

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 233.447 van 12 januari 2016

in de zaak A. 217.860/XII-7974

In zake: de BVBA DEBREUCK NEIRYNCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Lander Dehaene
kantoor houdend te 8900 Ieper
Ter Waarde 46 bus 102
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de
minister van Binnenlandse Zaken
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, elektronisch ingesteld op 17 december 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken – Algemene Directie Crisiscentrum houdende de onderhandelingsprocedure met bekendmaking nr. CC/2015/ICMS in verband met federaal ‘Incident & Crisis Management’ die werd ter kennis gebracht aan verzoekende partij bij brief dd. 2 december 2015 en waarbij werd beslist de offerte van verzoekende partij Debreuck Neirynck bvba te weren wegens substantieel onregelmatigheid.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

‡BCBQKCGDH-BCDEFJV‡

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 januari 2016, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Lander Dehaene, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Stijn Butenaerts, die 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 Belgische Staat, Algemene Directie Crisiscentrum van de Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken, schrijft een opdracht uit voor de aanneming van diensten betreffende de ontwikkeling en het onderhoud van een veiligheidsportaal voor noodplanning en crisisbeheer. Het portaal beoogt de samenwerking te faciliteren – binnen een beveiligde omgeving – tussen de diverse disciplines (hulp- en interventiediensten) en overheden (op gemeentelijk, provinciaal, regionaal en federaal niveau), zowel in de voorbereiding op als in het beheer van noodsituaties.

Er wordt een opdrachtcentrale opgericht waarbij de organiserende overheid fungeert als aanstuurder voor de verschillende niet-aansturende partneroverheden, zoals gemeentelijke overheden, regionale overheden en federale overheidsdiensten betrokken bij noodplanning en crisisbeheer.

Er wordt gekozen voor de procedure van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 24 juni 2015 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 27 juni 2015.

3.3. Op 6 augustus en 16 september 2015 gaat de verwerende partij over tot de selectie van de kandidaten.

3.4. Op de opdracht is het bestek CC/2015/ICMS van toepassing.

3.5. Acht inschrijvers dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij.

3.6. Op 27 oktober 2015 beslist de verwerende partij de offertes van 4 inschrijvers, waaronder de offerte van de verzoekende partij, te weren als substantieel onregelmatig en de vier overige inschrijvers op te nemen op een “shortlist”.

Bij aangetekende brief van 2 december 2015 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte werd geweerd, met vermelding van de volgende motivering:

“IV. Onderzoek van de regelmatigheid van de offertes

De ontvankelijke offertes werden onderzocht op het vlak van hun formele en materiële regelmatigheid.

Uit dit onderzoek blijkt dat uw offerte niet formeel en materieel regelmatig is. Bijgevolg is uw offerte niet verder in aanmerking genomen voor toetsing aan de gunningscriteria.

Uw offerte is substantieel onregelmatig omdat ze niet tegemoet komt aan de uitvoeringstermijn. Uit de offerte blijkt dat een aantal essentiële functionaliteiten (zoals ondersteuning van de kaart met KML en beschikbaarheid van een oefenkalender) uitgewerkt dient te worden na de fase van productiestelling. Bijgevolg is de offerte niet conform aan het bestek.”

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 kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

5.0. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van de opdrachtdocumenten, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de artikelen 4, 5, 8°, en 8, § 1, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van de gelijkheid van de inschrijvers, het transparantiebeginsel, het evenredigheidsbeginsel en artikel 95

‡BCBQKCGDH-BCDEFJV‡

van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’.

De verzoekende partij betoogt dat de beide motieven op grond waarvan haar offerte onregelmatig werd verklaard onjuist zijn en dat haar offerte op de betrokken punten wel degelijk de in het bestek bepaalde uitvoeringstermijn respecteert. Minstens dient volgens haar te worden aangenomen dat deze geen aanleiding kunnen geven tot een substantiële onregelmatigheid.

