

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 231.967 van 15 juli 2015
in de zaak A. 216.313/XII-7908**

In zake: de BV SECURITY HANDCUFFS NETHERLANDS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sofie Logie
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Binnenlandse Zaken

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 1 juli 2015, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het diensthoofd Procurement van de Federale Politie om de offerte van de bv Security Handcuffs Netherlands voor de opdracht “Meerjarige open overeenkomst van leveringen voor de aankoop van handboeien met scharnieren en handboeientas ten voordele van de geïntegreerde politie gestructureerd op twee niveaus” onregelmatig te verklaren en om de opdracht te gunnen aan de bv Assa Abloy.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 juli 2015, om 10u30.

Kamervoorzitter Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Sofie Logie, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Ian Arnout en Alexandre Peytchev, die loco advocaat David D'Hooghe verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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 Federale Politie schrijft een overheidsopdracht “Meerjarige open overeenkomst van leveringen voor de aankoop van handboeien met scharnieren en handboeientas ten voordele van de geïntegreerde politie gestructureerd op twee niveau’s” uit, die zal worden gegund door middel van een algemene offerteaanvraag. De opdracht wordt op 21 maart 2013 gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 23 maart 2013 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2. Volgens het bestek is de overeenkomst samengesteld uit twee posten:

- post 1, handboeien met scharnieren, en
- post 2, handboeientas (in optie voor de federale politie).

Bijlage B bij het bestek behelst de “Technische specificaties van het materieel”. De punten gevolgd door een sterretje (*) “zijn minimale voorwaarden waarvan niet mag worden afgeweken op straffe van nietigheid van de offerte”.

3.3. Blijkens het proces-verbaal van opening zijn er vijf inschrijvers, onder wie verzoekster.

3.4. In haar verslag van 26 september 2014 concludeert de Commissie Evaluatie Materiaal, na onderzoek van de technische criteria door de Koninklijke Militaire School en door onafhankelijk expert R. en na beoordeling van de operationele criteria door de leden van de commissie (politieambtenaren), tot de uitsluiting van verzoekster wegens het niet respecteren van vier niet-essentiële technische specificaties.

3.5. Op grond van dit verslag stelt de directie van de Aankopen een gunningsverslag op. Daarin wordt de offerte van verzoekster op grond van vier motieven als “substantieel materieel onregelmatig en bijgevolg nietig” beschouwd. Voorgesteld wordt de opdracht te gunnen aan de bv Assa Abloy.

3.6. De inspecteur generaal van Financiën geeft op 27 november 2014 een ongunstig advies. De verwerende partij merkt in de nota terecht op dat de redenen voor dit negatief advies geen verband houden met een onregelmatigheid van verzoeksters offerte.

3.7. De minister van Begroting verleent op 27 mei 2015 zijn akkoord aan de gunning aan de bv Assa Abloy.

3.8. Uiteindelijk beslist, bij delegatie van de minister van Binnenlandse Zaken, het diensthoofd Procurement van de Federale Politie om de opdracht te gunnen aan de bv Assa Abloy, na de offerte van verzoekster als technisch onregelmatig te hebben beoordeeld op grond van de volgende motieven:

“- Wat de efficiëntie van het blokkeermechanisme betreft:

Er is (te) weinig weerstand bij het activeren van het blokkeermechanisme, waardoor dit ongewild kan geactiveerd worden. Dit brengt een onaanvaardbaar veiligheidsrisico met zich mee.

- Wat de afwezigheid van scherpe randen en allergische huidreacties betreft:

Bij het gebruik van deze handboeien is er een verhoogde kans op contact met scherpe randen.

- Wat de weerstand tegen vervorming en tegen vallen betreft:

De handboei kan ook relatief gemakkelijk worden vervormd waardoor de handboei onbruikbaar wordt. Dit brengt opnieuw een enorm veiligheidsrisico met zich mee.

- Wat de compatibiliteit van de houder met de handboeien en het gemak en hinder bij het uitvoeren van politieopdrachten betreft:

De houder kan niet volledig gesloten worden als de handboeien zich in de houder bevinden. Inderdaad zijn de handboeien te groot voor de houder. Het is bijna onmogelijk om de houder op te bergen met de zwakke hand. Bovendien is het moeilijk voor de gebruiker om zijn activiteiten op een normale manier te verrichten, aangezien het te lang duurt vooraleer de handboeien goed opgeborgen zijn in de houder.

Besluit:

Het gaat om een materiële substantiële onregelmatigheid

De offerte van de firma SHN wijkt af van essentiële bepalingen van het bestek met betrekking tot de technische specificaties en stemt niet overeen met de behoeften en de eisen van de Geïntegreerde politie. De risico's op het veiligheidsvlak zijn onaanvaardbaar.

Krachtens artikelen 89 en 110 § 2 van het Koninklijk Besluit van 08 januari 1996 en punt 10 van het bestek is de offerte van de firma SHN substantieel materieel onregelmatig en bijgevolg nietig.”

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. De verwerende partij vraagt de ter zitting neergelegde aanvullende nota van verzoekster uit het debat te weren.

5. De betrokken nota, waaromtrent verzoekster verklaart dat deze geen nieuwe middelen bevat, bespreekt inzonderheid stukken uit het administratief dossier waarvan verzoekster geen kennis had bij het instellen van haar vordering.

In die mate en in zoverre de aanvullende nota slechts de neerslag is van verzoeksters mondelinge betoog ter terechtzitting, ten aanzien waarvan de verwerende partij zich op dezelfde terechtzitting heeft kunnen verdedigen en zich ook effectief heeft verdedigd, is er geen reden het stuk buiten het debat te houden.

V. Schorsingsvoorwaarden

6. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst

dringende noodzakelijkheid 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.

VI. Ernstige middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. Verzoekster zet in een eerste middel uiteen dat geen van de vier motieven om haar offerte onregelmatig te verklaren correct is, zodat de verwerende partij tekort kwam aan de materiële motiveringsverplichting, onzorgvuldig heeft gehandeld, verzoekster heeft benadeeld ten aanzien van de andere inschrijvers, haar eigen bestek niet heeft nageleefd, en artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ heeft geschonden.

Meer bepaald merkt verzoekster met betrekking tot het motief in verband met de efficiëntie van het blokkeermechanisme op:

- dat niet blijkt hoe de verwerende partij tot die conclusie komt;
- dat bij nazicht van de handboeien zal blijken dat er geenszins te weinig weerstand is;
- dat integendeel de huidige weerstand “ideaal” is en dat de handboeien niet ongewild geblokkeerd kunnen geraken;
- dat de weerstand bij de productie kan worden afgestemd op de wensen van de klant;
- dat overigens het bestek geen waarden inzake de minimale weerstand opgeeft en er ook geen wettelijke normen zijn, zodat de onregelmatigverklaring van verzoekster op die grond willekeurig is, des te meer “nu dit ook een subgunningscriterium is”;

- dat blijkens de documenten die de verwerende partij in het administratief dossier neerlegde, de handboeien van verzoekster juist het best blijken te scoren wat de efficiëntie van het blokkeermechanisme betreft.

Inzake het motief met betrekking tot de scherpe randen doet verzoekster gelden:

- dat haar handboeien geen scherpe randen hebben en volledig zijn afgerond;
- dat er kartelranden zijn waar de handboeien opengaan, maar dat ook die zijn afgestompt en dat ten andere alle handboeien kartelranden hebben - de huidige gebruikte handboeien zelfs nog veel scherpere;
- dat de afwezigheid van scherpe randen bovendien een subsubgunningscriterium uitmaakt.

Aangaande het motief omtrent de weerstand tegen vervorming wijst verzoekster erop:

- dat de Raad van State zal kunnen vaststellen dat de handboei niet met de handen te vervormen is;
- dat ter zake in het bestek geen minimumvereisten worden opgegeven en dat de bestreden beslissing geen melding maakt van de testen die daaromtrent wel in het bestek worden vermeld;
- dat trektesten uitwijzen dat de sterkte van verzoeksters handboeien groter is dan die van de huidige handboeien van de Federale Politie;
- dat de weerstand tegen vervorming en tegen vallen daarenboven een subsubgunningscriterium is en dat de resultaten van de testen dus moeten worden beoordeeld in het kader van de beoordeling van de gunningscriteria;
- dat uit de technische testen van de Koninklijke Militaire School en van R. Langen blijkt dat verzoeksters handboei het beste resultaat scoort.

Wat ten slotte het motief met betrekking tot de compatibiliteit van de houder met de handboeien en met betrekking tot het gemak en hinder bij het uitvoeren van politieopdracht betreft, betoogt verzoekster:

- dat de Raad van State bij nazicht van de handboeien en de houder zal kunnen vaststellen dat het motief niet strookt met de werkelijkheid, maar dat de compatibiliteit “uiteraard” vereist dat de handboeien correct worden geplooid en in de houder worden geplaatst;

- dat van het gemak en hinder bij het uitvoeren van de politieopdracht nergens sprake is bij de technische vereisten in het bestek.

Beoordeling

8. De bestreden beslissing verklaart verzoeksters offerte technisch onregelmatig op vier punten.

Ten minste in de huidige stand van de procedure is voor de Raad van State niet aannemelijk gemaakt dat het te dezen uitgesloten moet worden geacht dat sommige aspecten van de kwaliteit van het te leveren materieel in het bestek als technische specificaties worden omschreven én ook nog in het kader van de beoordeling van de gunningscriteria aan bod kunnen komen voor zover de offertes ter zake meer aanbieden dan wat vereist is.

9.1. Het bestek vermeldt onder punt 4.1.9 dat de handboeien niet mogen ongewild geblokkeerd kunnen geraken.

Volgens de bestreden beslissing komen de handboeien van verzoekster daaraan tekort omdat er te weinig weerstand is voor het activeren van het blokkeermechanisme.

9.2.. Dit is volgens de verwerende partij gebleken uit een operationele toets van de handboeien door politieambtenaren.

Naar de Raad van State vooralsnog begrijpt, ging het om praktijktests waarbij werd nagegaan of de handboei, bijvoorbeeld bij een schermutseling, riskeerde buiten de wil van de agent om geblokkeerd te geraken.

Deze manier van testen van de besproken technische vereiste dat de handboeien niet ongewild geblokkeerd mogen kunnen geraken, lijkt niet verboden en vereist op het eerste gezicht niet dat de wet of het bestek zou hebben voorzien in waarden inzake de minimale weerstand.

9.3. De beoordeling van de verwerende partij op grond van die praktische toets lijkt niet afdoende te worden ontkracht doordat naar de eigen mening van verzoekster de weerstand ideaal is, noch door hetgeen de Raad van State ter terechtzitting getoond werd. Uit wat de Raad van State bij die gelegenheid kon vaststellen, is geenszins voldoende overtuigend gebleken dat de conclusie van de verwerende partij foutief zou zijn.

9.4. In zoverre verzoekster, na inzage van het administratief dossier, uit “het verslag van KMS en het verslag van deskundige Langen” afleidt dat haar handboeien zeer goed scoren op het stuk van de weerstand bij het activeren van het blokkeermechanisme, lijkt zij zich te vergissen. De analyses van de Koninklijke Militaire School en van R. Langen hebben kennelijk betrekking op andere technische specificaties dan de vereiste dat de handboeien niet van aard mogen zijn dat ze ongewild geblokkeerd kunnen raken.

9.5. Evenmin, ten slotte, lijkt verzoeksters argument dat de weerstand bij de productie kan worden afgestemd op de wensen van de klant, van waarde.

Overeenkomstig punt 5.6.1.1 van het bestek is het ingediende monster bestemd om de waarde van het aangeboden product te onderzoeken en moet het nu eenmaal “volledig identiek” zijn met de levering die de inschrijver voorstelt wanneer zijn offerte in aanmerking wordt genomen.

10.1. Gelet op punt 4.1.3 van de technische specificaties mag geen enkel onderdeel van de handboeien scherpe randen of uitsteeksels hebben die de aangehouden persoon of de politiefunctionaris kunnen verwonden.

De bestreden beslissing stelt in dat verband vast dat er bij het gebruik van verzoeksters handboeien een verhoogde kans op contact met scherpe randen is.

10.2. Dit lijkt als zodanig niet onjuist. Zoals verzoekster zelf schrijft, zijn er kartelranden waar de handboeien opengaan. Ter terechtzitting kon worden vastgesteld dat die randen, niettegenstaande ze “afgestompt” heten, behoorlijk scherp zijn en meer bepaald beduidend scherper dan die van de Lips-handboei van de gekozen inschrijver, die eveneens ter zitting werd voorgebracht.

10.3. De verwijzing van verzoekster naar de handboeien die de Federale Politie thans gebruikt, noemt de verwerende partij op het eerste gezicht terecht “niet pertinent”, omdat verzoekster “hiermee immers niet aannemelijk [maakt] dat haar handboeien de vereisten van het bestek respecteert”.

11.1. Punt 4.1.5 van de bij het bestek gevoegde technische specificaties schrijft voor wat volgt:

“De handboeien moeten uit stevig en duurzaam materiaal zijn vervaardigd en mogen niet in het oog springen (*). De inschrijver zal uitdrukkelijk vermelden welke materialen voor de verschillende onderdelen van de handboeien zijn gebruikt.

De stevigheid van de handboeien zal geëvalueerd worden. Er zal een trektest uitgevoerd worden op het scharniersysteem en op het sluitsysteem en een hardheidstest. Daarnaast zal de weerstand tegen vervorming en tegen het vallen operationeel geëvalueerd worden.”

Luidens de bestreden beslissing kan verzoeksters handboei relatief gemakkelijk worden vervormd waardoor de handboei onbruikbaar wordt.

11.2. Anders dan de hardheid en de treksterkte op het scharnier en op het sluitsysteem, die in het laboratorium van de Koninklijke Militaire School werden getest, is de weerstand tegen vervorming een operationeel criterium dat gebaseerd is op onder andere het gebruik van de handboei en dat getest is geworden door mensen van de praktijk, leden van de Commissie Evaluatie Materiaal.

Een beoordeling op die grond lijkt niet foutief.

11.3. Noch de technische test van de Koninklijke Militaire School, noch de trektest die verzoekster zelf liet uitvoeren, noch de test van R. Langen, die betrekking heeft op de weerstand tegen het openen van de handboei door manipulatie en op het eerste gezicht dus op punt nr. 4.1.8 van de technische specificaties, vermogen tegen te spreken dat de handboei van verzoekster relatief gemakkelijk vervormd kan worden.

Ze hebben geen betrekking op de besproken operationele vereiste van weerstand tegen vervorming.

11.4. Anders dan verzoekster in haar verzoekschrift in het vooruitzicht stelde, moest de Raad van State ter terechtzitting vaststellen dat verzoeksters handboei wel degelijk, en vrij eenvoudig, met de handen te vervormen was. De afwezigheid van minimumvereisten in het bestek verandert daar niets aan.

12.1. Een vierde motief om de offerte van verzoekster als technisch onregelmatig te beschouwen luidt:

“De houder kan niet volledig gesloten worden als de handboeien zich in de houder bevinden. Inderdaad zijn de handboeien te groot voor de houder. Het is bijna onmogelijk om de houder op te bergen met de zwakke hand. Bovendien is het moeilijk voor de gebruiker om zijn activiteiten op een normale manier te verrichten, aangezien het te lang duurt vooraleer de handboeien goed opgeborgen zijn in de houder”.

12.2. Dat er, in verband met de aan te bieden houder of handboeientas (post 2), bij de technische vereisten in het bestek geen sprake is van het gemak en hinder bij het uitvoeren van politieopdrachten, kan de Raad van State op het eerste gezicht niet volgen.

Bij punt 4.2.25 van de technische specificaties is immers vermeld dat de handboeientas zodanig moet zijn ontworpen dat de gebruiker op een normale wijze de activiteit van een politieambtenaar kan uitoefenen, en punt 4.2.27 vereist dat de handboeientas de mogelijkheid biedt “om met de zwakke hand alle manipulaties uit te voeren [...], zodat men zich op de aangehouden persoon kan concentreren zonder afgeleid te worden”.

12.3. Juist vanwege die vereisten komt het op het eerste gezicht problematisch voor dat, zoals verzoekster in het verzoekschrift uitdrukkelijk laat verstaan, de compatibiliteit tussen handboeien en houder niet steeds, maar slechts onder voorwaarden verzekerd is, namelijk op voorwaarde dat de handboeien op een welbepaalde wijze worden geplooid.

Aldus lijkt verzoekster zelf de juistheid van het besproken motief te bevestigen.

13. De conclusie is dat verzoekster in de huidige stand van de procedure niet doet aannemen – overigens ook niet met haar stukken 14 (een eigen commerciële folder) en 15 (een verklaring van de lokale politie Leuven van 29 juni 2015) – dat haar offerte technisch onregelmatig is verklaard.

Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

14. In een tweede middel argumenteert verzoekster dat, zelfs als de opgegeven motieven feitelijk correct zouden zijn, ze dan nog louter relatieve onregelmatigheden betreffen en niet een substantiële onregelmatigheid. In de bestreden beslissing wordt bij geen van de vier motieven van onregelmatigheid vermeld of het om een relatieve dan wel een substantiële onregelmatigheid gaat. Er is alleen sprake van dat verzoeksters offerte wordt geweerd om reden van een materiële substantiële onregelmatigheid.

Dit is volgens verzoekster in strijd met het bestek, met het beginsel “*patere legem quam ipse fecisti*” en “uiteraard ook [met] artikel 110 § 2 van het KB van 8 januari 1996, vermits de offerte ten onrechte substantieel onregelmatig werd verklaard”. Tevens is “een kennelijk motiveringsgebrek en een schending van de gelijke behandeling onder de inschrijvers en de zorgvuldigheidsplicht” vast te stellen. Het staat niet vast dat de opdracht is gegund aan de meest voordelige inschrijver.

Beoordeling

15. De bestreden beslissing besluit uit de vier eerder vermelde technische onregelmatigheden wat volgt:

“Het gaat om een materiële substantiële onregelmatigheid
De offerte van de firma SHN wijkt af van essentiële bepalingen van het bestek met betrekking tot de technische specificaties en stemt niet overeen met de behoeften en de eisen van de Geïntegreerde politie. De risico’s op het veiligheidsvlak zijn onaanvaardbaar.
Krachtens artikelen 89 en 110 § 2 van het Koninklijk Besluit van 08 januari 1996 en punt 10 van het bestek is de offerte van de firma SHN substantieel materieel onregelmatig en bijgevolg nietig.”

16. Van de technische vereisten die de verwerende partij, blijkens de beoordeling van het eerste middel, op het eerste gezicht terecht geschonden acht door de offerte van verzoekster, lijkt er één die als zodanig door de technische specificaties bij het bestek wordt bestempeld als een “minimale voorwaarde waarvan niet mag worden afgeweken op straffe van nietigheid van de offerte”. Het gaat meer bepaald om de vereiste dat de handboeien uit stevig en duurzaam materiaal vervaardigd moeten zijn.

Als gezien wordt er volgens de bestreden beslissing door verzoeksters handboeien aan tekort gekomen doordat ze relatief gemakkelijk vervormd kunnen worden en daardoor onbruikbaar worden, wat een “enorm veiligheidsrisico” meebrengt. Die kritiek is vooralsnog niet verkeerd gebleken.

17. Deze tekortkoming is voorts niet de enige, alleszins voorlopig voor juist te houden, reden die de conclusie van de bestreden beslissing draagt dat er een substantiële onregelmatigheid is doordat verzoeksters offerte op zo’n wijze afwijkt van de behoeften en eisen van de geïntegreerde politie dat er onaanvaardbare risico’s op het veiligheidsvlak zijn.

Ook in verband met het gemak waarmee het blokkeermechanisme ongewild geactiveerd kan worden, en waardoor de handboei – alweer – niet meer gebruikt kan worden, gewaagt de bestreden beslissing expliciet van een “onaanvaardbaar veiligheidsrisico”.

Ten andere lijken even zo goed het gevaar van contact met de scherpe randen van verzoeksters handboei en de moeilijkheden bij het opbergen van de handboeien in de handboeientas, waardoor de aandacht van de agent dreigt afgeleid te worden, nauw verband te houden met de veiligheid.

18. In de gegeven omstandigheden is de Raad van State, ten minste in de huidige stand van de procedure, van oordeel dat er voor de beslissing van de verwerende partij om verzoeksters offerte “substantieel materieel onregelmatig” en nietig te verklaren, toereikende motieven bestaan waaraan een voldoende zorgvuldig onderzoek ten grondslag ligt, en dat de in het middel aangevoerde rechtsregels niet miskend zijn.

Ook het tweede, en laatste, middel is niet ernstig. Er is bijgevolg reden om de vordering te verwerpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. Verzoekster wordt verwezen in de kosten van het geding, begroot op het rolrecht van 200 euro en een aan de verwerende partij verschuldigde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vijftien juli tweeduizend vijftien, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Johan Lust,
bijgestaan door

Johan Pas,

De griffier

Johan Pas

kamervoorzitter,

griffier.

De voorzitter

Johan Lust