

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 223.337 van 30 april 2013
in de zaken I. A. 208.363/XII-7312
II. A. 208.508/XII-7329

In zake: I. + II. de BVBA BELGISCH MEETINSTITUUT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Surmont
kantoor houdend te 2300 Turnhout
de Merodelei 112
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

I. + II.
de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de
minister van Binnenlandse Zaken
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Filip Lahaye
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

I.+II. de BVBA DE VOCHT EXPERT SERVICES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marco Schoups en Kris Lemmens
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
De Burburestraat 6-8
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering in de zaak A. 208.363/XII-7312, ingesteld op 27 maart 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing dd. 13 maart 2012 van de heer C. Geldhof (Directie van de aankopen-Algemene Directie van de ondersteuning en het beheer

van de Federale Politie), bij delegatie van de minister van Binnenlandse Zaken, betreffende een meerjarige open overeenkomst van diensten voor de tweejaarlijkse en eerste ijk van de vaste en mobiele snelheidsmeter ten voordele van de geïntegreerde politie (bestek n° DGS/DSA 2012 R3 416 van 26/07/2012) waarbij werd geoordeeld dat, enerzijds het Belgisch Meetinstituut bvba niet geselecteerd mag worden en, anderzijds, de offerte van het Belgisch Meetinstituut een substantiële onregelmatigheid bevat in verband met de prijzen”.

De vordering in de zaak A. 208.508/XII-7329, ingesteld op 11 april 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing dd. 13 maart 2012 van de heer C. Geldhof (Directie van de aankopen-Algemene Directie van de ondersteuning en het beheer van de Federale Politie), bij delegatie van de minister van Binnenlandse Zaken, betreffende een meerjarige open overeenkomst van diensten voor de tweejaarlijkse en eerste ijk van de vaste en mobiele snelheidsmeter ten voordele van de geïntegreerde politie (bestek n° DGS/DSA 2012 R3 416 van 26/07/2012) waarbij, naast de niet-selectie van [de bvba Belgisch Meetinstituut] en het onregelmatig bevinden van haar offerte m.b.t. de prijzen, werd besloten de opdracht te gunnen aan bvba De Vocht Expert Services”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Met verzoekschriften van 8 april 2013 en 16 april 2013 heeft de bvba De Vocht Expres Services gevraagd om in beide zaken in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting van 18 april 2013, om 10.00 uur, waarop de behandeling is uitgesteld naar de terechtzitting die heeft plaatsgevonden op 23 april 2013, om 10u30.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft in beide zaken verslag uitgebracht.

Advocaat Koen Van Den Wyngaert, die loco advocaat Jan Surmont verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Filip Lahaye, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Kris Lemmens, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft in beide zaken 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 overheidsopdracht uit voor de aanneming van diensten met als onderwerp: “Meerjarige open overeenkomst van diensten voor de tweejaarlijkse en eerste ijking van de vaste en mobiele snelheidsmeter ten voordele van de geïntegreerde politie”. Als gunningswijze wordt gekozen voor de openbare aanbesteding.

De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek nr. DGS/DSA 2012 R3 416. De totale uitgave voor de opdracht wordt geraamd op 76.535,00 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 26 juli 2012.

3.3. In het bijzonder bestek wordt inzake de kwalitatieve selectie het volgende bepaald:

“5.3.2. De inschrijvers moeten geaccrediteerd [zijn] volgens KB van 12 oktober 2010 betreffende de goedkeuring, de verificatie en de installatie van meetinstrumenten gebruikt voor het toezicht op het gebruik van de wet betreffende de politie over het wegverkeer en haar uitvoeringsbesluiten”.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 3 september 2012. Er werden twee offertes ingediend, waaronder die van verzoekende partij en de bvba De Vocht Expert Services (tussenkomen partij).

3.5. Op 10 december 2012 geeft de inspecteur-generaal van Financiën een ongunstig advies. Dit wordt gemotiveerd als volgt:

“Het bestek bepaalt in punt 5.3.2 dat de inschrijvers moeten geaccrediteerd zijn volgens het KB 12 oktober 2010 betreffende de goedkeuring, de verificatie en de installatie van meetinstrumenten gebruikt voor het toezicht op het gebruik van de wet betreffende de politie over het wegverkeer en haar uitvoeringsbesluiten.

Een dergelijke eis is een selectievereiste inzake technische bekwaamheid. Het bestek liet evenwel na om het accreditatiebewijs als verplicht bewijsstuk aan de inschrijving te laten toevoegen.

