RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 214.776 van 9 augustus 2011
in de zaak A. 201.155/XII-6657

In zake : de BV HILTON ENGINEERING
vennootschap naar Nederlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Van der Snickt
kantoor houdend te 9300 Aalst
Leopoldlaan 32 A bus 1-2
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de NV van publiek recht INFRABEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Ian Arnouts en Sebastien Devos
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij :

de NV FIRE TECHNICS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gerard Soete
kantoor houdend te 8400 Oostende
Kerkstraat 8 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 juli 2011, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van "de beslissing van Infrabel, aan de verzoekende partij kenbaar gemaakt bij wijze van schrijven van 7 juli 2011, waarbij verzoekende partij haar offerte n.a.v. de opdracht '49C/0000139300 Levering van 2 brandweerwagens van het type spoor/weg'

waarvoor beroep werd gedaan op de markt via een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, zoals gepubliceerd in het Bulletin Der Aanbestedingen op 10 juni 2010, niet weerhouden werd om deze aan een andere inschrijver toe te wijzen".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 augustus 2011, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Roger Stevens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Wendy Van Laethem, die loco advocaat Jan Van der Snickt verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Ian Arnouts, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Gerard Soete, die verschijnt voor de tussenkomende 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. Tussenkomst

3. Met een op 29 juli 2011 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de NV Fire Technics om in het geding te mogen tussenkomen.

Er is grond om dat verzoek in te willigen, wat betreft het administratief kort geding.

IV. Feiten

4.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de levering van 2 brandweerwagens van het type spoor-weg. De opdracht wordt gegund onder de vorm van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking en wordt geraamd op 3.000.000 euro.

4.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 10 juni 2010.

4.3. Vervolgens dienen elf ondernemingen een kandidatuur in, waarvan er bij beslissing van 12 oktober 2010 negen worden geselecteerd.

4.4. Op de opdracht zijn de bepalingen van het bijzonder bestek nr. 49C/139300/6000021572 van toepassing.

In het bestek wordt het voorwerp van de opdracht nader omschreven als volgt:

> "De opdracht omvat de bouw, levering en indienststelling van 2 brandweerwagens van het type spoor-weg (voor een bandbreedte van 1435 mm), in dit bestek ook voertuigen voor brandbestrijding in spoorwegtunnels of interventievoertuigen type spoor-weg genoemd, met bijhorende uitrusting in 1 lot.
>
> Deze aanneming omvat eveneens:
> - Aanpassingen aan een bestaand interventievoertuig in het kader van het verhogen van de compatibiliteit met de nieuw te leveren interventievoertuigen.
> - Homologatie van het interventievoertuig type spoor-weg voor verkeer op het spoor.
> - De opleiding van het personeel.
> - De levering van de documentatie, de attesten en licenties."

Het bestek vermeldt de volgende gunningscriteria:

Gunningscriterium	*Afweging*
- De aankoopprijs	Heel belangrijk
- De technische waarde (Techniciteit van het materieel, operationele bruikbaarheid & veiligheid)	Heel belangrijk

Inzake de mogelijkheid om varianten in te dienen, bevat het bestek de volgende bepaling:

"2.3. Varianten

De inschrijvers mogen suggesties indienen die technische of financiële voordelen opleveren ten opzichte van deze prijsaanvraag, zonder afbreuk te doen aan de opgelegde functionele vereisten. In geval een variante voorgesteld wordt, is de inschrijver verplicht te vermelden op welk vlak dit consequenties zal hebben.

Als de inschrijvers van die mogelijkheid gebruik maken, moeten ze hun suggesties becijferen en de variante beschrijven. Latere prijsvoorstellen voor de suggesties zijn verboden.

(…)"

Als "te respecteren vereisten" vermeldt het bestek onder meer "de technische vereisten zoals opgenomen in bijlage 3 en 4 van onderhavig bestek".

4.5. Slechts twee ondernemingen dienen een offerte in, met name de verzoekende partij en de tussenkomende partij.

Na onderhandelingen dienen beide inschrijvers een "best and final offer" (BAFO) offerte in en ten slotte ook nog een tweede BAFO-offerte.

De verzoekende partij stelt vijf verschillende configuraties voor. Deze configuraties betreffen verschillen inzake het waterreservoir, de tussenas-afstand en de plaatsing van het spoor-weg systeem. Voor elk van deze 5

configuraties worden bovendien twee varianten aangeboden: een variant met een motor voor noodterugkeer op basis van perslucht en een variant met een motor voor noodterugkeer op basis van electro-hydraulische aandrijving (tractiebatterijen).

