9 van het bestek - ART. 5.11 - De gunning staat uitdrukkelijk vermeld dat :

'Om tot de gunning over te gaan het bestuur de onregelmatige biedingen of biedingen betreffende leveringen die niet conform zijn met de minimale voorschriften opgelegd in het bijzonder bestek weert'.

MEWAF

Ladeblok : niet conform

MEWAF biedt op pag. 40 van haar offerte (= pag. 36 getypte nummering rechtsboven) een ladeblok aan voorzien van een extra steunwiel op de onderste lade. De offerte stelt dus een anti-kantelsysteem voor met een extra steunwiel.

Er is uitdrukkelijk gepreciseerd en benadrukt in het bestek dat de proefopstelling identiek moest zijn aan hetgeen in de offerte werd geboden.

De proefopstelling was echter niet conform. Er was immers geen extra steunwiel.

Model proefopstelling : zonder 5^{de} wielje onder de hangmappenlade

[foto]

In de technische bijlage blijkt weliswaar dat er een ladeblokkering en tegengewicht voorgesteld wordt. Er is geen sprake meer van een extra steunwiel.

Er is dus tweemaal ingeschreven, minstens is er een tegenstrijdigheid binnen de offerte.

In de mate dat zou moeten worden aangenomen dat acht zou moeten geslagen worden op de technische bijlagen bij de offerte en niet op de offerte zelf en dat de lade zou moeten uitgerust zijn met een tegengewicht en ladenblokkering, blijkt evenzeer op dit punt uit de proefopstelling dat er noch een tegengewicht, noch een ladeblokkering was.

Het extra steunwiel, tegengewicht of ladeblokkering zijn belangrijke elementen om de veiligheid (kantelgevaar) en het gebruiksgemak (ergonomie) van de ladeblok te beoordelen.

De ladeblok kon dan ook niet naar veiligheid, gebruiksgemak, techniek, kwaliteit, ergonomie beoordeeld worden, wat belangrijke tekortkomingen zijn naar onderlinge vergelijking en de gelijkheid tussen de inschrijvers. Wat niet wordt aangeboden, kan niet beoordeeld worden.

De Vlaamse Overheid streeft ernaar om kwalitatief veilige en duurzame materialen bij het aankopen na te streven.

Besluit ladeblok : niet conform.

Rechthoekig bureau: niet conform

Tijdens de proefopstelling werd vastgesteld dat de technische uitvoering van de zwengel van de hoogteverstelling noch duurzaam noch verantwoord was.

De ophanging van het mechanisme was zeer zwak en tijdens het draaien kon de stang van de zwengel gemakkelijk vervormd, zelfs afgebroken worden.

Bovendien werd ook vastgesteld dat de zwengel niet wegklapbaar was waardoor:

- de bewegingsruimte en werkruimte drastisch beperkt werd (met meer dan 30 cm);
- het ver uitsteken uit het werkvlak een gevaar betekende voor de gebruiker (er tegenaan lopen)

Zwengel kan niet wegklappen, gevaar voor de gebruiker

[foto]

Verlies aan bewegingsruimte (lengte van het bureau)

[foto]

Zwengel zit in de weg (gevaarlijk)

[foto]

Besluit rechthoekig bureau : niet conform

Geen duurzame uitvoering en ergonomisch onverantwoord.

Hoekbureau: niet conform

Dezelfde opmerkingen en besluit als bij het rechthoekig bureau.

[foto]

Besluit hoekbureau: niet conform

Geen duurzame uitvoering en ergonomisch onverantwoord.

Bench: conform

ALGEMEEN BESLUIT MEWAF: NIET CONFORM

- het omschreven anti-kantelsysteem voor de ladeblok is een minimumeis van ons bestek;
- het omschreven anti-kantelsysteem voor de ladeblok was niet op de proefopstelling aanwezig, noch een tegengewicht noch een blokkering;
- het omschreven anti-kantelsysteem voor de ladeblok kon niet naar veiligheid, gebruiksgemak, ergonomie en techniek beoordeeld worden;
- de aangeboden bureaus zijn zowel technisch als ergonomisch onverantwoord opgebouwd.

Op basis van bovenstaande opmerkingen wordt besloten dat de offerte van de firma MEWAF technisch niet conform is”.

De eindconclusie blijft wat ze was; slechts twee inschrijvers worden conform bevonden namelijk NV Ahrend Furniture en NV PAMI. Deze worden gerangschikt naar de gunningscriteria waarbij Ahrend 88,5 op 100 punten bekomt, Pami 75,37.

9. Op 4 november 2008 beslist de Algemeen directeur (voor de administrateur-generaal, afwezig) enerzijds de voormelde gemotiveerde gunningsbeslissing van 11 juni 2008 in te trekken, anderzijds de opdracht op grond van het nieuwe gemotiveerde gunningsverslag van 18 september 2008 dat als onderdeel van de beslissing wordt verklaard, toe te wijzen aan de tussenkomenende partij NV Ahrend Furniture.

Dit is de thans bestreden beslissing.

De grondvoorwaarden voor de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid

10. 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.

11. De verzoekende partij voert vier middelen aan.

Ter terechtzitting is gebleken dat de verzoekende partij bevestigt dat het ladenblok ter terechtzitting onderzocht, datgene bij de proefopstellingen en datgene dat is onderzocht door de deurwaarder, hetzelfde is. Zij geeft toe dat dit ladenblok niet overeenstemt met de besteksvereisten inzake afmetingen; deze vereisten zijn volgens de verzoekende partij zelf substantieel.

Uit het bestek kan afgeleid worden dat deze laatste stellingname niet van alle grond ontbloomt is nu in een aannemelijke interpretatie de figuur van het bommetje ook lijkt te slaan op deze afmetingen temeer deze afmetingen zelf reeds gewag maken van een toegelaten speling van 2 centimeters meer of min. Deze klaarblijkelijke onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij brengt met zich mee dat de verzoekende partij als niet-regelmatige inschrijver slechts geacht kan worden een belang te hebben bij een annulatieberoep tegen de bestreden beslissing indien zij aantoonst dat alle conform verklaarde inschrijvers onterecht conform zijn verklaard en aan geen enkele inschrijver mocht worden toegewezen.

Er zijn te dezen twee inschrijvers conform verklaard : de tussenkomende partij NV Ahrend Furniture en NV Pami; enkel het derde middel houdt kritiek in betreffende de offerte van NV Pami en haar conformverklaring; dit middel is echter niet ernstig zoals hierna zal blijken; dienvolgens lijkt de verzoekende partij geen belang meer te hebben bij de andere middelen in zoverre ze ertoe strekken aan te tonen dat de begunstigde tussenkomende partij ten onrechte conform is verklaard.

12. In het derde middel betoogt de verzoekende partij dat de offertes van de andere inschrijvers minder streng beoordeeld zijn; ze voert de schending aan van het bestek, het gelijkheidsbeginsel, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, en van het “algemeen rechtsbeginsel dat elke overheid verplicht is om haar beslissingen op deugdelijke en materiële motieven te steunen”.

Zij stelt daartoe hetgeen volgt.

Bij de offerte van NV PAMI is er blijkbaar ook een steunwieltes-problematiek terwijl die offerte niet onontvankelijk werd verklaard; bij de eerste beslissing vermeldt de evaluatiefiche van NV Pami dat de mobiele ladenblok is uitgerust met een ladeblokkering, tegengewicht en steunwielte terwijl er in de tabel bij de offerte Pami enkel sprake is van een ladeblokkering en een tegengewicht en er blijkbaar geen steunwielte is; nu is er bij het gunningsverslag van september en bij de thans bestreden beslissing geen vermelding meer van dergelijke problematiek - de offerte van Pami wordt gewoon als technisch OK bestempeld.

13. Bij nazicht van de offerte van de NV Pami blijkt dat deze in de ingevulde offerte zowel ladeblokkering als steunwielte opgeeft, dus minstens één veiligheidssysteem. Mocht er dan toch nog een dubbelzinnigheid kleven aan de offerte van de NV Pami dan lijkt deze evenzeer te mogen genieten van het voordeel dat de verzoekende partij diende te genieten volgens het voormelde tussenarrest namelijk dat deze onduidelijkheid in de offerte - mocht die er zijn - opgehelderd kon worden bij de proefopstelling; er worden echter alvast geen opmerkingen gemaakt in het gunningsverslag noch in de evaluatiefiche, door de verwerende partij bijgebracht stuk ter terechtzitting. Het middel is niet ernstig.

14. Aldus lijkt de verzoekende partij belang te ontberen bij de nietigverklaring van de bestreden beslissing, zodat zij evenmin belang bij de gevraagde schorsing, nu volgens artikel 17, §1, van de voormelde wet, een akte slechts kan worden geschorst indien deze vatbaar is voor nietigverklaring.

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

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Ahrend Furniture 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 vier december 2008, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.