

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 209.366 van 30 november 2010
in de zaak A. 198.068/XII-6395**

In zake: de NV DIMATEC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Marc Cottyn
kantoor houdend te Aalst
Leopoldlaan 32 A bus 1-2
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE VERVOERMAATSCHAPPIJ - DE LIJN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Lindemans en Jochen Honnay
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 oktober 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de raad van bestuur van de Vlaamse Vervoersmaatschappij De lijn van 13.10.2010 verzonden per aangetekend schrijven van 16.10.2010, waarbij aan verzoekende partij werd meegedeeld dat haar offerte van 27.08.2010 m.b.t. ‘leveren van informatiekaders’ niet de meest gunstige offerte is, dat de offerte van de firma Epsilon de meest gunstige aanbieding is en dat vervolgens de overheidsopdracht voor het leveren en plaatsen van informatiekaders voor de halten van De Lijn werd toegewezen aan de firma Epsilon”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 november 2010, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Wendy Van Laethem, die loco advocaat Marc Cottyn verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Dirk Lindemans, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor het leveren van “informatiekaders”.

De aankondiging van de opdracht wordt op 6 juli 2010 bekend gemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie en op 7 juli 2010 in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.2. Het bijzonder bestek 00195G2 is van toepassing op de opdracht.

Het bestek omschrijft het voorwerp van de opdracht op blz. 4:

“Deze opdracht omvat alle leveringen van informatiekaders. De totale omvang van de opdracht ligt niet precies vast en kan variëren tussen de 7000 en de 12000 stuks. Er wordt uitgegaan van een vermoedelijke hoeveelheid van 9000 individuele informatiekaders, die initieel afgeroepen zullen worden per 1000 stuks daarna per 250 stuks (of meervoud hiervan) gedurende een periode van max. 24 maanden”.

Het bestek bepaalt op blz. 6 de volgende gunningscriteria: prijs (50 %), technische waarde (25 %), esthetische waarde (20 %) en leveringsmodaliteiten (5 %). Onder deze “criteria voor gunning van de opdracht” wordt tevens bepaald dat het toegelaten is één variante in te dienen.

Het bestek bevat in het derde deel (blz. 12) de “specifieke vereisten informatiekaders”. De informatiekaders zullen door De Lijn worden gebruikt om informatie te kunnen bevestigen aan haltepalen en moeten twee gelamineerde A3 documenten in “portrait” onder mekaar kunnen bevatten. Een van de gestelde vereisten is “Weersbestendig, IP65”.

De IP-codering is volgens het gunningsverslag blijkbaar een afkorting van “International Protection Rating” of “Ingress Protection” en een “aanduiding voor de mate van beveiliging van de constructies tegen schade door binnendringende deeltjes en vocht”. Volgens de nota is het “een internationale aanvaarde standaard (van de ‘International Electronic Commission’) voor de water- en stofdichtheid van materialen” waarbij “weerbestendig IP 65” wil zeggen dat het geleverd product volledig beschermd moet zijn tegen stof (cijfer 6) en bestand moet zijn tegen “waterstralen gespoten uit alle richtingen” (cijfer 5).

In een e-mail van 26 juli 2010 bevestigde verwerende partij dat een aanbieder, om besteksconform te zijn, moet voldoen aan de IP65-norm:

“Een van de kandidaten vroeg ons of het mogelijk was af te wijken van de IP65 norm opgenomen in het Bestek.
Helaas moeten wij negatief op deze vraag antwoorden.
Een aanbieder moet dus om conform te zijn, aan de IP65 norm voldoen”.

Onder “verplicht bij te voegen documenten” bepaalt het bestek op blz. 5:

“Buiten de documenten voor de kwalitatieve selectie, die op basis van de voorgaande artikelen 16 tot 20 worden geëist, nl.:

- R.S.Z.-attest
- Verklaring onder eed met de bevestiging zich niet te verkeren in de gevallen opgesomd in artikel 39 van het K.B. van 10.1.1996 die aanleiding zouden kunnen geven tot uitsluiting.
- Desgevallend specifiek vereiste technische documenten eigen aan de opdracht

voegt de inschrijver het volgende bij zijn offerte:

- zo nodig, een nota waarin de inschrijver verklaart dat hij bij het opstellen van zijn offerte rekening heeft gehouden met eventuele verbeterberichten met vermelding van nummers en omschrijvingen
- Ingevuld en ondertekend inschrijvingsbiljet
- Documenten teneinde de inschrijving te kunnen beoordelen:
 - Ingevulde en ondertekende inventaris
 - Lijst van referentieprojecten".

Onder "indiening van de offerte" bepaalt het bijzonder bestek (blz. 6) onder meer dat "de offerte [...] op straffe van nietigheid minimaal vergezeld [zal] zijn van een representatief monster (staal) minstens van de voorgestelde kader, dit om de beoordeling van de esthetiek en het gebruikte profiel te kunnen doen. Wanneer geen 'volledige' monsters (stalen) kunnen geleverd worden, dwz incl. bevestigingsmechanisme aan de paal, zullen hiervan op straffe van nietigheid duidelijke 3D afbeeldingen meegeleverd worden, met daarop zichtbaar ook schacht van de haltepaal van De Lijn (zie bijlage 1) worden voorzien. Verder zullen ook waarheidsgetrouwe 3D afbeeldingen van de een duo-, trio- en quattro-opstelling moeten geleverd worden".

3.3. De offertes worden geopend op 27 augustus 2010. Uit het toewijzingsverslag en de gemotiveerde beslissing van toewijzing blijkt dat offertes werden ingediend door verzoekende partij, die een basisofferte indiende en twee varianten, en door de nv Epsilon, die een basisofferte indiende.

3.4. In het toewijzingsverslag van 13 september 2010 wordt variant 2 van verzoekende partij niet conform geacht en uitgesloten omdat deze slechts voldoet aan norm IP54 terwijl blijkens het bestek de norm van IP65 moet worden gehaald. De basisofferte en de eerste variant van verzoekende partij en het model van de nv Epsilon voldoen volgens het toewijzingsverslag aan de technische bepalingen:

“3.3 Technisch nazicht

De firma Dimatec diende in haar offerte drie varianten in: een variant in inox, een variant in inox afgewerkt met poederlak en een variant die slechts voldoet aan de IP54 norm. Deze laatste variant werd onmiddellijk uitgesloten wegens non-conform, het lastenboek vermeldde duidelijk dat de norm van IP65 moet gehaald worden. De basisofferte en de variante 1 van Dimatec voldoen wel aan de technische bepalingen.

Epsilon bood slechts één model aan. De offerte van Epsilon voldoet aan de technische bepalingen van het lastenboek.

3.4 Besluit na nazicht

De variante 2 van Dimatec is niet-conform en wordt uitgesloten. De overige offertes zullen verder beoordeeld worden”.

De toetsing aan de gunningscriteria leidt tot het besluit dat de offerte van de nv Epsilon de meest gunstige regelmatige bieding is met 96,45 punten en voor een bedrag van 818.600 euro. De basisofferte van verzoekende partij scoort 57,20 op 100 en haar variant 1 59,46 op 100. Er wordt dan ook voorgesteld “het leveren van informatiekaders voor de halten van De Lijn toe te wijzen aan de firma Epsilon, [...] te 3960 Bree, voor een bedrag van 818.600,00 euro, dit onder de opschortende voorwaarde dat deze levering wordt gesubsidieerd door het Vlaamse Gewest”.

3.5. Op 13 oktober 2010 neemt met verwijzing naar de voormelde rangschikking, de raad van bestuur de te dezen bestreden “gemotiveerde beslissing van toewijzing” om de opdracht te gunnen aan nv Epsilon “voor een bedrag van 818.600 euro onder opschortende voorwaarde dat deze levering worden gesubsidieerd door het Vlaamse Gewest”.