De tussenkomende partij biedt slechts één configuratie aan, die overeenkomt met de eerste configuratie die door de verzoekende partij wordt aangeboden. De motor voor noodterugkeer functioneert op basis van electro-hydraulische aandrijving (tractiebatterijen).

4.6. Er worden technische verslagen opgesteld door de brandweer van Zaventem, de brandweer van Vilvoorde en de verwerende partij zelf.

4.7. In het "voorstel van gunning" van 6 juni 2011 wordt vooreerst opgemerkt dat vier van de door de verzoekende partij aangeboden configuraties niet beantwoorden aan de besteksvereisten.

Vervolgens worden de beide varianten van de eerste configuratie in de offerte van de verzoekende partij en de offerte van de tussenkomende partij vergeleken op basis van de gunningscriteria, wat leidt tot de volgende rangschikkingen:

Wat betreft het prijscriterium worden de offertes als volgt gerangschikt:

- 1. HILTON ENGINEERING HE-1- Motorwerking op perslucht in noodgeval
- 2. FIRE TECHNICS FT-1 (+1,15 %)
- 3. HILTON ENGINEERING HE-1 - Motorwerking op basis van tractie-batterijen in noodgeval (+ 1,58 %)

Inzake de technische waarde wordt opgemerkt dat de offerte van de tussenkomende partij een hogere technische waarde heeft dan de offerte van de verzoekende partij, zowel wat betreft de uitvoering van de noodterugkeer op basis

van motorwerking op perslucht als deze op basis van de electro-hydraulische aandrijving (i.e. tractie-batterijen).

Het gunningsverslag vermeldt het volgende besluit:

> "Infrabel beschouwt dat de betere technische waarde van de voertuigen aangeboden door FIRE TECHNICS meer dan voldoende het kleine verschil in prijs compenseert, aangeboden door deze firma, dan de prijs ingediend door HILTON ENGINEERING version HE-1-Motorwerking op perslucht in noodgeval.
>
> Dus de beide gunningscriteria 'prijs' en 'technische waarde' in acht genomen kan op basis van wat voorafgaat besloten worden dat de offerte van FIRE TECHICS (FT-1) de beste keuze is.
>
> (…)"

Vervolgens wordt de raad van bestuur van Infrabel gevraagd zijn goedkeuring te verlenen voor de toewijzing van de opdracht voor de twee interventievoertuigen type spoor-weg en de aanpassing van het bestaande interventievoertuig ter waarde van 2.944.600 euro.

4.8. Op 30 juni 2011 neemt de raad van bestuur van de verzoekende partij kennis van voormeld voorstel van gunning en beslist hij om de opdracht te gunnen aan de tussenkomende partij.

4.9. Bij brief gedateerd op 7 juli 2011 en email van 8 juli 2011 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen. Als bijlage wordt een kopie gevoegd van voormeld "voorstel van gunning".

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. De excepties betreffende de ontvankelijkheid die de tussenkomende partij inroept dienen niet te worden onderzocht noch dient er over uitspraak te worden gedaan, nu hierna zal blijken dat de grondvoorwaarde voor het toewijzen van de vordering tot schorsing niet is vervuld.

VI. Grondvoorwaarde

6. 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 vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

7. Evenwel 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.

Luidens het in de wet 24 december 1993 nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, de 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 beslissing kunnen verantwoorden.

A. Het eerste middel

Het middel

8. Een eerste middel is genomen uit de schending van de formele motiverings- en informatieplicht, de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen en de artikelen 65/4 en 65/8, § 1 van de wet van 24 december 1993.

De verzoekende partij wijst erop dat de verwerende partij heeft nagelaten om als bijlage bij de kennisgeving van 7 juli 2011 de gemotiveerde gunningsbeslissing toe te voegen en slechts een intern vertrouwelijk stuk heeft toegevoegd, genaamd “voorstel van gunning”. Zij stelt vast dat dit document niet aangeeft door wie het opgesteld of ondertekend werd, dateert van minstens een maand voorafgaand aan de mededeling ervan en in het punt 8 "voorstel van beslissing" zelfs niet vermeldt aan wie de opdracht dient toegewezen te worden.

Zij voert aan dat zij dus geen kennis heeft van de effectieve gunningsbeslissing, noch van de motivering ervan.

Beoordeling

9. Overeenkomstig artikel 65/4, 5° van de wet van 24 december 1993 dient een aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op te stellen wanneer ze de opdracht gunt. Artikel 65/8, § 1, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 betreft dan weer de kennisgeving van de gemotiveerde beslissing aan elke inschrijver van wie de offerte niet gekozen is.

10. Uit het administratief dossier blijkt dat de raad van bestuur van de verzoekende partij op 30 juni 2011 kennis genomen heeft van het voorstel van gunning en beslist heeft om de opdracht te gunnen aan de tussenkomende partij. Aldus lijkt op het eerste gezicht voldaan te zijn aan artikel 65/4, 5° van de wet.

11. Wat de beweerde schending van artikel 65/8 van de wet betreft, dient vastgesteld dat een gebeurlijk gebrek in de kennisgeving de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing zelf niet aantast.

Bovendien blijkt uit het administratief dossier dat de motieven voor de bestreden beslissing in elk geval reeds bij de kennisgeving werden meegedeeld. De beslissing zelf bevat geen nieuwe of andere motieven, doch houdt slechts een goedkeuring in van het voorstel.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij voorhoudt, blijkt het bij de kennisgeving meegedeelde "voorstel tot gunning" wel degelijk ondertekend te zijn en blijkt uit de samenlezing van het geheel van het voorstel ook op voldoende wijze aan wie voorgesteld wordt te gunnen. Het loutere feit dat een gunningsverslag dateert van een aantal weken voor de eigenlijke gunningsbeslissing, lijkt niet de onwettigheid van de bestreden beslissing met zich te brengen.

Ook het gebeurlijke loutere feit dat de verzoekende partij niet "onmiddellijk" in kennis werd gesteld van de gemotiveerde gunningsbeslissing heeft op het eerste gezicht geen invloed op de wettigheid van die beslissing. Bovendien bedraagt het tijdsverloop tussen de kennisgeving en de bestreden beslissing geen maand zoals de verzoekende partij laat uitschijnen, doch slechts zeven dagen. Artikel 65/8 van de wet bevat evenmin enige sanctie bij gebrek aan "onmiddellijke" kennisgeving.

12. Daargelaten de vraag of de verzoekende partij zich alsnog kan beroepen op een schending van de wet van 29 juli 1991, gelet op de bijzondere regeling vervat in de artikelen 65/4 en 65/8, § 1 van de wet van 24 december 1993, dient verder vastgesteld te worden dat het doel van de formele motiveringsplicht in de voorliggende zaak lijkt te zijn bereikt. Er blijkt immers niet dat de verzoekende partij zich op grond van de motivering in het "voorstel van gunning" niet met kennis van zaken kon verweren. Zij betwist integendeel de materiële motieven van

de bestreden beslissing, blijkt dus deze motieven te kennen en heeft bijgevolg geen belang bij dit onderdeel van het middel.

13. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Het tweede middel

Het middel

14. Een tweede middel is genomen uit de schending van het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en artikel 77, juncto 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.

Volgens de verzoekende partij kan niet ontkend worden dat de technische bepalingen uit bijlage 3 en 4 van het bestek in casu dienen te worden aanzien als technische specificaties, essentiële bestekbepalingen, waarvan de afwijking de substantiële onregelmatigheid van de offerte in kwestie tot gevolg heeft. Dit blijkt volgens haar zowel uit de bewoordingen van het bestek zelf als uit het feit dat vier configuraties die door de verzoekende partij werden aangeboden onregelmatig werden bevonden wegens een gebrek aan conformiteit met de technische vereisten van het bestek.

Zij wijst er vervolgens op dat één van deze essentiële technische besteksbepalingen inhoudt dat de motor voor noodterugkeer op basis van perslucht werkt en dat in het bestek nergens wordt gesproken over een motor op basis van electro-hydraulische aandrijving.

De offerte van de tussenkomende partij, die afwijkt van voormelde essentiële besteksbepalingen door louter een motor voor noodterugkeer op basis van electro-hydraulische aandrijving aan te bieden, kon volgens de

verzoekende partij dan ook niet weerhouden worden door de verwerende partij en dit wegens substantiële onregelmatigheid.