Tijdens het onderzoek van de offertes rees twijfel over de accreditatie van BMI. In samenspraak met de bevoegde diensten (BELPAC, Directie-generaal Kwaliteit en Veiligheid van FOD Economie, KMO, Middenstand en Economie) werd vastgesteld dat BMI niet over de vereiste accreditatie beschikt.

BMI heeft wél een samenwerkingsovereenkomst met een buitenlands bedrijf NMI dat wel over die accreditatie zou beschikken.

Inschrijver BMI bvba verklaart in zijn inschrijvingsbiljet (punt 6) echter formeel dat hij geen beroep doet op eventuele onderaannemers. Het bijgevoegde contract met NMI is dan ook niet relevant, en kan enkel dienen tot bewijs van zijn valse verklaring inzake onderaanneming.

De inschrijving van BMI beantwoordt op datum van de openingszitting niet aan de gestelde selectievereiste inzake technische bekwaamheid.

[...]

Besluit

[...]

BMI voldoet niet aan de selectievereiste inzake technische bekwaamheid en verklaart formeel geen beroep te doen op onderaannemers.

Het bijgevoegde samenwerkingskontraat met NMI is dan ook niet terzake, en illustreert in het beste geval de valsheid van zijn verklaring inzake ‘geen onderaanneming’.

De vereiste ijkingscertificaten kunnen bij gebrek aan accreditatie niet door BMI als certificerende instelling worden afgeleverd.

[...]”.

3.6. De directeur van de directie van de Aankopen beslist om de opdracht te gunnen aan tussenkomen partij en niet aan verzoekende partij

wegens de substantiële onregelmatigheid van haar offerte. De motivering van die beslissing luidt onder meer:

“Na onderzoek van de opgegeven documenten en bijkomende inlichtingen van FOD Economie, K.M.O, Middenstand en Energie en de accreditatie-instelling BELAC beantwoordt de firma BMI niet aan de eisen in verband met punt 5.3.2 van het bestek. De inschrijvers moeten geaccrediteerd worden volgens KB van 12 oktober 2010 betreffende de goedkeuring, de verificatie en de installatie van meetinstrumenten gebruikt voor het toezicht op het gebruik van de wet betreffende politie over het wegverkeer en haar uitvoeringsbesluiten. De firma BMI heeft dus zelf geen accreditatie maar werkt onder de accreditatie van NMI. Bijgevolg mag de firma BMI niet geselecteerd worden.”

Dit is de bestreden beslissing in de zaak A. 208.363/XII-7312.

3.7. Met een ter post aangetekende brief van 13 maart 2013 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht van haar niet-selectie.

3.8. Op grond van het administratief dossier in de voormelde zaak A. 208.363/XII-7312 en het verzoekschrift tot tussenkomst in die zaak, stelt verzoekende partij vast dat met een afzonderlijke ter post aangetekende brief van 13 maart 2013 de opdracht werd gegund aan tussenkomende partij. Dit is de bestreden beslissing in de zaak A. 208.508/XII-7329.

IV. Samenvoeging

4. Er is grond om over de beide vorderingen in één arrest te beslissen, aangezien ze eenzelfde opdracht betreffen.

V. Tussenkomst

5. Verzoekende partij tot tussenkomst blijkt in beide zaken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er in beide zaken belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek in beide zaken worden ingewilligd.

VI. De schorsingsvoorwaarden

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

7. Te dezen is evenwel 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 van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is 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.

Overeenkomstig artikel 65/31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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.

VII. Onderzoek van de middelen in de zaak A. 208.363/XII-7312

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het eerste middel

8. In het eerste middel voert verzoekende partij de schending aan van “art. 10 van het koninklijk besluit van 12 oktober 2010 betreffende de goedkeuring, de ijking en de installatie van de meettoestellen gebruikt om toezicht te houden op de naleving van de wet betreffende de politie over het wegverkeer en haar uitvoeringsbesluiten, art. 71, derde lid van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, het vertrouwens- en evenredigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel in samenhang met het ‘algemeen verbod om het bestek op maat van één kandidaat te schrijven’, alsook het beginsel van de materiële motiveringsplicht”.

Verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift dat voormelde bepalingen en beginselen werden geschonden:

“doordat verweerster, bij toepassing van art. 5.3.2. van het bestek, over gaat tot de niet-selectie van verzoekster en zodoende te kennen geeft dat verzoekster niet beschikt over de nodige accreditaties en derhalve wordt geacht niet afdoende vakbekwaamheid te hebben voor de uitvoering van de in het bestek omschreven diensten, terwijl uit de tussen het NMI en verzoekster gesloten overeenkomst d.d. 27 februari 2007 uitdrukkelijk blijkt dat verzoekster werkt onder de accreditaties en het kwaliteitssysteem van het NMI, wat een gelijkwaardige Europese accreditatie uitmaakt in de zin van voormeld KB van 12 oktober 2010 en hiermee ten onrechte geen rekening werd gehouden”.

Beoordeling

9. Verzoekende partij beweert dat zij werkt “onder de accreditaties van het NMI” en dat het werken onder accreditaties van andere ondernemingen een vaak gehanteerde constructie is. Zij verwijst hierbij naar artikel 73*bis* van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 dat luidt als volgt:

“Wanneer de aanbestedende overheid de overlegging verlangt van door onafhankelijke instanties opgestelde verklaringen dat de dienstverlener aan bepaalde kwaliteitsnormen voldoet, verwijst ze naar kwaliteitsbewaking-sregelingen die op de Europese normenreeksen op dit terrein zijn gesteund en die zijn gecertificeerd door instanties die voldoen aan de Europese normenreeks voor certificering. Ze erkent gelijkwaardige certificaten van in andere lidstaten gevestigde instanties. Ze aanvaardt eveneens andere bewijzen inzake gelijkwaardige maatregelen op het vlak van kwaliteitsbewaking”.

Er dient daarbij te worden vastgesteld dat het in het middel geschonden geachte artikel 10 van het koninklijk besluit van 12 oktober 2010 ‘betreffende de goedkeuring en homologatie van de automatisch werkende toestellen gebruikt om toezicht te houden op de naleving van de wet betreffende de politie over het wegverkeer en haar uitvoeringsbesluiten’ bepaalt wat volgt:

“Art. 10. De toestellen zijn onderworpen aan eerste ijk, herijk en technische controle waarvan de proeven overeenkomstig het modelgoedkeurings-dossier moeten worden uitgevoerd onder het hoog toezicht van de Dienst Metrologie, door een organisme geaccrediteerd in overeenkomst [met] de eisen van de Europese normen EN 17025 en EN 17020, type A, binnen het Belgische accreditatiesysteem of volgens een gelijkwaardige accreditatie in een lidstaat van de Europese Gemeenschap of in een EVA-land dat partij is bij de EER-Overeenkomst of in Turkije of in Zwitserland.

[...]

Art. 12. De herijk heeft plaats om de twee jaar.

Als het toestel moet worden hersteld met verbreking van de verzegeling, wordt het toestel na herstelling aan een eerste ijk onderworpen”.

Deze bepaling erkent aldus uitdrukkelijk gelijkwaardige certificaten van in bepaalde andere staten gevestigde organismes, waardoor ook deze de nodige proeven kunnen uitvoeren. Te dezen lijken deze certificaten echter niet relevant: hoewel verzoekende partij niet betwist dat zijzelf niet over een (Belgische of buitenlandse) accreditatie beschikt, zal ze daarentegen volgens haar offerte toch zelf de proeven uitvoeren.

10. Verzoekende partij betoogt voorts wel dat:

1) de brief van 14 november 2012 van NMI Certin BV, gericht aan de dienst Wettelijke Metrologie van de FOD Economie, waarin onder meer wordt

geponeerd dat verzoekende partij “wordt vermeld als Gerelateerde Organisatie van NMI Certin” en dat “NMI Certin en BMi menen [...] dat de werkzaamheden in België die NMI Certin in samenwerking met BMi uitvoert, onder accreditatie plaatsvinden”,

- 2) de rapporten van de Nederlandse Raad voor Accreditatie, die alle betrekking hebben op NMI Certin BV, en
- 3) de toelichting die verzoekende partij in haar offerte heeft geboden,

“ontegensprekelijk het bewijs van de technische bekwaamheid van verzoekende partij voor de uitvoering van de opdracht” aantonen. Zij verwijst hierbij naar “vaste rechtspraak van het Hof van Justitie” en naar artikel 71, derde lid, van het meer vermelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 dat toelaat dat een inschrijver zich beroept op de bekwaamheid van andere aannemers en dat luidt als volgt:

“Een kandidaat of een inschrijver kan zich in voorkomend geval en voor welbepaalde opdrachten beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten. In dat geval moet hij de aanbestedende dienst aantonen dat hij zal beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de dienstverlener dergelijke middelen ter beschikking te stellen”.

11. Verwerende partij heeft beslist dat verzoekende partij niet mag worden geselecteerd, omdat zij in weerwil van het hiervoor aangehaalde artikel 5.3.2. van het bestek, zelf geen accreditatie heeft maar werkt onder de accreditatie van NMI.

Gelet op het belang van bewijskrachtige vaststellingen door de meettoestellen, en het feit dat de wettelijk vereiste ijking van de mobiele en vaste snelheidsmeter, waarvoor de accreditatie is vereist, het wezen uitmaakt van voorliggende overheidsopdracht en hoewel de ijking blijkt te zullen worden uitgevoerd door verzoekende partij die niet is geaccrediteerd, terwijl artikel 10 van het voormeld koninklijk besluit van 12 oktober 2010 nu net uitdrukkelijk bepaalt dat de “proeven [...] moeten worden uitgevoerd [...] door” een “geaccrediteerd” organisme, lijkt het dat verwerende partij de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen niet heeft geschonden door te beslissen dat verzoekende partij, die

zelf niet over de betrokken accreditatie beschikt, niet beantwoordt aan het vereiste van punt 5.3.2 van het bestek.

Het gegeven dat verzoekende partij al jaren werkt “onder de accreditaties van het NMI” en voorheen opdrachten gegund kreeg, doet aan de voorgaande vaststellingen geen afbreuk: gegevens uit andere gunningsprocedures kunnen in principe niet decisief zijn voor de beoordeling van de in het geding zijnde gunningsprocedure. Uit de voormelde brief van 14 november 2012 aan de Dienst Wettelijke Metrologie volgt overigens dat “BNI niet langer op de scope wordt vermeld” omdat dit niet in overeenstemming bleek te zijn met de beleidsregel van de Nederlandse Raad voor Accreditatie “dat op de scope van een geaccrediteerde instelling geen namen van andere juridische entiteiten dan de geaccrediteerde worden vermeld”.

12. Verzoekende partij voert ten slotte aan dat verwerende partij het gelijkheidsbeginsel en het “verbod om het bestek op maat te schrijven van één kandidaat” schendt. Uit punt 5.3.2 van het bestek samen genomen met artikel 10 van het hiervoor aangehaalde koninklijk besluit van 12 oktober 2010 volgt echter dat elkeen die is geaccrediteerd overeenkomstig de “eisen van de Europese normen EN 17025 en EN 17020, type A, binnen het Belgische accreditatiesysteem of volgens een gelijkwaardige accreditatie in een lidstaat van de Europese Unie of in een EVA-land dat partij is bij de EER-Overeenkomst of in Turkije of in Zwitserland”, mocht inschrijven op die opdracht. Verzoekende partij lijkt aldus niet aan te tonen dat er slechts één onderneming op de markt is die de opdracht kan uitvoeren- er kan bijvoorbeeld worden gedacht aan NMI zelf. Bovendien lijkt niets te verhinderen dat verzoekende partij zelf een accreditatie zou aanvragen.

13. Aldus is het eerste middel niet ernstig.

B. Tweede middel

14. Verzoekende partij heeft aldus niet aangetoond dat het ten onrechte is dat zij niet is geselecteerd. Zij heeft aldus geen belang meer bij haar tweede middel, dat de prijs van haar offerte betreft, omdat zij als niet-geselecteerde inschrijver met haar offerte niet in aanmerking komt om met andere offertes te

worden vergeleken. Ook het tweede middel wordt niet aanvaard. De vordering dient bijgevolg te worden verworpen.

VIII. De zaak A. 208.508/XII-7329

15. Bij de behandeling van de zaak A.208.363/XII-7312 is gebleken dat verzoekende partij niet aantoonde dat het ten onrechte is dat zij niet werd geselecteerd. Daaruit moet worden afgeleid dat verzoekende partij, als niet-geselecteerde inschrijver, geen belang heeft bij de hier besproken vordering, in zoverre die de gunning aan een andere inschrijver als voorwerp heeft. Aan verzoekende partij mag de opdracht immers niet worden toegewezen, wegens haar niet-selectie, ook al zou de betrokken gunningsbeslissing in haar tenuitvoerlegging worden geschorst. Verzoekende partij zou enkel nog belang kunnen hebben bij haar vordering, mocht zij in een middel aantonen dat de opdracht aan geen enkele inschrijver had mogen worden gegund. Daartoe strekt haar enige middel in de hier besproken zaak echter niet, aangezien daarin louter haar eigen niet-selectie wordt betwist.

De vordering is bijgevolg niet ontvankelijk.

IX. Besluit

16. De vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dienen te worden verworpen.

BESLISSING

1. De zaken A. 208.363/XII-7312 en A. 208.508/XII-7329 worden gevoegd wat de vorderingen tot schorsing betreft.

2. De verzoeken van de bvba De Vocht Expres Services tot tussenkomst in het administratief kort geding worden in beide zaken ingewilligd.

3. De Raad van State verworpt de vorderingen.

4. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op 250 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 30 april 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest