RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 215.156 van 15 september 2011
in de zaken I. A. 201.489/XII-6675
II. A. 201.517/XII-6679

In zake: I. de NV FIRE TECHNICS
II. de vennootschap naar Duits recht
GMBH IVECO MAGIRUS BRANDSCHUTZTECHNIK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gerard Soete
kantoor houdend te 8400 Oostende
Kerkstraat 8 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

I. + II. de GEMEENTE AALTER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vorderingen

1. De vordering in de zaak A. 201.489/XII-6675, ingesteld op 23 augustus 2011, en de vordering in de zaak A. 201.517/XII-6679, ingesteld op 24 augustus 2011, strekken tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van 01 augustus 2011 van de gemeente Aalter […] waarbij [de offertes van nv Fire Technics en van Iveco Magirus Brandschutztechnik Gmbh] i.v.m. de opdracht 'aankoop van autoladder voor brandweer Aalter (pre-zone Meetjesland)' niet werd weerhouden en deze aan een andere inschrijver werd toegewezen".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft in beide zaken een nota ingediend.

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

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gerard Soete, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaten Gitte Laenen en Stéphanie Taelemans, die verschijnen 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. De gemeente Aalter schrijft een overheidsopdracht uit voor de aankoop van een voertuig met autoladder voor de brandweer van Aalter (prezone Meetjesland).

Deze opdracht van leveringen wordt geraamd op 524.793,39 euro (btw niet inbegrepen) en bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 21 april 2011 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 27 april 2011.

3.2. In de aankondiging wordt de opdracht kort omschreven als volgt:

> "De automatische autoladder is bestemd om reddings-, brandbestrijdings- en technische hulpoperaties op grote hoogte te kunnen uitvoeren.

De autoladder bestaat uit een voertuigchassis, een opbouw en een door het voertuig aangedreven beweeglijke en uitschuifbare structuur onder de vorm van een ladderpakket met een knikarm en reddingskorf.
Het voertuig is opgebouwd op een 2-assig chassis."

3.3. De opdracht wordt gegund bij wijze van algemene offerteaanvraag. Het toepasselijk bijzonder bestek vermeldt de volgende gunningscriteria:

"I.10.1. Prijs: 40 punten
Regel van drie; Score offerte = (prijs laagste offerte/ prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs

I.10.2. Technische waarde: 45 punten
- Volledig duidelijk omschreven offerte volgens de technische bepalingen lastenboek.
- De offerte is voldoende gedocumenteerd.
- Alle punten van de technische bepalingen zijn opgesomd in de offerte en bij elk punt is er genoeg duidelijkheid.
- Er is voldoende aanwezigheid van foto's, tekeningen, schetsen, grafieken, berekeningen enz… om alle zaken duidelijk weer te geven zodat geen vragen meer moeten gesteld worden.
- Het bestek is volledig conform lastenboek.

I.10.3. Demonstratie: 15 punten
- De demonstratie werd gegeven volgens de voorgestelde vragen in het lastenboek.
- De demonstratie gaf een antwoord op alle gestelde vragen.
- De demonstratie geeft aanleiding tot een goed inzicht van wat de levering precies omvat volgens de aangeboden offerte.

Aan elk criterium werd een gewicht toegekend. Op basis van de afweging van al deze criteria rekening houdende met het gewicht dat er aan werd toegekend, zal de opdracht gegund worden aan de offerte welke volgens deze afweging de voordeligste is."

Het bestek bepaalt ook uitdrukkelijk dat vrije varianten niet worden toegestaan.

3.4. De technische vereisten worden nader omschreven in deel III van het bestek. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen een eerste gedeelte met "verplichte eisen" waaraan de door de aanbieder voorgestelde eenheid

noodzakelijk moet voldoen en een tweede gedeelte met diverse eisen die slechts leiden tot een extra waardering van de offerte.

3.5. Met betrekking tot de aangekondigde demonstratie wordt hierin nog het volgende vermeld:

> "Na de datum van opening der offertes, en binnen de 14 dagen nadat de opdrachtgevende overheid erom verzoekt, zal de aanbieder, ofwel bij de hulpdienst ter plaatse, ofwel op een afgesproken plaats, een uitgebreide demonstratie geven met eenzelfde type ladderwagen als deze die werd aangeboden.
>
> De demonstratie gebeurt op datum afgesproken met de hulpdienst en wordt volledig in het Nederlands gegeven. Deze demo omvat alle uitleg van de volledige aanbieding. Deze demonstratie zal mede bepalend zijn voor de toekenning van de punten. Alle vragen omtrent de aanbieding dienen tijdens deze demo te worden beantwoord. De demonstratie en alle daarbij gemaakte kosten zijn ten laste van de aanbieder, ook de verplaatsingskosten indien de demo doorgaat op een andere plaats dan de standplaats van de hulpdienst. Voor de demonstratie wordt door de aanbieder voldoende tijd voorzien."

3.6. Met een e-mail van 14 mei 2011 deelt de gedelegeerd bestuurder van Fire Technics aan verwerende partij mee dat "Magirus niet [kan] voldoen aan alle punten van het huidige bestek". In deze e-mail worden een aantal aanpassingen van het bestek gesuggereerd zodat ook Magirus kan aanbieden. Daarnaast wordt tevens meegedeeld dat de tekst zo is gewijzigd dat niemand is uitgesloten.

3.7. Met een aangetekend schrijven en e-mail van 25 mei 2011 deelt verwerende partij een verbeteringsbericht mee aan de kandidaat-inschrijvers. Het verbeteringsbericht betreft de verplichte eisen (uitsluitingscriteria) inzake werkveld, functionele eisen, elektrische uitrusting, controle- en bedieningselementen en toebehoren.

Zo wordt onder meer de eis van "Min. 20°" in de initiële besteksbepaling "10.2.1. Negatieve helling (a) voor diepliggende redding" vervangen door de volgende eis "Min. 17°, te meten rondom het voertuig. Te meten met het steunen op de grond in een normale afstempelprocedure."

Daarnaast wordt als bijlage bij dit schrijven tevens een aangepast offerteformulier meegedeeld dat het vorige vervangt.

3.8. Vier inschrijvers dienen een offerte in, namelijk Iveco Magirus Brandschutztechnik (hierna: Iveco Magirus), Fire Technics, Somati en Somati Vehicles. De door deze inschrijvers ingediende offertes worden in de bestreden beslissing samengevat als volgt:

> "-Iveco Magirus Brandschutz Gmbh, Graf-Arco Strasse 30 te 89079 Ulm:
> - Iveco 160 E 30 & Magirus M 30 L-A (DLK 23-12 CS-GL) 510 000,00 euro excl. btw
> - Volvo FLL 290 & Magirus M 30 L-A (DLK 23-12 CS-GL) 517 000,00 euro excl. btw
>
> -Fire Technics, Solvaylaan 6 te 8400 Oostende:
> - Iveco 160 E 30 & Magirus M 32 L-AS (Single Extension) 524 790,00 euro excl. btw
> - Volvo FLL 290 & Magirus M 32 L-AS (Single Extension) 531 790,00 euro excl. btw
>
> -Somati, Industrielaan 19 te 9320 Erembodegem (Aalst):
> - Volvo FLL 290 4 x 2 & Metz L32A ladder met knikarm 510 479,00 euro excl. btw
>
> -Somati Vehicles, Industrielaan 17A te 9320 Erembodegem (Aalst):
> - Scania P280DB 4 x 2 MNZ & Metz L32A ladder met knikarm 512 680,00 euro excl. btw"

3.9. Vervolgens worden de inschrijvers, volgens verwerende partij, telefonisch uitgenodigd voor een demonstratie, waarbij door verwerende partij aangenomen werd dat de heer Deschacht zowel Fire Technics als Iveco Magirus vertegenwoordigde en de heer Piers zowel Somati als Somati Vehicles.

3.10. Op 26 juli 2011 wordt een verslag van vergelijking van de offertes opgesteld.

3.11. Op 29 juli 2011 wordt vervolgens door verwerende partij een verslag van nazicht van de offertes opgesteld, waarin alle inschrijvers voorlopig worden geselecteerd op grond van een verklaring op eer.

Na vergelijking van de offertes wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan Somati als voordeligste regelmatige inschrijver.

3.12. Op 1 augustus 2011 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Aalter, met verwijzing naar voormeld verslag van vergelijking van de offertes en verslag van nazicht, om de opdracht te gunnen aan Somati als meest voordelige regelmatige inschrijver.

3.13. Met een aangetekend schrijven en e-mail van 10 augustus 2011 wordt aan de niet gekozen inschrijvers meegedeeld dat de opdracht aan een andere inschrijver werd gegund en wordt hun een kopie overgemaakt van voormelde beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 1 augustus 2011.