De verwerende partij schendt volgens haar ook het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel door de offerte van de tussenkomende partij desondanks als regelmatig te beschouwen, terwijl ze configuraties uit de offerte van verzoekende partij wel heeft geweerd en zelfs niet wenst in overweging te nemen omdat "ze niet conform aan het Bestek" zijn.

Beoordeling

15. De door de verzoekende partij in haar middel aangehaalde artikelen 77 en 98, § 2, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 zijn niet van toepassing in geval van onderhandelingsprocedure met bekendmaking zoals in casu het geval is.

16. In casu lijkt het bijzonder bestek zelf wel een aantal regelmatigheidsvereisten te stellen. Zo vermeldt het bijzonder bestek als “te respecteren vereisten” uitdrukkelijk “de technische vereisten zoals opgenomen in bijlage 3 en 4 van onderhavig bestek”.

In bijlage 3 wordt enerzijds bij de algemene opmerkingen gesteld dat rekening houdend met de zeer specifieke karakteristieken van deze voertuigen, de mogelijkheid bestaat dat bepaalde vereiste waarden en eigenschappen niet behaald kunnen worden en dat de inschrijver bij zijn offerte een lijst van punten dient te voegen die niet conform het bestek zijn. Anderzijds wordt bij de algemene omschrijving dan weer opgemerkt dat de onderstaande technische beschrijving een overzicht weergeeft van de minimale eisen waaraan het aangeboden voertuig dient te voldoen, doch dat het de inschrijver steeds is toegestaan om, indien er meerdere mogelijkheden bestaan welke aan deze minimumeisen voldoen, deze in een optielijst aan de offerte toe te voegen.

Inzake de mogelijkheid om varianten in te dienen, bevat het bestek bovendien de volgende bepaling:

"2.3. Varianten

De inschrijvers mogen suggesties indienen die technische of financiële voordelen opleveren ten opzichte van deze prijsaanvraag, zonder afbreuk te doen aan de opgelegde functionele vereisten. In geval een variante voorgesteld wordt, is de inschrijver verplicht te vermelden op welk vlak dit consequenties zal hebben.

Als de inschrijvers van die mogelijkheid gebruik maken, moeten ze hun suggesties becijferen en de variante beschrijven. Latere prijsvoorstellen voor de suggesties zijn verboden.

(…)".

17. Met betrekking tot de beweerde substantiële onregelmatigheid in de offerte van de tussenkomende partij verwijst de verzoekende partij voornamelijk naar het "Bestek pagina [41], 1.6.1. en pagina [43], paragraaf "Motorbevoorradingscircuit".

Deze bepalingen luiden als volgt:

"- Het voertuig wordt uitgerust met een buffervoorraad lucht voor twee toepassingen, enerzijds het voorzien van ademlucht aan de inzittenden en anderzijds het voorzien van lucht aan de motor van het voertuig

(…)

- Er worden twee circuits gerealiseerd:

° Een eerste circuit is het ademluchtcircuit voor gebruik door het in het voertuig aanwezige personeel.
° Het tweede circuit is het motorbevoorradingscircuit voor het voorzien van lucht aan de motor van het voertuig in die gevallen wanneer de omgevingslucht onvoldoende zuurstof bevat voor de goede werking van de motor.

Motorbevoorradingscircuit

- Het motorbevoorradingscircuit dient geconfigureerd te worden om de motor van extra lucht te voorzien in die gevallen waarbij in de omgevingslucht onvoldoende zuurstof aanwezig is.
- De inschrijver doet een voorstel voor dit bijmengsysteem aan de hand van de technische specificaties van de fabrikant van de motor. Deze attesteert welke de minimale concentratie zuurstof is, nodig om de motor te laten functioneren. De bedoeling van het systeem is om gedurende 10 minuten de motor van voldoende extra frisse lucht te voorzien teneinde een snelle evacuatie uit de rook mogelijk te maken.
- De bediening van dit systeem wordt geplaatst in de ruimte tussen chauffeur en bevelvoerder zodat beide personen in staat zijn het in te schakelen wanneer nodig."

18. De verwerende partij wijst er in haar nota echter op dat, aangezien uit de eerste offertes was gebleken dat de bouw van dergelijk noodhulpsysteem met perslucht allerminst voor de hand lag, voormelde technische besteksbepalingen in de loop van de onderhandelingsprocedure werden gewijzigd.

In het schrijven aan de verzoekende partij en aan de tussenkomende partij van 8 februari 2011, waarin hen wordt gevraagd om een eerste BAFO aan te bieden, wordt inzonderheid het volgende opgemerkt:

"Voor de aandrijving in geval van noodterugkeer in een omgeving zonder zuurstof zijn volgende systemen aanvaardbaar, op voorwaarde dat een minimale snelheid van 10km/u onder helling van 3%, gedurende min. 5 km gegarandeerd wordt:
- Elektrische aandrijving met batterijen
- Motorbevoorradingcircuit met perslucht"

19. In het licht van het voorgaande wordt op het eerste gezicht niet aangetoond dat een motor voor noodterugkeer op basis van electro-hydraulische aandrijving afwijkt van het bestek. In haar schrijven van 8 februari 2011 laat de verwerende partij immers uitdrukkelijk ook een systeem met elektrische aandrijving met batterijen toe, op voorwaarde dat een minimale snelheid van 10km/u onder helling van 3%, gedurende minimum 5 km gegarandeerd wordt. De

verzoekende partij voert nergens aan dat het door de tussenkomende partij aangeboden systeem niet aan deze vereisten zou voldoen.

20. Overigens dient vastgesteld te worden dat de verzoekende partij ook de initiële besteksbepalingen zelf niet geïnterpreteerd lijkt te hebben in die zin dat ze een motor op basis van electro-hydraulische aandrijving zou verbieden en dat dit een substantiële onregelmatigheid zou opleveren, nu zij reeds in haar eerste offerte zelf ook eenzelfde systeem blijkt te hebben aangeboden. Minstens lijkt zij ervan uitgegaan te zijn dat dit systeem reeds in het licht van de initiële besteksbepalingen als variante zou kunnen worden aanvaard.

21. Ten slotte lijkt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet ongelijk te zijn behandeld aangezien haar offerte, in de mate deze een motor voor noodterugkeer op basis van electro-hydraulische aandrijving aanbood, door de verwerende partij evenzeer regelmatig werd bevonden. De onregelmatigverklaring van vier andere configuraties in de offerte van de verzoekende partij blijkt prima facie verband te houden met andere technische vraagstukken.

22. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Het derde middel

Het middel

23. In een derde middel wordt de schending aangevoerd van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, gelijkheidsprincipe en transparantiebeginsel. De verzoekende partij voert aan dat de verwerende partij bij de vergelijking van de offertes bijzonder onzorgvuldig te werk gaat, de inschrijvers ongelijk behandelt en niet transparant is in haar beoordelingsmethodiek.

Het middel wordt opgesplitst in drie onderdelen.

In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij het prijscriterium onzorgvuldig heeft beoordeeld aangezien zij in het gunningsverslag verkeerde prijzen hanteert wat betreft haar offerte. Met name zou de prijs na BAFO 2 wat haar offerte betreft, voor de HE-1 (versie conform Bestek, met perslucht motor) niet 2.910.606 euro maar wel 2.875.880 euro bedragen en de variante met tractiebatterijen niet 2.957.246 euro maar wel 2.922.520 euro. Zij merkt op dat de verwerende partij in het gunningsverslag stelt dat "het kleine prijsverschil" gecompenseerd wordt door de betere technische waarde van de voertuigen van de tussenkomende partij. Aangezien blijkt dat het prijsverschil veel groter is dan verkeerdelijk door de verwerende partij in acht werd genomen, ondermijnt deze laatste partij volgens verzoekende partij haar eigen motivering.

In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij bij de beoordeling van het gunningscriterium inzake de technische waarde eveneens een aantal flagrante feitelijke fouten zou hebben gemaakt.

- In het onderdeel 7 van 5.2 van de bestreden beslissing stelt de verwerende partij verkeerdelijk dat de bluspomp van de verzoekende partij “maar” een maximaal debiet van 4000l/minuut heeft terwijl de BAFO 2 duidelijk weergeeft dat de betrokken pomp GODIVA WS4010 (aangeboden op expliciete vraag van de verwerende partij van 28.12.2010) een maximaal debiet van 6200l/minuut heeft (zie technische fiche, deel 11 BAFO 2) en aldus geen lager maar hoger debiet heeft dan de pomp van de tussenkomende partij.

- In het onderdeel 3 van 5.2 van de bestreden beslissing stelt de verwerende partij dat het voertuig van de tussenkomende partij "beter" past in de vrije ruimte. Dit houdt volgens de verzoekende partij geen steek: ofwel past het voertuig in de vrije ruimte ofwel past het er niet in. "Beter passen" bestaat volgens haar niet.

In een derde onderdeel voert de verzoekende partij nog aan dat het gunningscriterium "Technische Waarde" dermate vaag, aleatoir en onprecies is dat de beoordelingsmethodiek een onvoorwaardelijke keuzevrijheid teweeg brengt. Bovendien zou de verwerende partij sub-gunningscriteria gehanteerd hebben die ze niet in het bestek heeft aangegeven, noch tijdens de onderhandelingen kenbaar heeft gemaakt:

- Zo worden in de onderdelen 1 en 2 van 5.2 van de bestreden beslissing een elektronisch meetsysteem en verschillende schuimpercentages op verschillende uitgangen als beter beschouwd terwijl dit geenszins in de technische vereisten van het bestek wordt vereist

- Zo wordt in het onderdeel 4 van 5.2 van de bestreden beslissing gesteld dat 6 flessen perslucht beter is dan 7, terwijl het bestek enkel voorziet hoeveel capaciteit aan perslucht er voorradig dient te zijn.

- Zo wordt in het onderdeel 5 van 5.2 van de bestreden beslissing gesteld dat treden van 490mm beter zijn dan treden van 300mm, terwijl het bestek 300mm voorschrijft.

De verzoekende partij wijst erop dat, had zij voorgaande elementen gekend, zij een andere offerte had ingediend.

Minstens dient volgens haar vastgesteld te worden dat het gunningsverslag niet transparant is aangezien op basis van de motivering van het gunningsverslag niet de concrete toepassing van de door de verwerende partij aangekondigde beoordelingsmethode kan worden achterhaald.

De verzoekende partij stelt ten slotte dat de beoordeling “dermate eenzijdig” is dat geen enkel positief punt van haar BAFO 2 wordt aangehaald.

Beoordeling

a) eerste onderdeel

24. De verwerende partij wijst erop dat bij het voorstel van gunning een overzichtstabel is opgenomen met de verschillende prijzen (zowel basisprijs als opties alsook meer- en minprijzen), waaruit blijkt dat er geenszins rekening werd gehouden met verkeerde prijzen, doch dat de prijs werd bekomen door bij de prijs van de basisofferte de meerprijs voor de noodzakelijke opties op te tellen.

Om reden van het vertrouwelijk karakter van de prijsinformatie kon deze tabel volgens haar niet worden meegedeeld bij de kennisgeving van de beslissing en wordt deze tabel ook in het kader van de voorliggende procedure als vertrouwelijk neergelegd.

25. Op het eerste gezicht lijkt de verwerende partij de grenzen van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten te zijn gegaan door bij de beoordeling van het prijscriterium wat betreft de offerte van de verzoekende partij tevens rekening te houden met de prijs van de door haar gewenste opties, te meer daar zulks op het eerste gezicht noodzakelijk leek vanuit het oogpunt van de vergelijkbaarheid van de offertes, aangezien de gewenste opties blijkbaar alle standaard waren inbegrepen in de offerte van de tussenkomende partij.

b) tweede onderdeel

26. Wat betreft het beweerde verkeerdelijk in aanmerking nemen van het maximaal debiet van 4000 l/minuut voor de bluspomp GODIVA WS 4010, lijkt op het eerste gezicht vastgesteld te moeten worden dat in de offerte van de verzoekende partij op pagina 14 expliciet wordt gesteld dat de pomp “GODIVA WS 4010” 4.000 liter/minuut kan leveren. Verder blijkt in de technische fiche van de pomp inderdaad melding te worden gemaakt van een maximaal debiet voor dit type pomp (WS 4010) van 6200liter/minuut, bij maximum 17 bar, doch wordt in

diezelfde fiche evenzeer vermeld dat de pomp “GODIVA WS4010” slechts een debiet heeft van 4.000 l/min. bij 10 bar. De verwerende partij lijkt dan ook prima facie de grenzen van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten te zijn gegaan, nu zij louter is uitgegaan van gegevens die door de verzoekende partij zelf in haar offerte werden verstrekt.

27. Wat de tweede kritiek van de verzoekende partij betreft inzake het passen van het voertuig in de vrije ruimte, erkent de verwerende partij in haar nota dat het voorstel van beslissing op dit punt een materiële vergissing bevat.

Uit de betrokken materiële vergissing lijkt op het eerste gezicht geen schending van het transparantiebeginsel of het gelijkheidsbeginsel te kunnen worden afgeleid.

Het lijkt immers slechts een onzorgvuldigheid te betreffen die niet van aard lijkt om de rangschikking te kunnen beïnvloeden. Het voorstel van gunning bevat immers nog veel andere motieven om te verantwoorden waarom aan de offerte van de tussenkomende partij met motorwerking op basis van tractie-batterijen in noodgeval, een grotere technische waarde dient te worden toegekend dan aan de offerte van de verzoekende partij in haar beide varianten. Bovendien blijkt wat betreft het gunningscriterium prijs de offerte van de tussenkomende partij geklasseerd te zijn voor de offerte van de verzoekende partij in de variante met motorwerking op basis van tractie-batterijen in noodgeval.

c) derde onderdeel

28. De door een aanbestedende dienst vastgestelde gunningscriteria moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht, mogen de aanbestedende overheid geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven, moeten uitdrukkelijk zijn vermeld in het bestek of in de aankondiging van de opdracht en moeten de fundamentele beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie eerbiedigen.

Dit betekent meer in het bijzonder dat de gunningscriteria in het bestek of de aankondiging zodanig moeten zijn geformuleerd, dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren, dat de aanbestedende dienst de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze moet uitleggen en dat de gunningscriteria bij de beoordeling van de aanbiedingen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle inschrijvers.

29. In het bestek wordt als tweede gunningscriterium vermeld: De technische waarde (Techniciteit van het materieel, operationele bruikbaarheid & veiligheid).

De technische vereisten worden nader omschreven in de bijlagen 3 en 4 bij het bestek.

Prima facie blijkt niet dat de formulering van de gunningscriteria een onvoorwaardelijke keuzevrijheid inhoudt of dermate vaag is dat dit een objectieve, gelijke en transparante beoordeling uitsluit.

Daarbij dient prima facie ook rekening te worden gehouden met degenen waarvoor een bestek bedoeld is. Zo kan worden aangenomen dat voor professionelen in de sector de gebruikte terminologie een voldoende duidelijke inhoud heeft. Dit alles moet voorts worden gezien in het licht van de omschrijving van het voorwerp van de opdracht en de technische bepalingen van het bestek, die een verdere invulling geven aan wat verwacht wordt.

30. Als subgunningscriterium moet op het eerste gezicht worden beschouwd gegevens die dienstig zijn om in het aangebodene een onderscheid te maken en die aldus een maatstaf bij een beoordeling van een gunningscriterium zijn. Om een subgunningscriterium te kunnen onderscheiden van de in het kader van de motiveringsplicht vereiste vermelding van gunstige of minder gunstige elementen die de beoordeling van een gunningscriterium ondersteunen, moet het

gaan om een voorafgaand aan de toetsing bedacht gegeven waarmee de inschrijvingen min of meer stelselmatig worden vergeleken of om een enigszins planmatige toetsing.

31. Op het eerste gezicht lijkt niet aangenomen te kunnen worden dat in de voorliggende zaak subgunningscriteria werden gehanteerd. De verwerende partij motiveert aan de hand van verschillende overwegingen waarom de offerte van de tussenkomende partij een hogere technische waarde heeft dan de offerte van de verzoekende partij, in haar beide varianten.

32. Wat de beweerde schending van het transparantiebeginsel betreft, lijkt op het eerste gezicht aangenomen te moeten worden dat het voor de inschrijvers voorzienbaar was dat de beoordeling van het tweede gunningscriterium zou gebeuren in het licht van de in het bestek gestelde technische vereisten.

33. In de punten 1 en 2 van onderdeel 5.2 van de bestreden beslissing wordt geoordeeld dat een elektronisch meetsysteem op de schuimmenger en de mogelijkheid om verschillende schuimpercentages te hanteren, zoals aangeboden door de tussenkomende partij, een hogere technische waarde heeft dan het door verzoekende partij aangeboden systeem.

Op het eerste gezicht dient met de verwerende partij vastgesteld te worden dat het niet is omdat het bestek beide systemen niet uitdrukkelijk vereist, dat hieraan geen hogere technische waarde kan worden toegekend. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij voorhoudt, lijkt uit de besteksbepalingen op het eerste gezicht nergens te kunnen worden afgeleid dat slechts standaardinstellingen worden vereist. Bovendien vermeldt het bestek uitdrukkelijk dat het schuimmengsysteem mag voorzien zijn van een elektronische regelmodule en bewaking.