3.6. Met een aangetekende brief van 16 oktober 2010 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat in haar offerte geen onregelmatigheden zijn vastgesteld maar dat haar offerte niet de meest gunstige was. “De nota en de gemotiveerde beslissing van de raad van bestuur van De Lijn van 13 oktober 2010” worden bijgevoegd en *in fine* wordt vermeld dat verzoekende partij “conform artikel 21bis van de Wet van 24.12.1993” over een periode van 15 dagen beschikt, die volgt op de verzenddatum van de brief, om

eventueel beroep aan te tekenen bij een rechtscollège in kort geding of bij de Raad van State met een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Met een eveneens 16 oktober 2010 gedateerde aangetekende brief wordt aan de nv Epsilon meegedeeld dat haar offerte de meest gunstige regelmatige offerte is, doch dat deze mededeling geen enkele contractuele verbintenis tot stand brengt en enkel een mededeling is.

Met een e-mail van 28 oktober 2010 deelt verwerende partij aan de raadvrouw van verzoekende partij het gunningsverslag mee en een attest dat de nv Epsilon bij haar offerte voegde.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering en werpt daartoe een exceptie op. Zij betwist eveneens het belang bij het enig middel.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

V. De schorsingsvoorwaarden

5. Overeenkomstig 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. De aankondiging van de kwestieuze opdracht werd echter bekend gemaakt na 24 februari 2010.

Dienvolgens is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten te dezen van toepassing. De voornoemde wet van 23 december 2009 is immers in werking getreden op 25 februari 2010 krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit van 10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Overeenkomstig artikel 7 van de voornoemde wet van 23 december 2009 bepaalt de Koning de datum van haar inwerkingtreding en zijn enkel overheidsopdrachten die zijn bekendgemaakt vanaf die datum, zoals de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

Volgens het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is aldus voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist. Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het middel

Uiteenzetting van het middel

7. In een *enig middel* roept verzoekende partij de schending in van “artikel 110 § 2 van het KB van 8.01.1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Verzoekende partij acht deze rechtsnormen in essentie geschonden omdat verwerende partij ten onrechte de offerte van nv Epsilon regelmatig achtte en dus ook ten onrechte de opdracht aan deze inschrijver heeft gegund. In het kader van het onderzoek naar de regelmatigheid van de offerte van nv Epsilon had verwerende partij moeten opmerken dat het testrapport dat deze onderneming voorlegde dateert van 9 januari 2006 en betrekking heeft op een ander product, meer bepaald “Medialight Compact”, een elektrisch signaalbord, terwijl de opdracht betrekking heeft op informatiekaders waarbij geen sprake is van een elektrisch signaal. Beide producten hebben een ander concept en zijn verschillend. Verwerende partij heeft bijgevolg ten onrechte uit dit rapport afgeleid dat nv Epsilon voldeed aan de essentiële besteksbepalings-voldoen aan de IP65-norm- en had de offerte van deze inschrijver daarentegen moeten uitsluiten als niet-conform, nu deze niet aantoonde dat het aangeboden product voldoet aan die besteksvereiste.

Beoordeling

8. Gelet op de vermeldingen in de aankondiging en in het bestek en gelet op het voorwerp van de opdracht en het gebruik dat zal worden gemaakt van de informatiedragers, wordt in de huidige stand van het geding met verwerende partij in de nota aangenomen dat de opdracht onder de zogenaamde bijzondere sectoren valt, namelijk vervoer als bedoeld in artikel 32 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Dit houdt te dezen echter niet in dat het middel in zoverre het verwijst naar artikel 110, § 2, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, dat dan niet toepasselijk is, om die reden alleen niet ernstig is. Die verwijzing kan immers worden gelezen als een verwijzing naar het overeenstemmende artikel 98, § 2, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, zoals ook verwerende partij in de nota doet “voor zover dienend”.

9. Het voormelde artikel 98, § 2, bepaalt:

“Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 77, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”.

Dat artikel 77 verwijst naar “de prijzen, termijnen, technische specificaties” als essentiële voorwaarden van de opdracht.

10. Het bijzonder bestek stelt als specifieke vereisten voor de te leveren informatiekaders onder meer “weersbestendig, IP65”. Verwerende partij bevestigde vóór het indienen van de offertes ook dat van deze norm niet mocht worden afgeweken en dat een aanbieding, om besteksconform te zijn, aan de IP65-norm moest voldoen. De tweede variëte van verzoekende partij werd trouwens niet-conform geacht omdat deze slechts aan de IP54-norm voldeed.

11. Het lijkt dan ook te gaan om een essentiële bestekbepaling waarvan de afwijking in beginsel moet leiden tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte. Verwerende partij betwist in haar nota dit uitgangspunt van het enig middel niet.

12. *Prima facie* toont verzoekende partij echter niet aan dat de door de gekozen inschrijver nv Epsilon aangeboden informatiekaders niet voldoen aan de IP65-norm.

In de eerste plaats voert verzoekende partij weliswaar aan dat verwerende partij uit het voorgelegde attest niet mocht afleiden dat het door nv Epsilon aangeboden product aan die norm voldeed, maar vervolgens lijkt verzoekende partij niet aan te tonen dat het product zelf niet voldoet.

In de mate dat zij aanvoert dat het voorgelegde attest niet volstaat nu het dateert van 9 januari 2006, toont zij immers *prima facie* niet aan waarom die datum relevant is voor het beoordelen van de betrokken conformiteit. Zij toont ook niet aan waar het bijzonder bestek het bijvoegen van attesten of andere bewijsstukken inzake weerbestendigheid vereist, laat staan een attest van een bepaalde datum.

In de mate dat zij aanvoert dat dit attest het product Medialight Compact betreft terwijl het te dezen om informatiekaders gaat, bevestigt verwerende partij in de nota, en het blijkt ook uit de voorgelegde offerte van de gekozen inschrijver nv Epsilon, dat de Medialight Compact systemen niet de aangeboden informatiekaders zijn. Wel wordt in die offerte vermeld dat de standaard lichtbak Medialight Compact “is opgebouwd met een zeer gelijkaardige basis- en raamkader, met dezelfde rubberdichting ertussen”.

In de huidige stand van het geding wordt aldus *prima facie* niet aangetoond waarom beide producten voor dit punt van weerbestendigheid en norm IP65 niet vergelijkbaar kunnen zijn en dus ook niet dat het bijgevoegde testrapport van Medialight Compact niet relevant kan zijn. Verzoekende partij stelt weliswaar dat beide producten van een ander concept uitgaan en verschillend zijn, maar licht dit enkel toe met verwijzing naar het elektrisch signaal bij Medialight Compact, product dat zij omschrijft als een “elektrisch signaalbord”. Uit de bij het verzoekschrift gevoegde technische beschrijving van Medialight Compact lijkt te kunnen worden afgeleid dat het gaat om een kader met centrale lichtplaat voor uithangen van posters. Er wordt niet *prima facie* aangetoond waarom dit kader niet kan worden vergeleken met een “informatiekader” en dus ook niet waarom dit attest niet relevant kan zijn.

Er wordt dan ook niet met de *prima facie* vereiste ernst aangetoond dat het door nv Epsilon aangeboden en door verwerende partij gekozen product niet beantwoordt aan de door het bestek gestelde IP65-norm, zodat artikel 98, § 2, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 niet geschonden lijkt. Evenmin wordt alsdan aangetoond dat verwerende partij onzorgvuldig handelde door de offerte van nv Epsilon niet als onregelmatig uit te sluiten.

13. Het enig middel is bijgevolg niet ernstig

VII. Besluit

14. Nu het enig middel niet ernstig werd bevonden dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden verworpen.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 30 november 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest