RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 227.107 van 14 april 2014
in de zaken I. A. 201.489/XII-6675
II. A. 201.517/XII-6679

In zake: I. de NV FIRE TECHNICS
II. de GmbH IVECO MAGIRUS BRANDSCHUTZTECHNIK, vennootschap naar Duits recht
beiden 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 het beroep

1. Het beroep in de zaak A. 201.489/XII-6675, ingesteld op 23 augustus 2011, strekt tot de nietigverklaring van "de beslissing van 01 augustus 2011 van de gemeente Aalter […] waarbij [de offerte van de nv Fire Technics] i.v.m. de opdracht 'aankoop van autoladder voor brandweer Aalter (pre-zone Meetjesland)' niet werd weerhouden en deze aan [de nv Somati] werd toegewezen".

Het beroep in de zaak A. 201.517/XII-6679, ingesteld op 24 augustus 2011, strekt tot de nietigverklaring van "de beslissing van 01 augustus 2011 van de gemeente Aalter […] waarbij [de offerte van de GmbH IVECO Magirus Brandschutztechnik] i.v.m. de opdracht 'aankoop van autoladder voor brandweer Aalter (pre-zone Meetjesland)' niet werd weerhouden en deze aan [de nv Somati] werd toegewezen".

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 215.156 van 15 september 2011 zijn de vorderingen tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen samengevoegd en verworpen.

De verzoekende partijen hebben elk een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft in beide zaken een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partijen hebben in beide zaken een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Inge Vos heeft één verslag over beide zaken opgesteld.

De verzoekende partijen en de verwerende partij hebben in beide zaken een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 februari 2014.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Karel Buyse, die loco advocaat Gerard Soete verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Stéphanie Taelemans, die loco advocaat Gitte Laenen 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. 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 wordt gegund bij wijze van algemene offerteaanvraag.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 21 april 2011 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 27 april 2011.

In de aankondiging wordt de opdracht 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. Het bestek met nr. 857-11d006 is op deze opdracht van toepassing. Het bestek bepaalt drie gunningscriteria:

- prijs op 40 punten,
- technische waarde op 45 punten en
- demonstratie op 15 punten.

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

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.

3.4. Met een e-mail van 14 mei 2011 deelt de gedelegeerd bestuurder van Fire Technics aan de 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 inschrijven. Daarnaast wordt tevens meegedeeld dat de tekst zo is gewijzigd dat niemand is uitgesloten.

3.5. Met een aangetekend schrijven en e-mail van 25 mei 2011 deelt de 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 wat de ladder betreft 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.

3.6. Vier inschrijvers dienen een offerte in, namelijk IVECO Magirus Brandschutztechnik GmbH (hierna: IVECO Magirus), de nv Fire Technics, de nv Somati en de nv Somati Vehicles. De door deze inschrijvers ingediende offertes worden in de bestreden beslissing samengevat:

> "-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".

3.7. Vervolgens worden de inschrijvers –volgens de verwerende partij telefonisch– uitgenodigd voor een demonstratie.

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

3.9. Op 29 juli 2011 wordt vervolgens door de 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 de nv Somati als voordeligste regelmatige inschrijver.

3.10. 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 de nv Somati als meest voordelige regelmatige inschrijver.

Dit is de in beide zaken bestreden gunningsbeslissing.

3.11. 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 bezorgd van voormelde beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 1 augustus 2011.

IV. Samenvoeging

4. Aangezien de beide beroepen 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, zoals dit ook reeds in de kortgedingprocedure het geval was.

V. Ontvankelijkheid van de beroepen

5.1. In het auditoraatsverslag wordt vastgesteld, in navolging van het arrest nr. 215.156 van 15 september 2011 en een op dit arrest gesteunde exceptie van de verwerende partij, dat de verzoekende partijen allebei verscheidene offertes hebben ingediend en aldus als onregelmatige inschrijvers moeten worden beschouwd.

5.2. In het voornoemde arrest nr. 215.156 werd hierover als volgt geoordeeld:

> "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."

5.3. In hun memories van wederantwoord doen de verzoekende partijen gelden, wat deze ontvankelijkheidsproblematiek betreft, dat 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' toelaat dat naast een basisofferte ook varianten worden ingediend. Zij wijzen er vervolgens op dat zij geen varianten maar wel "suggesties" hebben aangeboden. Zelfs indien de "suggesties" als varianten moeten worden beschouwd, zo doen de verzoekende partijen gelden, dan nog leidt het uitsluiten van de varianten niet tot de onregelmatigheid van hun basisoffertes. Ten slotte wijzen zij erop dat niet zij maar wel de nv Somati en de

nv Somati Vehicles meerdere offertes hebben ingediend: deze inschrijvers behoren tot eenzelfde ondernemingsgroep zodat hun offertes moeten worden geweerd als meerdere offertes van eenzelfde inschrijver.

5.4. In het auditoraatsverslag wordt dit betoog verworpen samengevat om de volgende redenen. In de eerste plaats sluit het op deze opdracht toepasselijke bestek het indienen van varianten uitdrukkelijk uit. De stelling dat de verzoekende partijen enkel "suggesties" hebben aangeboden kan niet worden gevolgd; zij blijken immers meerdere bestekconforme voorstellen te hebben ingediend waarbij het aan de verwerende partij werd overgelaten om een keuze te maken en de verzoekende partijen dus voor zichzelf ten onrechte meerdere kansen hebben geschapen om de opdracht te verwerven. Het indienen van meerdere offertes heeft voorts tot gevolg dat alle ingediende offertes onregelmatig zijn en niet enkel de "suggesties". Wat ten slotte de offertes van de nv Somati en de nv Somati Vehicles betreft, wordt vastgesteld dat deze offertes zijn ingediend door twee onderscheiden rechtspersonen die elk een afzonderlijke offerte indienden. Het feit dat deze inschrijvers tot dezelfde ondernemingsgroep behoren, houdt niet in dat zij niet zouden mogen deelnemen aan eenzelfde gunningsprocedure.

5.5. De verzoekende partijen hebben, na de betekening van het voor hun standpunt ongunstige auditoraatsverslag, enkel een verzoek tot voortzetting van de rechtspleging ingediend. Zij brengen geen inhoudelijk verweer te berde tegen de vaststellingen in dit verslag.

5.6. Ook de Raad van State ziet geen redenen om zijn eerdere vaststellingen uit het voornoemde arrest nr. 215.156 niet te hernemen en het terechte standpunt van het auditoraatsverslag niet bij te vallen.

De verzoekende partijen dienen aldus als onregelmatige inschrijvers te worden beschouwd. De beroepen zijn dan ook enkel ontvankelijk

in zoverre de verzoekende partijen aantonen dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen.

VI. Onderzoek van de middelen

6. In de zaak A. 201.489/XII-6675 ontwikkelt Fire Technics zes middelen tegen de bestreden beslissing. In de zaak A. 201.517/XII-6679 ontwikkelt IVECO Magirus zeven middelen tegen de bestreden beslissing, waarbij enkel het eerste middel afwijkt van de zes middelen aangebracht door Fire Technics. De overige middelen zijn in beide zaken identiek.

Het past, in het licht van de *sub 5* gedane vaststellingen inzake de ontvankelijkheid, om een aantal van de middelen samen te behandelen.

A. Eerste, derde, vierde, vijfde en zesde middel in de zaak A. 201.489/XII-6675 en eerste, tweede, vierde, vijfde, zesde en zevende middel in de zaak A. 201.517/XII-6679

Uiteenzetting van de middelen

7.1. In het eerste middel in de zaak A. 201.517/XII-6679 voert IVECO Magirus de schending aan van het bestek, doordat zij nooit werd uitgenodigd om een demonstratie te geven, zoals nochtans bepaald was in het bestek. De demonstratie geldt bovendien als gunningscriterium met een weging van 15 punten.