34. In punt 5 van onderdeel 5.2 van het voorstel van gunning worden de door de tussenkomende partij aangeboden treden beter beoordeeld dan de door verzoekende partij aangeboden treden, aangezien ze 490 mm breed zijn tegenover de breedte van 300 mm die door deze laatste partij wordt aangeboden.

In het bestek wordt vermeld dat de betrokken treden "een breedte hebben van minimaal 30 cm, en geschikt zijn om gewichten tot 250 kg te dragen (per trede)". Op het eerste gezicht lijkt het niet onvoorzienbaar dat in het licht van voormelde besteksbepaling aan bredere treden een hogere waarde zou worden toegekend. Voorts blijkt uit het administratief dossier dat deze hogere waarde werd toegekend omwille van hogere veiligheid en gebruiksvriendelijkheid.

35. Wat het motief betreft inzake het aantal flessen ademlucht erkent de verwerende partij in haar nota dat uit de technische verslagen blijkt dat dit element een hogere technische waarde geeft aan de offerte van de verzoekende partij. Uit het technisch verslag van de brandweer van Zaventem en het intern technisch verslag van de verwerende partij blijkt inderdaad dat deze vermelding in het voorstel van gunning een materiële vergissing betreft.

Uit de betrokken materiële vergissing lijkt op het eerste gezicht evenwel geen schending van het transparantiebeginsel of het gelijkheidsbeginsel te kunnen worden afgeleid.

Het lijkt immers slechts een onzorgvuldigheid te betreffen die niet van aard is om de rangschikking te kunnen beïnvloeden. Het voorstel van gunning bevat immers nog veel andere motieven om te verantwoorden waarom aan de offerte van de tussenkomende partij met motorwerking op basis van tractie-batterijen in noodgeval een grotere technische waarde dient te worden toegekend dan aan de offerte van de verzoekende partij in haar beide varianten. Bovendien blijkt wat betreft het gunningscriterium prijs de offerte van de tussenkomende partij geklasseerd te zijn vóór de offerte van verzoekende partij in de variante met motorwerking op basis van tractie-batterijen in noodgeval.

36. Met betrekking tot de argumentatie van de verzoekende partij dat de beoordeling dermate eenzijdig zou zijn dat geen enkel positief punt van de tweede BAFO-offerte van de verzoekende partij wordt aangehaald, waarbij zij voornamelijk verwijst naar haar glasvezelversterkte opbouw en lichtere voertuigen, merkt de verwerende partij het volgende op:

> "- De glasvezelsterke polyester opbouw van de voertuigen werd als evenwaardig beschouwd aan de aluminium chassis-opbouw van Fire Technics. De brandweer van Vilvoorde merkte immers op dat zij beter bekend zijn en meer ervaring hebben met aluminium opbouw, hetgeen vanzelfsprekend de gebruiksvriendelijkheid bevordert. Aangezien een glasvezelsterke polyester opbouw ook voordelen heeft ten opzichte van een aluminium opbouw, met name op het gebied van stevigheid, compenseerden de voor- en de nadelen van een dergelijke opbouw elkaar, waardoor geen van de offertes een technische meerwaarde vertoonde op dit aspect.
> - Het (beweerd) lichter zijn van de voertuigen, werd vooral niet in overweging genomen omdat geen van beide betrokken brandweerdiensten een positieve meerwaarde heeft gezien in het gegeven dat de door verzoeker voorgestelde voertuigen lichter zouden zijn dan deze van Fire Technics (integendeel heeft de brandweer van Zaventem "ernstige bedenkingen", zie stuk 19)."

Op te merken valt dat de verzoekende partij weliswaar een aantal vermeend positieve aspecten van haar offerte aanhaalt, doch nalaat om deze op enigerlei wijze te verbinden aan de technische vereisten van het bestek.

Voorts lijkt prima facie, in het licht van voormelde opmerkingen van de verwerende partij en de voorafgaande technische verslagen, niet aangetoond te zijn dat er sprake zou zijn van een ongelijke behandeling.

37. Het derde middel is in geen zijner onderdelen ernstig.

BESLISSING

1. Het verzoek van de NV Fire Technics tot tussenkomst in het administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

4. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst in het administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 augustus 2011, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Roger Stevens,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Wim Geurts,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Wim Geurts	**Roger Stevens**