3.14. Zowel Fire Technics als Iveco Magirus vragen vervolgens de gedetailleerde gemotiveerde beslissing "met puntenverdeling" op bij verwerende partij.

3.15. Met een e-mail van 22 augustus 2011 bezorgt verwerende partij het verslag van nazicht aan voormelde inschrijvers.

IV. Samenvoeging

4. Aangezien de beide vorderingen eenzelfde voorwerp hebben en zes van de zeven middelen in de beide beroepen identiek zijn, past het binnen een goede rechtsbedeling dat de beide zaken worden samengevoegd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

A. Procesbevoegdheid

5. In de zaak A. 201.517/XII-6679 werpt verwerende partij op dat zij uit de statuten van Magirus onmogelijk kan vaststellen of Antonio Benedetti voor deze verzoekende partij rechtsgeldig kon beslissen om in rechte te treden.

6. Deze exceptie dient niet te worden onderzocht noch dient er uitspraak over te worden gedaan, nu hierna zal blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing niet zijn vervuld.

B. Belang

De exceptie

7. Verwerende partij werpt in beide zaken op dat verzoekende partij als onregelmatige inschrijver geen belang heeft bij het aanvechten van de gunningsbeslissing. De offertes van Fire Technics en Iveco Magirus zijn volgens verwerende partij onregelmatig omdat zij geen gebruik zouden hebben gemaakt van het offerteformulier zoals toegevoegd aan verbeteringsbericht nr. 1.

Beoordeling

8.1. Met betrekking tot de vorm en inhoud van de offerte bepaalt het bestek het volgende:

> "Op straffe van uitsluiting zal de offerte opgebouwd zijn zoals beschreven in onderhavig bestek. De inschrijver zal, daar waar in te vullen formulieren bij het bestek zijn bijgevoegd, deze formulieren zo volledig mogelijk invullen."

Bij het bestek worden drie bijlagen gevoegd: een offerteformulier (bijlage A), een inventaris (bijlage B) en een inventaris inzake de opties (bijlage C). Met een aangetekend schrijven en e-mail van 25 mei 2011 wordt aan de kandidaat-inschrijvers een verbeteringsbericht nr. 1 overgemaakt evenals een aangepast offerteformulier dat bijlage A bij het bestek vervangt.

8.2. In het verslag van nazicht worden vraagtekens geplaatst bij de conformiteit van het offerteformulier van Iveco Magirus en Fire Technics omdat zij slechts het oorspronkelijke offerteformulier zoals gevoegd als bijlage bij het bestek hebben ingevuld en dus niet het aangepaste offerteformulier zoals toegevoegd aan verbeteringsbericht nr. 1. Na vaststelling in het verslag van nazicht dat in de offertes van Iveco Magirus en Fire Technics wel rekening wordt gehouden met het verbeteringsbericht, worden de offertes van deze inschrijvers door de aanbestedende overheid niettemin als regelmatig beschouwd "omdat eventuele onregelmatigheden niet essentieel zijn".

8.3. Uit voormelde besteksbepaling lijkt op het eerste gezicht niet ondubbelzinnig te kunnen worden afgeleid dat het gebruik van het offerteformulier was voorgeschreven op straffe van nietigheid. Voorts moet worden vastgesteld dat in de offertes van de betrokken inschrijvers wel degelijk rekening lijkt te zijn gehouden met het verbeteringsbericht. Hoewel verwerende partij vraagtekens heeft geplaatst bij de conformiteit van het offerteformulier, blijkt zij dit gebrek als niet essentieel te hebben aangemerkt.

De exceptie van gebrek aan belang wegens het niet gebruiken van het bijgevoegd offerteformulier zoals opgeworpen door verwerende partij lijkt dan ook niet te kunnen worden aanvaard, te meer daar deze exceptie indruist tegen de eerdere handelwijze van verwerende partij.

8.4. Voorts dient te worden vastgesteld dat de voorliggende opdracht tot voorwerp had de levering van een vrachtwagen en opbouw met autoladder voor de brandweer van Aalter. Uit de bij het bestek gevoegde inventaris blijkt dat de inschrijvers enerzijds het type vrachtwagen en anderzijds de opbouw dienden te beschrijven en hun prijs hiervoor op te geven.

Op het eerste gezicht valt evenwel op te merken dat zowel Fire Technics als Iveco Magirus minstens twee voorstellen lijken te hebben gedaan waarbij telkens een welbepaalde ladder werd aangeboden doch op een verschillend type vrachtwagen, zij het als “suggestie”. Uit het administratief dossier blijkt dat verwerende partij deze voorstellen ook afzonderlijk heeft beoordeeld en gerangschikt. Iveco Magirus heeft daarnaast overigens als “suggestie” ook nog eens een andere ladder aangeboden (autoladder M 32 L-AT i.p.v. M 30 L-A) zodat laatstgenoemde in werkelijkheid zelfs 4 offertes lijkt te hebben ingediend.

Het bestek bepaalt nochtans uitdrukkelijk dat vrije varianten niet worden toegestaan. Aangezien beide voorstellen van Fire Technics en de vier voorstellen van Iveco Magirus bovendien volledig lijken te beantwoorden aan de technische vereisten van het bestek, moet *prima facie* worden aangenomen dat deze twee inschrijvers in strijd met artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (hierna: het

koninklijk besluit van 8 januari 1996) meer dan één offerte hebben ingediend en dat aldus alle offertes van beide inschrijvers onregelmatig zijn.

8.5. Zulks neemt echter niet weg dat een onregelmatige inschrijver wel belang heeft bij het bestrijden van de gunning van een opdracht aan een andere inschrijver, wanneer hij aantoont dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig kan worden toegewezen.

De beoordeling van het belang van verzoekende partijen hangt dan ook samen met de beoordeling van de ernst van de middelen: de vordering is enkel ontvankelijk indien verzoekende partijen aantonen dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig kon worden toegewezen.

VI. De schorsingsvoorwaarden

9. 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.

Evenwel is te dezen 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, van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is aldus 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, 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.

VII. Onderzoek van de middelen

Vooraf

10. Verzoekende partij in de zaak met rolnummer A. 201.489/XII-6675 voert zes middelen aan tegen de bestreden beslissing. Verzoekende partij in de zaak met rolnummer A. 201.517/XII-6679 voert zeven middelen aan. De laatste zes middelen stemmen overeen met de zes middelen in de eerste zaak.

Verzoekende partijen voeren meer bepaald de volgende middelen aan:

1. Schending van het bestek omdat Iveco Magirus nooit zou zijn uitgenodigd voor de in het bestek voorziene demonstratie, die tevens als gunningscriterium geldt met een weging van 15 punten (eerste middel in de zaak A. 201.517/XII-6679);
2. schending van de formele en materiële motiverings- en informatieplicht, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van de artikelen 65/4 en 65/8 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, aangezien de bestreden beslissing van 1 augustus alleen zou verwijzen naar de gegeven punten en verzoekende partijen geen inzage zouden hebben gekregen in de verslagen waarnaar wordt verwezen (eerste middel in de zaak A. 201.489/XII-6675 en tweede middel in de zaak A. 201.517/XII-6679;
3. schending van de voorwaarden van het bestek, van de artikelen 110, 114 en 115 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, van de artikelen 77 en

98, § 2, van het "koninklijk besluit van 10 januari 1996", het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel van niet-discriminatie omdat de offerte van de gekozen inschrijver niet zou voldoen aan het verplichte besteksvereiste inzake de negatieve helling voor diepliggende redding (tweede middel in de zaak A. 201.489/XII-6675 en derde middel in de zaak A. 201.517/XII-6679);

4. schending van "het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsprincipe en het transparantiebeginsel" omdat de puntenverdeling bij de beoordeling van de offertes puur willekeurig zou zijn gebeurd met als oogmerk één inschrijver te bevoordelen (derde middel in de zaak A. 201.489/XII-6675 en vierde middel in de zaak A. 201.517/XII-6679);
5. machtsafwending die volgens verzoekende partijen bewezen wordt door het vage, onprecieze en onduidelijke bestek dat vervolgens onbehoorlijk werd gebruikt met als doel een welbepaalde kandidaat voldoende punten te geven ten nadele van andere zonder dat een redelijkheidstoetsing kon gebeuren. Om ieder nazicht uit te sluiten zou aan verzoekende partijen ook de inzage in de verslagen ontzegd zijn (vierde middel in de zaak A. 201.489/XII-6675 en vijfde middel in de zaak A. 201.517/XII-6679);
6. schending van "de algemene principes bij gunningen waarbij geen vervalsing van de mededinging mag gebeuren" aangezien de gemeente Aalter de concurrenten van Somati zou hebben uitgeschakeld onder meer door Iveco Magirus zelfs geen demonstratie te laten doen (vijfde middel in de zaak A. 201.489/XII-6675 en zesde middel in de zaak A. 201.517/XII-6679);
7. schending van artikel 11 van de voormelde wet van 24 december 1993 door het uitsluiten van een kandidaat voor de door het bestek voorziene demonstratie, het geven van verschillende punten voor identieke voertuigen en het verkeerd waarderen van de demonstratie (zesde middel in de zaak A. 201.489/XII-6675 en zevende middel in de zaak A. 201.517/XII-6679).

11. Gelet op de op het eerste gezicht vastgestelde onregelmatigheid van de offertes van verzoekende partijen, lijken zij geen voordeel te hebben bij de beweerde schending van het bestek, de beweerde schending van de formele en materiële motiverings- en informatieplicht, de beweerde schending van de beginselen van behoorlijk bestuur bij de beoordeling van de offertes, de beweerde

machtsafwending en schending van de mededinging bij de beoordeling van de offertes om de gekozen inschrijver te bevoordelen omdat deze middelen prima facie niet van aard zijn om te besluiten dat de opdracht aan geen enkele andere inschrijver rechtsgeldig had kunnen worden gegund.

Het tweede middel in de eerste zaak, derde middel in de tweede zaak, waarin de regelmatigheid van de offerte van Somati wordt betwist omdat haar offerte niet zou voldoen aan het verplichte besteksvereiste inzake de negatieve helling voor diepliggende redding, lijkt voor dit vraagpunt wel relevant.

Vastgesteld dient echter te worden dat verzoekende partijen enkel de onregelmatigheid aanvoeren van de offerte van de begunstigde inschrijver namelijk Somati en dus niet van de tweede gerangschikte inschrijver Somati Vehicles. Aangezien verzoekende partijen dus geen middelen aanvoeren waarin zij betogen dat alle andere inschrijvers ten onrechte regelmatig zijn of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig kon worden gegund zou het beroep om deze reden als onontvankelijk kunnen worden aangemerkt.

12. Aangezien uit de stukken van het administratief dossier evenwel *prima facie* blijkt dat de tweede gerangschikte inschrijver, namelijk Somati Vehicles, dezelfde ladder heeft aangeboden als Somati, zou, ingeval dit middel ernstig wordt bevonden, op het eerste gezicht tevens de offerte van de tweede gerangschikte inschrijver substantieel onregelmatig lijken te zijn.

Gelet op deze bijzondere omstandigheid lijkt de conclusie dan ook dat het beroep slechts als onontvankelijk dient te worden aangemerkt indien het tweede middel in de eerste zaak, derde middel in de tweede zaak, niet ernstig is.

Het volstaat dan ook in de voorliggende zaken om uitsluitend dit middel te onderzoeken, waarin de regelmatigheid van de offerte van Somati wordt betwist omdat haar offerte niet zou voldoen aan het verplichte besteksvereiste inzake de negatieve helling voor diepliggende redding.

Tweede middel in de zaak A. 201.489/XII-6675 en derde middel in de zaak A. 201.517/XII-6679

Standpunt van verzoekende partijen

13. Het tweede middel is genomen uit de schending van "de voorwaarden van het bestek, art. 110, 114 en 115 KB. 08.01.1996, art 77 K.B. 10.01.1996, art. 98 par. 2 K.B. 10.01.1996, het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel van niet-discriminatie".

Verzoekende partijen voeren in essentie aan dat de offerte van de gekozen inschrijver niet zou voldoen aan het verplichte besteksvereiste inzake de negatieve helling voor diepliggende redding. Door alsnog deze offerte te aanvaarden, zou verwerende partij gehandeld hebben in strijd met de voormelde bepalingen.

Beoordeling

14. Op het eerste gezicht dient te worden vastgesteld dat de voorliggende opdracht geen betrekking heeft op de nutssectoren zodat de in het middel vermelde artikelen 77 en 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, niet van toepassing zijn.

15. Artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, zoals te dezen van toepassing, bepaalt dat "onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, […] de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande [kan] beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen."

16. In het verbeteringsbericht nr. 1 dat verwerende partij met een aangetekend schrijven en e-mail van 25 mei 2011 aan de kandidaat-inschrijvers

heeft meegedeeld wordt onder meer de eis van "Min. 20°" in de initiële besteksbepaling "10.2.1. Negatieve helling (a) voor diepliggende redding" vervangen door de volgende eis "Min. 17°, te meten rondom het voertuig. Te meten met het steunen op de grond in een normale afstempelprocedure."

Aangezien voormelde eis deel lijkt uit te maken van de in het bestek en in het begeleidend schrijven bij het verbeteringsbericht nr. 1 gestelde "verplichte eisen (uitsluitingscriteria)" waaraan de door de aanbieder voorgestelde eenheid noodzakelijk moet voldoen, kan op het eerste gezicht worden aangenomen dat het gaat om een essentiële vereiste waaraan de offertes moesten voldoen op straffe van niet-conformiteit.

17. Volgens verzoekende partijen voldoet de offerte van Somati niet aan voormeld vereiste aangezien uit de technische specificatie van de ladder die zij voegt bij haar offerte blijkt dat "de negatieve helling slechts 15° is zodat de voorziene 17° niet wordt behaald".

18. Dergelijk technisch middel kan in beginsel pas tot schorsing leiden wanneer de ernst ervan al blijkt op grond van een snel en zeer *prima facie* onderzoek waarbij geen deskundige ondersteuning noodzakelijk is. Verzoekende partijen vragen in hun verzoekschrift op dit punt overigens geen deskundigenonderzoek.

19. In de offerte van Somati, zoals overgenomen in de nota, wordt in de beschrijving aan de hand van de technische bepalingen bij artikel 10.2.1 het volgende vermeld:

	Karakteristieken	Eisen	Voorstel inschrijver	Blz. of nr. bijlage	Conform
10.2.1	Negatieve helling (a) voor diepliggende redding	Min 17°, te meten rondom het voertuig. Te meten met het steunen op de grond in een normale	OK 17° Met toepassing van het horizontaal-vertikaal afstempelsysteem voor de	Blz. 3.1	JA

		afstempel-procedure	positione-ring van het voertuig; niet rond de cabine omgeving		

Voorts dient te worden vastgesteld dat, hoewel in de technische fiche van de ladder die Somati voegt bij haar offerte een negatieve helling van 15° wordt vermeld, deze fiche daarnaast in kleinere druk ook nog een hellingspercentage van 22° lijkt te vermelden, en uit de afbeelding op eerste gezicht die mogelijkheid kan worden afgeleid.

Volgens verwerende partij is de 15° zoals opgegeven in de technische fiche waarnaar verzoekende partijen verwijzen, slechts de minimale negatieve helling wanneer *geen* rekening wordt gehouden met de toepassing van het horizontaal-vertikaal afstempelsysteem voor de positionering van het voertuig.

Voorts wijst verwerende partij er ook op dat Somati tijdens de demonstratie heeft aangetoond dat zij aan de betrokken eis voldeed. Uit een verklaring op erewoord van de leden van het evaluatieteam, toegevoegd als stuk 22 van het administratief dossier, blijkt in elk geval dat de juryleden bevestigen dat de besteksvoorwaarde "10.2.1. Negatieve helling (a) voor diepliggende redding: Min. 17°, te meten rondom het voertuig. Te meten met het steunen op de grond in een normale afstempelprocedure", zoals omschreven in de offerte van de firma Somati nv "Met toepassing van het horizontaal-verti[k]aal afstempelsysteem voor de positionering van het voertuig; niet rond[…] de cabine omgeving" wordt aanvaard als bewezen.

Ten slotte valt op te merken dat de litigieuze besteksbepaling door toepassing van een specifieke meetmethode blijkbaar juist werd gewijzigd naar aanleiding van een e-mail van de gedelegeerd bestuurder van Fire Technics van 14 mei 2011 waarin door Fire Technics zelf wordt opgemerkt dat de tekst zo gewijzigd is dat nu niemand is uitgesloten.

Zoals gezegd kan een technisch middel zoals het voorliggende middel pas tot schorsing leiden wanneer de ernst ervan al blijkt op grond van een snel en *prima facie* onderzoek. In het licht van de voorgaande vaststellingen op grond van de stukken van het administratief dossier en van de opmerkingen van verwerende partij, waarvan de onaannemelijkheid niet wordt aangetoond, is dit in de voorliggende zaken niet het geval.

20. Het tweede middel in de eerste zaak, derde middel in de tweede zaak, is niet ernstig. Deze vaststelling volstaat om beide vorderingen te verwerpen.

BESLISSING

1. De zaken A. 201.489/XII-6675 en A. 201.517/XII-6679 worden samengevoegd, wat de vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid betreft.

2. De Raad van State verwerpt de vorderingen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 september 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest, kamervoorzitter,
bijgestaan door
Greta Scheveneels, griffier.

De griffier **De voorzitter**

Greta Scheveneels **Dierk Verbiest**