7.2. In het eerste middel in de zaak A. 201.489/XII-6675, dat in de zaak A. 201.517/XII-6679 wordt aangebracht als tweede middel, voeren de verzoekende partijen de schending aan van “de formele en materiële motiverings- en informatieplicht, art. 2 en 3 Wet 29 juli 199[1] betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen en art. 65/4 en 65/8 Wet 24 december 1993 i.v.m. de overheidsopdrachten”. Zij betogen dat de bestreden beslissing alleen

zou verwijzen naar de gegeven punten en zij geen inzage zouden hebben gekregen in de verslagen waarnaar in de beslissing wordt verwezen.

7.3. In het derde middel in de zaak A. 201.489/XII-6675, dat in de zaak A. 201.517/XII-6679 wordt aangebracht als vierde middel, voeren de verzoekende partijen de schending aan van "het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsprincipe en het transparantiebeginsel". Zij betogen dat de puntenverdeling bij de beoordeling van de offertes willekeurig zou zijn gebeurd met als oogmerk één inschrijver te bevoordelen. Zo zouden voor identieke voertuigen en identieke ladders verschillende punten zijn toegekend en zou voor de demonstratie van een kwalitatief betere ladder aanzienlijk minder punten worden toegekend dan voor de demonstratie met een minder goede ladder.

7.4. In het vierde middel in de zaak A. 201.489/XII-6675, dat in de zaak A. 201.517/XII-6679 wordt aangebracht als vijfde middel, voeren de verzoekende partijen machtsafwending aan. De machtsafwending wordt volgens de verzoekende partijen bewezen 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 de overige, zonder dat een redelijkheidstoetsing kon gebeuren. Om ieder nazicht uit te sluiten zou aan de verzoekende partijen ook de inzage in de verslagen ontzegd zijn.

7.5. In het vijfde middel in de zaak A. 201.489/XII-6675, dat in de zaak A. 201.517/XII-6679 wordt aangebracht als zesde middel, voeren de verzoekende partijen de schending aan van "de algemene principes bij gunningen waarbij geen vervalsing van de mededinging mag gebeuren". Zij betogen dat de verwerende partij de concurrenten van de nv Somati zou hebben uitgeschakeld, onder meer door IVECO Magirus zelfs geen demonstratie te laten doen.

7.6. In het zesde middel in de zaak A. 201.489/XII-6675, dat in de zaak A. 201.517/XII-6679 wordt aangebracht als zevende middel, voeren de

verzoekende partijen de schending aan van “art. 11 Wet 24 december 1993”. Zij achten deze bepaling geschonden 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.

Beoordeling

8.1. In het auditoraatsverslag wordt ten aanzien van al deze middelen vastgesteld dat de Raad van State in het voormelde arrest nr. 215.156 van 15 september 2011, gewezen in het kader van de schorsingsprocedure, reeds heeft geoordeeld dat, gelet op de op het eerste gezicht vastgestelde onregelmatigheid van de offertes van de verzoekende partijen, zij geen voordeel lijken te hebben bij de in deze middelen ingeroepen grieven omdat deze reeds *prima facie* niet van aard zijn om te besluiten dat de opdracht aan geen enkele andere inschrijver rechtsgeldig had kunnen worden gegund; in hun memories van wederantwoord voeren de verzoekende partijen enkel bijkomende argumenten aan met betrekking tot de grond van de middelen; zij weerleggen echter op geen enkele wijze de voormelde vaststelling van de Raad van State aangaande het gebrek aan belang bij de middelen, gelet op de onregelmatigheid van hun offertes.

Wat betreft het derde middel in de zaak A. 201.489/XII-6675, dat in de zaak A. 201.517/XII-6679 wordt aangebracht als vierde middel, wordt in het auditoraatsverslag nog aanvullend vastgesteld dat de nieuwe argumentatie in de memories van wederantwoord – de offerte van de nv Somati is nietig omdat zij een grotere cabine en dus een niet-toegelaten variante heeft aangeboden – niet tijdig in het debat is gebracht omdat deze berust op gegevens waarover de verzoekende partijen reeds eerder beschikten.

Wat betreft het vierde middel in de zaak A. 201.489/XII-6675, dat in de zaak A. 201.517/XII-6679 wordt aangebracht als vijfde middel, wordt in het auditoraatsverslag bijkomend opgemerkt dat de verzoekende partijen niet

aantonen dat de verwerende partij de bevoegdheid die de wet haar tot het bereiken van een bepaald oogmerk van algemeen belang heeft gegeven, heeft gebruikt voor een ander doel en dit ongeoorloofde oogmerk het enige doel van de betrokken handeling is. Overigens tonen de verzoekende partijen niet aan dat er hier sprake is van machtsafwending.

8.2. De verzoekende partijen hebben geen laatste memories ingediend, maar enkel een verzoek tot voortzetting van de rechtspleging. Zij mogen dan ook worden geacht wetens hun laatste kans te hebben laten voorbijgaan om de voormelde vaststellingen van de Raad en het auditoraatsverslag te weerspreken.

In dat licht ziet de Raad van State thans dan ook geen reden om af te wijken van de terechte bevindingen van het auditoraatsverslag en anders te oordelen dan hij reeds eerder deed in het voormelde arrest nr. 215.156.

8.3. De middelen worden verworpen.

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

Uiteenzetting van de middelen

9.1. In het tweede middel in de zaak A. 201.489/XII-6675, dat in de zaak A. 201.517/XII-6679 wordt aangebracht als derde middel, voeren de verzoekende partijen de schending aan van “de voorwaarden van het bestek, art. 110, 114 en 115 K.B. 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”.

Volgens de verzoekende partijen zijn deze rechtsnormen geschonden omdat de offerte van de gekozen inschrijver niet zou voldoen aan het verplichte besteksvereiste inzake de negatieve helling voor diepliggende redding.

Zij wijzen erop dat als besteksvereiste geldt: “Min. 17°, te meten rondom het voertuig. Te meten met het steunen op de grond in een normale afstempelprocedure.” De ladder aangeboden door de nv Somati voldoet volgens hen niet nu de door deze inschrijver bij de offerte gevoegde technische fiche uitdrukkelijk vermeldt dat de negatieve helling slechts 15° bedraagt.

9.2. In de memories van wederantwoord benadrukken de verzoekende partijen dat de technische fiche van de nv Somati niet correct was. De ladder moest neigen tot -17° bij een normale afstempeling rondom het voertuig. Bij een dergelijke afstempeling kan de aangeboden ladder slechts neigen tot -15°.

De eigen documentatie van de nv Somati erkent volgens de verzoekende partijen dat er slechts kan worden gewerkt tot -15° bij een normale afstempeling. De aangegeven waarde van -22° geldt niet rondom het voertuig en niet in een normale afstempelprocedure. Er werd opgemerkt dat niemand de gevraagde -20° bij een correcte afstempeling kon behalen. Onderzoek door de brandweer van Aalter gaf het resultaat dat zulks correct was. Dat de ladder van de nv Somati alsnog -22° zou halen is volgens de verzoekende partijen dan ook onmogelijk. Zij benadrukken deze technische onmogelijkheid.

Ten slotte merken de verzoekende partijen op dat als de Raad van State twijfelt, zij deskundig onderzoek vragen. Daaruit zal volgens hen blijken dat de maximale hellingsgraad van de door de nv Somati aangeboden ladder -15° is.

Beoordeling

10.1. Zoals reeds opgemerkt hebben de verzoekende partijen, als onregelmatige inschrijvers, enkel belang bij het beroep in zoverre zij kunnen aantonen dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen.

Zoals de Raad van State ook reeds vaststelde in zijn arrest nr. 215.156 van 15 september 2011, gewezen in het kader van de schorsingsprocedure, betreffen de thans aan de orde zijnde middelen de regelmatigheid van de offertes van de twee overige inschrijvers die beiden hetzelfde type ladder "Metz L32A" aanboden. Indien de grief inzake de technische conformiteit van deze ladder gegrond zou blijken, volgt hieruit dat de offertes van deze twee overige inschrijvers eveneens onregelmatig dienden te worden beschouwd en er aldus geen enkele regelmatige offerte was ingediend. In die mate hebben de verzoekende partijen belang.

10.2. In het kader van de schorsingsprocedure heeft de Raad van State de aan de orde zijnde middelen reeds als volgt beoordeeld:

> "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:

	Karakteri-stieken	Eisen	Voorstel inschrijver	Blz. of nr. bijlage	Conform
10.2.1	Negatieve helling (a) voor diep-liggende redding	Min 17°, te meten rondom het voertuig. Te meten met het steunen op de grond in een normale afstempel-procedure	OK 17° Met toepassing van het horizontaal-vertikaal afstempel-systeem voor de positione-ring van het voertuig; niet rond de cabine omgeving	Blz. 3.1	JA

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."

10.3. In het auditoraatsverslag wordt vastgesteld dat de verzoekende partijen in hun memories van wederantwoord geen bijkomende argumenten aanvoeren die van aard zijn om dit middel in het kader van het annulatieberoep anders te beoordelen, noch om over te gaan tot aanstelling van een deskundige.

Zoals de Raad van State reeds heeft opgemerkt in voormeld arrest werd de kwestieuze besteksbepaling blijkbaar gewijzigd naar aanleiding van een e-mail van de gedelegeerd bestuurder van de nv Fire Technics van 14 mei 2011 waarin door de nv Fire Technics zelf wordt opgemerkt dat de tekst zo gewijzigd is dat niemand is uitgesloten. Aangezien verzoekende partijen, die allicht zelf ook als deskundigen ter zake moge worden beschouwd en op de hoogte waren van de technische specificaties van de door de nv Somati

aangeboden ladder, *in tempore non suspecto* blijkbaar van oordeel waren dat de betrokken besteksbepaling niemand zou uitsluiten, valt niet in te zien waarom nu ter zake een deskundige zou moeten worden aangesteld. Aanleiding tot de aanstelling van een deskundige kunnen in beginsel immers alleen die technische problemen zijn waaromtrent de Raad van State niet over de vereiste technische kennis beschikt en die reeds door de partij die een deskundigenonderzoek vraagt met een minimum aan geloofwaardige gegevens worden onderbouwd. Door eerder het omgekeerde gesteld te hebben, ondermijnen de verzoekende partijen zelf deze geloofwaardigheid.

Bovendien komt het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid –en dus niet aan de verzoekende partijen– toe om de technische eisen van het bestek te interpreteren en om te beoordelen of een offerte beantwoordt aan de besteksbepalingen, zij het dat de Raad van State daarbij desgevraagd mag nagaan of die beoordeling steunt op in rechte aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek en of daarbij de perken van de redelijkheid niet zijn overschreden.

Te dezen maken de verzoekende partijen in elk geval niet aannemelijk dat de verwerende partij in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel heeft geoordeeld door de offertes van de nv Somati en de nv Somati Vehicles op dit punt regelmatig te bevinden.

10.4. Zoals reeds opgemerkt hebben de verzoekende partijen geen laatste memories ingediend en zich beperkt tot een summier verzoek om voorzetting van de rechtspleging, zonder enig wederspraak te bieden.

Bijgevolg ziet de Raad van State, ook wat deze middelen betreft, geen redenen om af te wijken van zijn eerdere beoordeling en de terechte aanvullende vaststellingen van het auditoraat.

10.5. De middelen worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State voegt de beroepen A. 201.489/XII-6675 en A. 201.517/XII-6679 samen.

2. De Raad van State verwerpt de beide beroepen.

3. De verzoekende partijen worden elk verwezen in de kosten van hun vordering tot schorsing en hun beroep tot nietigverklaring, voor elk begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 april 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Debersaques,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Silja Doms **Dierk Verbiest**