

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 231.422 van 2 juni 2015
in de zaak A. 215.783/XII-7875**

In zake: 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

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Veiligheid en Binnenlandse Zaken, belast met Grote Steden
en de Regie der Gebouwen
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Butenaerts
kantoor houdend te 1080 Brussel
Leopold II-laan 180
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 mei 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 23 april 2015 van Vice-Eerste Minister en Minister van Veiligheid en Binnenlandse Zaken [...] Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken, Algemene Directie Civiele Veiligheid [...]. De beslissing was dat de opdracht betreffende de open aanbesteding, voor de levering van overdrukventilator aangedreven door een verbrandingsmotor [...] en die het voorwerp uitmaakt van het bijzonder bestek II/MAT/A37-321-13 perceel 1 wordt gegund aan de firma Vanassche FFE nv”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 mei 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Thomas Soete, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Andy Hoedenaeken, die loco advocaat Stijn Butenaerts verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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 verwerende partij schrijft een open offerteaanvraag uit voor de gunning van een opdracht van leveringen met als voorwerp “levering van overdrukventilators voor diverse overheidsdiensten”.

Deze opdracht wordt op 25 maart 2014 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 29 maart 2014 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Artikel 1.2 van het toepasselijke bijzonder bestek met nummer II/MAT/A37-321-13 omschrijft het voorwerp van de opdracht als volgt:

“Het voorwerp van de opdracht bestaat uit de levering van overdrukventilators bestemd voor de hulpdiensten in België.

De opdracht bestaat uit drie percelen.

Perceel 1: overdrukventilator verbrandingsmotor

Perceel 2: overdrukventilator elektrische motor

Perceel 3: overdrukventilator Atex

De offerten moeten conform zijn aan de voorschriften opgenomen in deel III van dit bijzonder bestek.”

De inschrijver kan, luidens artikel 3.1 van het bestek, “een offerte indienen voor één, voor twee, voor drie of voor vier percelen. Voor elk gekozen perceel dient hij een aparte offerte in, dit op straffe van nietigheid”.

In het artikel 3.2.1 “Inhoud van de offerte” van het bestek wordt onder meer bepaald:

“De inschrijver moet zijn offerte opstellen overeenkomstig de bij dit bestek bijgevoegde offertemodellen (zie documenten A — model van administratieve offerte).

Hij zal eveneens een technisch dossier indienen, opgesteld overeenkomstig de bij dit bestek bijgevoegde modellen van technisch dossier (zie documenten B — model van technische offerte).

[...]

b. Bijlagen te voegen bij de offerte:

[...]

B. Bij document B:

De documenten, attesten en eventueel andere inlichtingen gevraagd in de technische bepalingen die zijn opgenomen in deel III van dit bijzonder bestek.”

Artikel 6.3 “Onderzoek van de regelmatigheid van de offertes” van het bestek luidt:

“a. Essentiële vereisten:

De offerte van de inschrijver moet alle in punt 1 van document B (model van technische offerte) van dit bijzonder bestek opgesomde verplichte vereisten naleven.

b. Documenten:

De inschrijver moet bij zijn offerte de documenten en stukken voegen die zijn voorstel verantwoorden.

De vereisten uit punt 1 van document B (model van technische offerte) worden door de aanbestedende overheid als essentieel beschouwd. De offerte die niet beantwoordt aan één of meerdere van deze vereisten zal als niet-conform worden beschouwd en uit de verdere gunningsprocedure

worden geweerd behalve wanneer het gaat om een niet-substantieel vormgebrek.”

Er zijn luidens artikel 6.4 van het bestek twee gunningscriteria: “Technische en operationele kwaliteit: vereisten die voordelen bieden” (60 punten) en “Prijs” (40 punten).

Artikel 8 “Nietigverklaring van de procedure” van het bestek luidt:

“De administratie beschikt, over het recht de opdracht niet toe te wijzen en eventueel te herbeginnen volgens dezelfde of een andere procedure [...], mits uitdrukkelijke motivering. De overheid beschikt, over het recht om één of meerdere percelen niet toe te wijzen en eventueel te beslissen dat de andere percelen het voorwerp uitmaken van één of meerdere nieuwe opdrachten, volgens een andere procedure, mits uitdrukkelijke motivering.”

Deel II van het bijzonder bestek bevat de “administratieve en contractuele bepalingen betreffende de uitvoering van de opdracht”. Artikel 4.1 “Naleving van de kwaliteit” bepaalt aldus onder meer dat “de kwaliteit van de geleverde overdrukventilators moet overeenstemmen met de eisen van dit bijzonder bestek” en dat de leverancier bij elke levering een attest moet voegen “waarin hij bevestigt dat de geleverde producten overeenstemmen met de eerste ventilator”. Artikel 6 betreft de “Keuring- en opleveringsformaliteiten” die worden voorzien op vier niveaus: “de voorafgaande keuring van de eerste ventilator” waarbij overdrukventilators niet mogen worden geproduceerd vooraleer de eerste ventilator door de leidend ambtenaar of zijn gemachtigde is goedgekeurd, “de gedeeltelijke voorlopige oplevering van elke bestelling” op vraag van de leverancier op de productieplaats, “de volledige voorlopige oplevering” met nazicht door de aanbestedende overheid of klant van de leveringen op de leveringsplaats en “de definitieve oplevering” voor elke geleverde ventilator na het verstrijken van de waarborgtermijn.

3.2. Met een brief van 18 april 2014 deelt de verzoekende partij een aantal “opmerkingen/vragen” betreffende het bestek mee. Een aantal betreffen technische eisen. Zo is er vraag “Hoe wordt het geluidsniveau gemeten voor of na

de ventilator of op de zijkanten”. De verwerende partij antwoordt in een brief van 29 april 2014 onder meer dat het geluidsniveau “na de ventilator [wordt] gemeten op een afstand van 1 meter”.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 20 mei 2014. De verzoekende partij dient een offerte in voor perceel 1 en voor perceel 2 maar niet voor perceel 3 “daar het bestek volledig is geschreven op het model ESX 230 van de fa Group Leader”. De nv Vanassche FFE dient een offerte in voor de drie percelen.

3.4. In het kader van de beoordeling van de ventilatoren, vraagt de verwerende partij bij e-mail van 2 juni 2014 aan de verzoekende partij een exemplaar van elke voorgestelde ventilator te bezorgen. Dit leidt tot zeer uitgebreide briefwisseling tussen de partijen.

Blijkbaar vindt de evaluatie van de overdrukventilatoren plaats op 7 oktober 2014.

3.5. Na gunstig advies van de inspectie van financiën beslist de verwerende partij op 23 april 2015 om perceel 1 van de voorliggende opdracht te gunnen aan de nv Vanassche FFE. Dit is de hier bestreden beslissing.

Inzake de offerte van de verzoekende partij wordt met betrekking tot de offerte van de verzoekende partij het volgende vastgesteld:

“3° inzake de regelmatigheid van de offertes:

1. De firma FIRE TECHNICS

In punt 1.15 van de essentiële vereisten: De firma Fire Technics heeft aanvaard om een ventilator te leveren, enkel voor controle gedurende een dag, terwijl er gevraagd werd om deze een maand toe te vertrouwen.

Tijdens deze controledag hebben wij ons enkel bezig gehouden met de statische metingen.

In punt 1.7.1 van de essentiële vereisten bedraagt het door Fire Technics vermelde gewicht 37 kg (pagina 68). Het gemeten gewicht voor de toevertrouwde ventilator bedraagt 41,2 kg. Voor de

globale evaluatie voor punt 2.7.1 weerhouden wij aldus 41,2 kg. Er wordt opgemerkt dat dit verschil in gewicht geen invloed heeft op de conformiteit van dit punt.

In punt 1.9.1 van de essentiële vereisten (pagina 69), vragen we een geluidsniveau dat strikt lager is dan 100 dB (A). De firma vermeldt ‘gemiddeld’ 100dB (A). Deze waarde wordt opnieuw vermeld in punt 2.9.1 van de elementen die als een pluspunt worden beschouwd. In de samenvattende tabel van bijlage 1 (pagina 82) wordt zelfs vermeld: 100,1 dB (A) op een meter. Het product is voor dit punt dus niet conform.

Omwille van deze reden voldoet de ventilator niet volledig aan wat gevraagd werd in de essentiële vereisten en kan deze niet weerhouden worden voor de rest van de analyse.

[...]

Conclusie

[...]

Overwegende dat de firma Fire Technics nv niet voldoet aan de essentiële vereisten van het lastenboek.

[...].”

Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedagtekend op 27 april 2015 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat haar offerte voor perceel 1 “niet werd gekozen”. De gemotiveerde gunningsbeslissing wordt bijgevoegd.

3.6. Ook op 23 april 2015 beslist de verwerende partij om perceel 2 “niet te gunnen en de procedure in toepassing van artikel 36 van de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten te herbeginnen volgens een nieuwe procedure”.

Met een op 8 mei 2015 bij de Raad van State ingediend verzoekschrift vraagt de verzoekende partij de nietigverklaring en de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van deze beslissing – zaak gekend onder het rolnummer A. 215.780/XII-7874.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste, tweede, derde, vierde en vijfde middel

Uiteenzetting van de middelen

5.1. In haar eerste middel voert de verzoekende partij de “miskenning [aan] van de bepalingen van het lastenkohier bij de beslissing dat aan

de essentiële vereisten niet werd voldaan met daarbij vooral de vergissing dat die beslissing zelfs niet kon getroffen worden op grond van het niet-voldoen aan de essentiële vereisten”.

In essentie betoogt de verzoekende partij dat in de bestreden beslissing nergens sprake is van het niet voldoen aan vereisten die een substantieel vormgebrek uitmaken zodat haar offerte ten onrechte werd geweerd en haar toestel niet verder beoordeeld terwijl bij een volledige beoordeling zou gebleken zijn dat haar toestel vele malen beter, interessanter en goedkoper was dan het toestel aangeboden door de gekozen inschrijver.

5.2. In haar tweede middel voert de verzoekende partij aan dat er “ten onrechte werd [...] geweerd om reden dat het toestel niet voor een maand werd toevertrouwd aan FOD Binnenlandse Zaken”.

Zij betoogt in essentie dat artikel 1.15 van deel III van het bestek dat bij de essentiële vereisten handelt over tests van een prototype door het uitlenen van een ventilator aan een brandweerschool voor één maand, geldt voor het eerste te leveren toestel na bestelling en niet voor de gunningsprocedure. Nergens, zo vervolgt zij, is in het bestek bepaald dat een model ter beschikking van FOD Binnenlandse Zaken moet worden gesteld voor de gunning gedurende één maand. Als zij niet bereid was, buiten artikel 1.15 om, het toestel bij de gunningsprocedure ter beschikking te stellen, gaat dat niet om een substantieel vormgebrek.

5.3. In haar derde middel voert de verzoekende partij aan dat “ten onrechte wordt beweerd dat niet voldaan werd aan de essentiële vereiste betreffende het gewicht zodat om die reden de ventilator niet zou voldoen”.

Zij betoogt in essentie dat de aangeboden ventilator met een gewicht van 37 kg of 41,2 kg gevuld met olie en benzine voldeed aan de technische eis dat het gewicht lager is dan 45 kg.

5.4. In haar vierde middel voert de verzoekende partij “de problematiek [aan] van het geluidsniveau waaraan niet zou voldaan zijn”.

Zij betoogt in essentie dat de door haar aangeboden ventilator wel degelijk aan de geluidseis van lager dan 100 dB(A) voldeed. Het geluidsniveau moest in voorkomend geval worden getest. Het feit dat werd gewerkt met het geluidsniveau dat de norm was – 100 dB (A) – mocht niet tot uitsluiting leiden gezien het gaat om een niet-substantieel vormgebrek. De verzoekende partij stelt daartoe dat het maximale geluid opgenomen in het bestek 100 dB (A) is, dat dit het geluid is dat als norm diende met als vraag dat het geluid lager zou zijn dan 100 dB (A), dat dit maximum in haar offerte werd gegeven met verwijzing naar de technische fiche die dat aangaf, dat bij een test dat maximaal geluidsniveau conform zou zijn geweest en dat in de praktijk dat geluid effectief ook altijd lager is zodat dit geen vormgebrek is en zeker niet een substantieel vormgebrek. De in de bestreden beslissing in acht genomen overschrijding van 0,01 acht de verzoekende partij geenszins correct want een verkeerde lezing dan wel een verkeerde weergave van een technisch gegeven in de offerte, immers met 100,1 dB(A) wordt bedoeld “een maximaal gerucht van 100 dB op 1 meter”.

5.5. In haar vijfde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 5 en 25 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ en van “het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel van niet-discriminatie, het beginsel van behoorlijk bestuur en het transparantiebeginsel”.

In essentie betoogt de verzoekende partij met verwijzing naar haar uiteenzetting bij het eerste, tweede en derde middel dat zij werd geweerd omdat haar offerte niet zou voldoen aan essentiële besteksvereisten niettegenstaande dit wel het geval is; hierdoor zijn de ingeroepen bepalingen en beginselen geschonden. Voorts merkt zij op dat er op grond van artikel 5 van de voormelde wet van 15 juni 2006 ook geen uitsluiting mag zijn van een mededinging met als resultaat dat er slechts één aanbieder overblijft zodat een aanbestedende overheid “op die wijze de prijs kan krijgen die niet die van de markt kan zijn”.

Beoordeling

6.1. De verzoekende partij betwist hier haar onregelmatigverklaring in de bestreden beslissing.

6.2. Uit artikel 1.2 en 6.3 van het bestek alsook uit punt 1 van document B bij dit bestek moet worden afgeleid dat een offerte moet beantwoorden aan de essentiële vereisten vermeld in punt 1 van document B en dat een offerte die er niet aan beantwoordt als niet-conform wordt beschouwd en uit de verdere gunningsprocedure wordt geweerd behalve wanneer het gaat om een niet-substantieel vormgebrek.

Eén van die essentiële vereisten is vermeld onder 1.9, namelijk dat het geluidsniveau bij maximum toerental lager dan 100 dB(A) moet zijn.

In de huidige stand van het geding wordt in verband met het vereiste geluidsniveau in voormeld artikel 1.9, concreet aan de orde in het vierde middel, vastgesteld dat de verzoekende partij op pagina 46 van haar offerte stelt dat het “Geluidsniveau op 1 meter rondom de pomp op vollast ca 100 dB(A) op 1 meter” bedraagt en in bijlage B voor perceel 1 bij haar offerte wordt door haar bij die eis 1.9 zelf vermeldt: “Gemiddeld 100 dB(A)”. Dit houdt logischerwijze in dat dit niet steeds 100dB(A) is maar meer kan zijn, vaststelling die lijkt in te gaan tegen wat de essentiële bestekseis “lager dan 100 dB(A)” is.

Ook in punt 5.1 “Bijlage” van haar offerte vermeldt de verzoekende partij naast 1.9 onder “Karakteristiek of kenmerk”: 100,1 dB(A) wat dus opnieuw op het eerste gezicht niet lager dan 100 dB(A) is. Het argument in het vierde middel dat dit niet betekent “dat er meer geluid was van 0,01 maar wel 100 op een afstand van 1 m, conform de aanduiding in de technische specificatie” lijkt het tegendeel niet aan te tonen. Ook moet worden vastgesteld dat in de bijgevoegde technische fiche van de leverancier van de door de verzoekende partij aangeboden ventilator wordt verwezen naar geluidsniveau 100dB(A)1m, 95dB(A)3m; dit lijkt aldus ook niet lager dan 100 dB(A) op 1 meter.

Het argument van de verzoekende partij dat de aanbestedende overheid bij een test had kunnen vaststellen dat het aangeboden toestel voldeed aan de besteksvereiste, doet niet anders oordelen. De verzoekende partij maakt niet duidelijk waarom de aanbestedende overheid niet van oordeel mocht zijn dat het aangeboden toestel niet voldeed op grond van alleen al de door de verzoekende partij aangeboden documenten.

Er moet ook worden opgemerkt dat de besteksvereiste inzake het geluidsniveau geen vormvereiste, laat staan een niet-substantieel vormgebrek, is maar een in het bestek als dusdanig aangeduide essentiële technische vereiste.

Evenmin kan de door de verzoekende partij ingeroepen schending van artikel 5 van de voormelde wet van 15 juni 2006 dat bepaalt dat de overheidsopdrachten worden gegund na mededinging, worden aanvaard; de verzoekende partij toont niet aan dat, nadat door de aankondiging van de opdracht de mededinging kon spelen maar er slechts twee offertes werden ingediend, het feit dat er slechts één offerte regelmatig is, een gunning in die omstandigheden een schending van het voormelde artikel 5 inhoudt.

In de mate dat de verzoekende partij meent dat zij gediscrimineerd wordt doordat het slechts om “een uiterst minimaal verschil in geluidsniveau” zou gaan, maakt zij niet duidelijk ten opzichte van welke andere inschrijver dit zou zijn gebeurd.

6.3. Aldus stelt de Raad van State vast dat de verzoekende partij met haar eerste, vierde en vijfde middel niet aantoonde dat haar offerte niet als substantieel onregelmatig mocht worden geweerd wegens afwijking van de besteksgeluidseis. De verzoekende partij lijkt dan geen belang meer te hebben bij de andere grieven in het eerste, tweede, derde en vijfde middel in de mate dat deze de vaststellingen betreffen inzake de terbeschikkingstelling voor testen en het gewicht.

6.4. Het eerste, tweede, derde, vierde en vijfde middel zijn bijgevolg niet ernstig.

B. Zesde middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert aan dat de diverse middelen ieder op zich inhouden dat de toekenning van de gunning moet vernietigd worden.

Beoordeling

8. Met de verwerende partij wordt hier vastgesteld dat dit geen autonoom middel lijkt maar steunt op de vorige middelen wat betekent dat aangezien deze niet ernstig zijn, dit ook geldt dit ook voor dit middel.

VI. Besluit

9. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

De Raad van State verworpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 2 juni 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra