

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 189.124 van 23 december 2008
in de zaak A. 190.534/XII-5639.**

In zake : de NV ZENITEL BELGIUM,
die woonplaats kiest bij
advocaat C. De Wolf,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6

tegen :

de NV A.S.T.R.I.D., naamloze vennootschap van publiek recht,
die woonplaats kiest bij
advocaten P. Flamey en J. Bosquet,
kantoor houdende te Antwerpen,
Jan Van Rijswijcklaan 16.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Zenitel Belgium op 2 december 2008 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van, volgens het gevraagde beslissend gedeelte “de beslissing van Verwerende Partij van onbekende datum, meegedeeld door Verwerende Partij aan Verzoekende Partij bij aangetekend schrijven d.d. 17 november 2008, ontvangen op 18 december 2008, waarbij voor Perceel I en Perceel 3, de offerte van Verzoekende Partij als substantieel onregelmatig wordt verworpen en aldus aan Verzoekende Partij op definitieve wijze het recht wordt ontnomen om voor de betreffende Percelen een raamovereenkomst af te sluiten met een looptijd van één, mogelijks twee jaar”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 3 december 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 18 december 2008, om 10.00 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaten P. Flamey en J. Bosquet, die verschijnen voor de verwerende 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 zijnde opdracht heeft als aanbestedende overheid de NV A.S.T.R.I.D, naamloze vennootschap van publiek recht.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie van 5 juli 2008 en wordt beheerst door het bestek CD-MP-OO-6. Het voorwerp is het sluiten van een raamovereenkomst voor het leveren van TETRA radio-eindapparatuur en het verlenen van bijhorende diensten.

De opdracht wordt aangemerkt als van het type leveringen; de gunningswijze is de algemene offerteaanvraag; de looptijd is één jaar, verlengbaar met één jaar.

De opdracht omvat drie percelen:

- perceel 1: Draagbare radioterminals.
- perceel 2: Draagbare ATEX radioterminals.
- perceel 3: Mobiele en vaste radioterminals.

Volgens het bestek mag er hoogstens één variëteit worden ingediend per perceel. De openingsdatum van de offertes is bepaald op 3 september 2008.

De aangeboden apparatuur dient te voldoen aan de technische specificaties vervat in bijlage B van het bestek.

Op 3 september 2008 dient de verzoekende partij haar inschrijving in; voor elk perceel dient ze een offerte in.

Voor perceel 1 biedt ze volgende apparaten aan :

- Motorola MTH800

- Motorola MTP850.

Voor perceel 3 biedt ze volgende apparaten aan:

- Motorola MTM800
- Cleartone CM5000.

Uit het evaluatieverslag, opgesteld op 3 december 2008, blijkt dat voor perceel 1 het toestel Motorola MTH800 niet conform wordt bevonden met essentiële specificaties van het bestek. Voor perceel 3 worden de toestellen Motorola MTM800 en CleartoneCM500 om dezelfde reden als niet conform aangemerkt.

Vervolgens wordt een “gunningsbeslissing” getroffen - document zonder datum waarin de overwegingen en de conclusies van het gunningsverslag worden overgenomen.

Beslist wordt :

- perceel 1 'Draagbare radio's' toe te wijzen aan de firma's Koning & Hartman b.v. met de Motorola MTP850, Zenitel Belgium NV met Motorola MTP850, AEG Belgium NV met de EADS THR880i en Abiom CS bvba met de Sepura STP8038s GPS, volgens de prijzen vermeld in hun offerte.
- [...]
- perceel 3 'Mobiele en vaste radio's' toe te wijzen aan de firma's Abiom CS bvba met de Sepura SRG3500, Abiom CS bvba met de Sepura SRG3500s GPS en AEG Belgium NV met de EADS TMR 880i, volgens de prijzen vermeld in hun offerte”.

In een aan de Raad van State voorgelegde verklaring stelt de verwerende partij dat de beslissing van 17 november 2008 dateert, tevens de dag waarop bij aangetekende brief de verzoekende partij door de verwerende partij in kennis wordt gesteld van hetgeen volgt:

“Betreft: [...]

Kennisgeving onregelmatige offerte van de Motorola MTH800 voor perceel 1, onregelmatige offerte van de Selex Puma T3 ATEX en MTP850EX voor perceel 2 en onregelmatige offerte van de Motorola MTM800E en Cleartone CM5000 voor perceel 3.

[...]

Met toepassing van artikel 51 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, moet ik U met spijt meedelen dat uw offerte om volgende redenen onregelmatig werd bevonden:

Betreffende Perceel 1:

De MTH800 voldoet niet aan een aantal essentiële specificaties die worden opgesomd in bijlage B van het bestek:

- Het toestel is niet conform aan essentiële specificatie nr. 1511 betreffende het in direct mode kunnen werken overeenkomstig de norm ETS 300 396.
- Het toestel is niet conform aan essentiële specificatie nr. 1520 betreffende de Core Services functionaliteit die in overeenstemming moet zijn met de eisen vermeld in TTR 002-01.

Het bestek stelt: 'offertes die niet voldoen aan één enkele van deze (essentiële) specificaties, zullen als niet-conform worden beschouwd en niet verder in aanmerking worden genomen' (Punt 2.5.1 van het bestek).

Volgens artikel 89 van het K.B. van 8 januari 1996 worden de technische specificaties beschouwd als 'een essentiële voorwaarde van de opdracht'.

Krachtens artikel 110, § 2 van het K.B. van 08.01.1996 is elke offerte die afwijkt van de essentiële bepalingen van het bestek substantieel onregelmatig en derhalve volstrekt nietig.

[...]

Betreffende Perceel 3:

De MTM800 voldoet niet aan een aantal essentiële specificaties die worden opgesomd in bijlage B van het bestek:

- Het toestel is niet conform aan essentiële specificatie nr. 1511 betreffende het in direct mode kunnen werken overeenkomstig de norm ETS 300 396.
- Het toestel is niet conform aan essentiële specificatie nr. 1520 betreffende de Core Services functionaliteit die in overeenstemming moet zijn met de eisen vermeld in TTR 002-01.

Het bestek stelt: 'offertes die niet voldoen aan één enkele van deze (essentiële) specificaties, zullen als niet-conform worden beschouwd en niet verder in aanmerking worden genomen' (Punt 2.5.1 van het bestek).

Volgens artikel 89 van het K.B. van 8 januari 1996 worden de technische specificaties beschouwd als 'een essentiële voorwaarde van de opdracht'.

Krachtens artikel 110, § 2 van het K.B. van 08.01.1996 is elke offerte die afwijkt van de essentiële bepalingen van het bestek substantieel onregelmatig en derhalve volstrekt nietig.

De Cleartone CM5000 waarmee Zenitel Belgium NV voor perceel 3 intekent, werd nog niet gevalideerd voor het gebruik op het ASTRID-netwerk. A.S.T.R.I.D. heeft aanvankelijk een staal ter validatie ontvangen. Deze radio beschikt echter niet over een geldig IOP certificaat. De validatieprocedure vermeldt dat in dergelijk geval de fabrikant een DoC (Declaration of Communality) mag afleveren waarin hij verklaart dat de nieuwe radio compliant is aan een reeds gevalideerde radio met gevalideerde software. Deze documenten waren echter niet in orde voor de CM5000. Het correct document werd pas ontvangen op 2 oktober 2008 en vermeldt een nieuwere softwareversie dan de softwareversie op de radio die reeds aangeleverd werd. Een nieuw staal werd vervolgens aangeleverd, doch dit gebeurde na opening der offertes, hetgeen in strijd is met punt 10.3.3. van het bestek. Er bestaat voldoende grond om de offerte van Zenitel Belgium NV betreffende Cleartone

CM5000 niet regelmatig en non-conform te verklaren voor perceel 3, dit onder verwijzing naar punt 10.3.1. van het bestek dat het volgende bepaalt 'radio's die nog geen validatieattest hebben zullen altijd als staal aangeboden moeten worden', naar punt 10.3.2. 'Validatie' en punt 10.3.3. 'Stalen die de inschrijver aan A.S.T.R.I.D. moet bezorgen op straffe van niet-conformiteit van de offerte indien van toepassing (zie §10.1)'. De offerte van Zenitel Belgium NV betreffende de Cleartone CM5000 voor perceel 3 wordt dus als niet conform terzijde geschoven en uitgesloten van de evaluatie en toewijzing van perceel 3".

De grondvoorwaarden voor de schorsing

2. 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.

3. Wat betreft de derde voorwaarde voert de verzoekende partij als moeilijk te herstellen ernstige nadeel aan dat "als gevolg van de gunning" van de opdracht de raamovereenkomst tussen de verwerende partij en de gekozen inschrijver zal tot stand komen, zodat zij onherroepelijk elke kans zal verliezen om zelf nog de opdracht uit te voeren. Zij wijst daarbij op het belang van de opdracht, Europees bekendgemaakt, en de referentiewaarde ervan.

