

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 190.153 van 3 februari 2009
in de zaak A. 190.891/XII-5666.**

In zake : de NV DVS AIR AND SEA,
voorheen NV ABX LOGISTICS BELGIUM,
die woonplaats kiest bij
advocaten S. Verbist en K. Van Alsenoy,
kantoor houdende te Antwerpen,
Graaf van Hoornestraat 34

tegen :

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

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de nv DVS Air and Sea op 29 december 2008 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “de beslissing van de aanbestedende overheid, de Federale Politie, in een onderhandelingprocedure met bekendmaking bij de aanvang van de procedure, betreffende een open meerjarige overeenkomst van diensten voor het uitbesteden van de bestelmodule, de opslag en distributie van de basisuitrusting, evenals het aanleveren van de benodigde hardware en software ter ondersteuning van de activiteiten ten voordele van de geïntegreerde politie, om op basis van artikel 68 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, de offerte van verzoekende partij niet in aanmerking te nemen”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 30 december 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 27 januari 2009, om 11.30 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat K. Van Alsenoy, die loco advocaat S. Verbist verschijnt voor verzoekende partij, en van advocaten L. Schellekens en J. Arnauts, die loco advocaat D. D'Hooghe verschijnen voor verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur I. Vos;

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 Federale overheidsdienst binnenlandse zaken schrijft een overheidsopdracht uit voor warehousing. Het betreft een open meerjarige overeenkomst van diensten voor de bestelmodule, opslag en distributie van de basisuitrusting voor de geïntegreerde politie. De gekozen gunningswijze is de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

De opdracht wordt op 2 april 2008 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 3 april 2008 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

De totale waarde van de opdracht wordt geraamd op 13.485.538,02 euro, btw niet inbegrepen.

2. Bijlage B bij de aankondiging bevat de selectiecriteria. Hierin wordt vermeld dat de aanbestedende overheid, naast de toetsing van een aantal minimale selectiecriteria, zal overgaan tot de rangschikking van de kandidaten op grond van de selectiecriteria en dat enkel de drie best gerangschikte kandidaten een bestek zullen toegestuurd krijgen.

3. De aanvragen tot deelneming dienen uiterlijk op 15 mei 2008 om 11 u te worden ingediend. Vijf ondernemingen dienen een aanvraag tot deelneming in, waaronder een vanwege “ABX Logistics” (driemaal als dusdanig vermeld op de eerste bladzijde). Bij die aanvraag is een schrijven gevoegd van Bruno Jacques die verduidelijkt dat “ABX Logistics Worldwide” zich kandidaat stelt.

4. In het verslag van 2 juni 2008 en de gemotiveerde beslissing van 18 juli 2008 betreffende de kwalitatieve selectie van de kandidaturen wordt beslist om alleen de kandidaturen van de ondernemingen ABX Logistics World Wide, DHL Exel Supply Chain en Hessennatie Logistics te selecteren en om dus enkel aan deze drie ondernemingen het bestek over te maken.

5. Bij aangetekend schrijven van 30 juli 2008, gericht aan “ABX Logistics, t.a.v. Bruno Jacques”, Grote Heimelinkstraat 67/69, 9100 Sint-Niklaas, deelt de Minister van Binnenlandse Zaken mee dat deze inschrijver batig werd gerangschikt en wordt het bestek toegestuurd.

6. Op 13 oktober 2008 dient nv ABX Logistics Belgium, met ondernemingsnummer 0480.191.966, een offerte in. Die identiteitsgegevens zijn duidelijk vermeld onder “identificatie van de inschrijver” (blz. 4).

7. Met een e-mail van 20 oktober 2008 vraagt de verwerende partij het ondernemingsnummer op van ABX Logistics Worldwide.

8. Op 12 december 2008 wordt door de Minister van Binnenlandse Zaken beslist dat de offerte van nv ABX Logistics Belgium niet in aanmerking kan worden genomen voor de toewijzing van de opdracht.

9. Op 15 december 2008 wordt deze beslissing meegedeeld aan de verzoekende partij. Deze beslissing is gemotiveerd met een verwijzing naar artikel 68 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, en voorts als volgt :

“In de initiële kandidatuurstelling stelde ABX Logistics zich kandidaat. De gegevens betreffende de kwalitatieve selectie hadden echter betrekking op ABX Logistics World Wide, terwijl er elders naar ABX Logistics Belgium verwezen wordt. Om deze onduidelijkheid weg te werken, werd er gevraagd een duidelijk standpunt in te nemen en jullie bevestigden dat het ABX Logistics World Wide (ondernemingsnummer : 0861.445.419) was die zich kandidaat gesteld heeft. De kwalitatieve selectie werd dan ook uitgevoerd op basis van de gegevens van ABX Logistics World Wide, waardoor deze firma batig gerangschikt werd en dus geselecteerd werd voor het verdere verloop van de procedure.

Na de afgifte van offertes blijkt nu dat het de firma ABX Logistics Belgium NV (ondernemingsnummer: 0480.191.966) is die een offerte ingediend heeft.

Vooreerst moet er gesteld worden dat overeenkomstig artikel 68 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 enkel aan de geselecteerde kandidaten een bestek wordt opgestuurd ter uitnodiging van het indienen van een offerte.

De rangschikking omtrent de kwalitatieve selectie werd opgesteld op basis van de capaciteiten van de firma ABX Logistics Worldwide. Enkel de drie eerst gerangschikte firma's werden weerhouden. De twee andere firma's werden uitgesloten wegens niet batig gerangschikt.

Met deze rangschikking werd de fase van de kwalitatieve selectie definitief afgesloten en is het procedurematig onwettig om bij de ontvangst van de offerte, de kwalitatieve selectie te herbeginnen met de firma ABX Logistics Belgium NV op basis van haar specifieke capaciteiten.

Het is eveneens onaanvaardbaar de firma ABX Logistics Belgium NV de mogelijkheid te geven opnieuw van onderneming te veranderen, aangezien dit de gelijkheid tussen de inschrijvers kan schaden."

In dit schrijven wordt tevens verwezen naar artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en wordt een wachttermijn van 10 kalenderdagen toegekend.

10. Op 19 december 2008 zendt Bruno Jacques, de General Manager Contract van nv ABX-Logistics Belgium, een e-mail aan de verwerende partij waarin hij meedeelt dat hij tot zijn verrassing het voormelde schrijven van 15 december 2008 heeft ontvangen. Hij wijst erop dat zij recent zijn overgenomen door DSV en dat er ongewild blijkbaar een vergissing is gebeurd. Tevens vraagt hij of deze vergissing nog kan worden rechtgezet en of ze de offerte verder op ABX Worldwide kunnen laten doorvoeren, wat volgens hem ook initieel de intentie was.

11. Bij brief van 24 december 2008 delen de raadslieden van nv DVS Air and Sea, sinds die dag "rechtsopvolger van nv ABX Logistics Belgium", aan de verwerende partij mee dat zij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid instellen bij de Raad van State.

De verwerende partijen

12. Zoals de eerste verwerende partij betoogt, zijn er geen redenen om "de federale politie" mede als verwerende partij aan te merken, nu de bestreden beslissing is genomen door de minister van Binnenlandse Zaken.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

13. 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.

14. Wat de tweede voorwaarde betreft voert de verzoekende partij in een *enig middel* de schending aan van artikel 68 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, evenals van het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij stelt in essentie dat uit haar kandidatuurstelling wel degelijk blijkt dat het ABX Logistics Belgium is die zich kandidaat heeft gesteld en dat naar ABX Logistics Worldwide en referenties daarvan enkel verwezen werd om haar bekwaamheid aan te tonen, wat toelaatbaar zou zijn.

Zij wijst erop dat, aangezien de verwerende partij haar uitnodiging om de offerte in te dienen naar het adres van ABX Logistics Belgium zond, zij wel degelijk wist dat het ABX Logistics Belgium was die zich kandidaat had gesteld.

Voorts merkt zij op dat zij nooit op welke wijze dan ook bevestigd heeft dat ABX Logistics World Wide zich kandidaat stelde voor deze opdracht.

Zowel in de kandidaatstelling als in de offerte is de inschrijver volgens de verzoekende partij nv ABX Logistics Belgium, die zich beroept op de ervaring van andere vennootschappen binnen de “groep” ABX Logistics World Wide om haar bekwaamheid inzake de opslag van textiel aan te tonen. Door haar kandidatuurstelling op een andere wijze te begrijpen zou de verwerende partij de in het middel aangehaalde bepaling en beginselen schenden.

15. Artikel 68, tweede lid, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidt als volgt :

“Bij beperkte aanbesteding, beperkte offerteaanvraag en onderhandelings-procedure met bekendmaking bij de aanvang van de procedure in de zin van artikel 17, § 3, van de wet, kiest de aanbestedende overheid uit degenen die aan de in de artikelen 69 tot 72 van dit besluit gestelde kwalificaties voldoen de gegadigden die ze respectievelijk uitnodigt een offerte in te dienen of deel te nemen aan de onderhandelingen op grond van de inlichtingen betreffende de eigen situatie van de dienstverlener en van de inlichtingen en documenten die nodig zijn voor de beoordeling van de financiële, economische en technische minimumeisen waaraan hij moet voldoen”.

De verwerende partij lijkt aldus terecht op te merken dat degene die zich geen kandidaat heeft gesteld en waarvan de kandidaatstelling aldus niet getoetst werd aan de selectiecriteria, niet kan worden uitgenodigd om een offerte in te dienen. De keuze dient volgens de aangehaalde bepaling immers te gebeuren uit diegenen die aan de kwalificatiecriteria voldoen.

Op grond van de stukken van het administratief dossier lijkt het dat verwerende partij niet onzorgvuldig en niet buiten de perken van de redelijkheid handelde door ervan uit te gaan dat het ABX Logistics Worldwide is die zich kandidaat heeft gesteld en dat de offerte daarentegen werd ingediend door een andere rechtspersoon zijnde nv ABX Logistics Belgium. De kandidaatstelling zelf lijkt op dit punt niet duidelijk te zijn geformuleerd, zelfs in acht genomen het door verzoekende partij benadrukte feit dat een kandidaat zich eventueel kan beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten. In het afzonderlijk schrijven van Bruno Jacques in verband met de kandidatuurstelling wordt die dubbelzinnigheid echter opgeheven, nu daarin letterlijk het volgende wordt gesteld :

“Met dit document stelt ABX Logistics Worldwide zich kandidaat voor de aanbesteding van de Federale Politie mbt opslag en distributie van de persoonlijke uitrusting.
ABX Logistics Worldwide zal in zijn kandidatuurstelling de diverse posten opnemen, het beheer en de uitvoering ervan zal gebeuren door ABX Contract Logistics België in samenwerking met andere kwalitatieve onderaannemers”.

Aangezien voormeld schrijven ondertekend was door Bruno Jacques, lijkt het op het eerste gezicht ook niet onterecht dat de uitnodiging om een offerte in te dienen ook aan deze contactpersoon werd gericht.

Ten slotte blijkt de verzoekende partij in de voormelde e-mail van 19 december 2008 zelf te hebben toegegeven dat het aanvankelijk de bedoeling was om met ABX Logistics Worldwide in te schrijven en dat de offerte ingediend namens nv ABX Logistics Belgium een vergissing was. Het komt dan ook niet ernstig voor dat in het kader van de voorliggende procedure voor de Raad van State net het omgekeerde wordt beweerd.

16. Het enige middel is niet ernstig. Aldus is niet voldaan aan de tweede van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die vervuld moeten zijn om de schorsing toe te wijzen. Die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen.

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

Artikel 1.

De Federale Politie wordt als verwerende partij buiten de zaak gesteld.

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.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
drie februari 2009, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

D. VERBIEST.