4. De verzoekende partij gaat er in haar nadeelsbeschrijving van uit dat zij geen enkel onderdeel van de opdracht toegewezen krijgt. Dit is onjuist: voor perceel 1 is zij wel degelijk een van de leveranciers die een toestel mag leveren, namelijk haar MTP850. Dit is wel niet het geval, voor perceel 1, wat toestel MTM800 betreft en voor het gehele perceel 3, waar zij met de toestellen MTM800 en Cleartone CM5000 inschreef.

Uit de referentie bovenaan de voormelde brief van 17 november 2008 had de verzoekende partij nochtans de juiste toedracht van de onregelmatig-verklaring kunnen afleiden: daar is immers voor perceel 1 enkel sprake van het toestel Motorola MTH800. Het lijkt dat de brief ongetwijfeld duidelijker had kunnen worden gesteld, nu er immers telkens sprake is, in het algemeen, van het feit dat de "offerte" van de verzoekende partij onregelmatig werd bevonden waarbij zou kunnen worden gedacht dat het beide percelen in hun geheel betreft. Ook lijkt het wat ongelukkig

dat in fine sprake is van "deze gunningsbeslissing" die het voorwerp van een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State kan uitmaken, terwijl blijkbaar enkel de onregelmatigheidsverklaringen in die brief aan bod komen.

Deze onvolkomenheden van de kennisgevingsbrief maken echter niet dat de stelling van de verzoekende partij, die zij ter terechtzitting verdedigde, namelijk dat zij met haar vordering ook de toewijzingsbeslissing heeft aangevochten, mag worden bijgevalen. Zij heeft op de eerste bladzijde van haar inleidend verzoekschrift weliswaar de brief van 17 november 2008 aangehaald maar met weglating van de voornoemde referentie. In de hele brief is nu juist geen sprake van een toewijzingsbeslissing, noch enige vermelding voorhanden van begunstigden; uit de slotformule die naar de mogelijkheid van een beroep tot nietigverklaring van de "gunningsbeslissing" verwijst mag niet worden afgeleid dat met die brief een toewijzingsbeslissing werd medegedeeld. Aldus kan uit het citaat van die brief in het verzoekschrift ook niet voortvloeien dat dergelijke beslissing in het voorwerp van de vordering ligt besloten.

De verzoekende partij beperkt het voorwerp van haar vordering in het gevraagde dispositief overigens tot de beslissing in zoverre daarin haar offerte "als substantieel onregelmatig wordt verworpen". Zij betreft nergens in dat voorwerp enige beslissing waarbij concurrerende inschrijvers worden aangewezen als leveranciers. In haar inleidend verzoekschrift bij de uiteenzetting van de uiterst dringende noodzakelijkheid maakt de verzoekende wel allusie op de toewijzingsbeslissing aangezien ze vreest dat de verwerende partij "de gunningsprocedure zal verderzetten en de opdracht zal gunnen". De verzoekende partij heeft niettemin de verwerende partij op geen moment bevraagd betreffende de toewijzingsbeslissing, noch een ondubbelzinnige voorziening daartegen ingesteld, ook niet nadat de nota en het administratief dossier van de verwerende partij zijn neergelegd.

Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat een schorsing van de bestreden beslissing zoals deze in het inleidend verzoekschrift is omschreven, het door de verzoekende partij aangevoerd nadeel niet kan weren. Immers, zelfs indien de gevraagde schorsing wordt bevolen, wordt de toewijzingsbeslissing betreffende de opdracht en de uitvoering daarvan, onverlet gelaten en het is juist door de tenuitvoerlegging van die beslissing dat het aangevoerde nadeel wordt teweegebracht, de opdracht niet zelf te kunnen uitvoeren, althans wat het gehele perceel 3 betreft en wat perceel 1 betreft, met het toestel MTM800. De verzoekende partij heeft geen vordering tegen die toewijzingsbeslissing ingesteld, zodat het nadeel

waarvan de verzoekende partij aanvoert dat het haar bedreigt, niet kan worden tenietgedaan of vermeden door de gevraagde schorsing. Die vaststelling volstaat om de vordering af te wijzen.

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

Artikel 1.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 2.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op drieëntwintig december 2008, door :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	F. BONTINCK,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

D. VERBIEST.