5.1. In de bestreden beslissing wordt de offerte van de verzoekende partij geweerd omdat zij de “ondersteuning van de kaart met KML” pas zou uitwerken ná de fase van inproductiestelling. Dit is volgens de verzoekende partij niet correct. Haar offerte voorziet er wel degelijk in dat de ondersteuning van de kaart met KML plaatsvindt in de “fase 1: productiestelling”, waarmee dus wordt aangegeven dat deze bij de inproductiestelling wordt opgenomen.

Aldus gaat de bestreden beslissing er verkeerdelijk van uit dat de ondersteuning van de kaart met KML niet tegemoet zou komen aan de in het bestek voorziene uitvoeringstermijn.

Daarenboven dient volgens haar te worden vastgesteld dat het “werken met .shp en .kml” volgens het bestek hoe dan ook maar een “voorkeur” betreft, die aldus geen aanleiding kan geven tot het substantieel onregelmatig verklaren van de offerte.

Op bladzijde 13 van het bestek is bovendien voorgeschreven dat onregelmatige offertes kunnen worden geregulariseerd – indien dit mogelijk is in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel – of geweerd. Het valt volgens de verzoekende partij niet in te zien waarom hiervan geen gebruik kan worden gemaakt.

5.2. In de bestreden beslissing wordt de offerte van de verzoekende partij daarnaast ook geweerd omdat de “beschikbaarheid van een oefenkalender” zou worden uitgewerkt ná de inproductiestelling. Dit is volgens de verzoekende partij evenmin juist. Haar offerte voorziet er volgens haar wel degelijk in dat de

‡BCBQKCGDH-BCDEFJV‡

basisvoorzieningen aanwezig zijn bij de inproductiestelling. Zo bepaalt haar offerte dat de functionaliteit “oefeningen” aanwezig is én operationeel in de fase van de inproductiestelling.

De offerte stelt wel degelijk dat de visualisatie in kalendervorm wordt voorzien ná de inproductiestelling, doch de omstandigheid dat deze in een latere fase wordt uitgewerkt in samenspraak met de opdrachtgever, is volgens de verzoekende partij niet in strijd met het bestek.

Minstens moet volgens haar worden vastgesteld dat het bestek niet vereist dat het zeer specifieke aspect van de “visualisatie en planning van de oefening op kalender” – hetgeen slechts een beperkt onderdeel is van de functionaliteit “oefeningen” – beschikbaar moet zijn bij de inproductiestelling, laat staan dat het later voorhanden zijn zou kunnen worden beschouwd als een substantiële onregelmatigheid.

Hetzelfde geldt volgens haar voor de zoekfuncties. Wat het zoeken van de oefeningen betreft, stelt de offerte dat de zoekoefening via *content search* verslag en/of voorbereiding wordt aangeboden in de fase van de inproductiestelling, maar dat de bijkomende zoekfuncties nadien – in samenspraak met de opdrachtgever – gecreëerd worden. Aldus zijn volgens de verzoekende partij ook hier alle basisvoorzieningen aanwezig bij de inproductiestelling.

De verzoekende partij merkt nog op dat in de mate dat de Raad van State één van de voormelde motieven als niet rechtsgeldig aanmerkt, dit eveneens tot gevolg heeft dat de bestreden beslissing moet worden geschorst en vernietigd. Beide motieven kunnen volgens haar immers niet los van elkaar gezien worden aangezien ze beide betrekking hebben op het niet tegemoet komen aan de uitvoeringstermijn. Wanneer blijkt dat één van de voormelde motieven – ondersteuning KML of beschikbaarheid van een oefenkalender – niet rechtsgeldig is, staat meteen ook vast dat de onregelmatigheid niet substantieel is. Immers vervalt dan een essentieel motief dat geleid heeft tot de bestreden beslissing. Minstens dient de aanbestedende overheid in dat geval een nieuwe afweging te maken.

Beoordeling

6. In de mate dat in het middel de formele motivering aan de orde is, toont de verzoekende partij niet op het eerste gezicht aan waarom de meegedeelde motieven haar niet in staat stelden terdege te oordelen of het zin heeft zich in rechte te verweren tegen de bestreden beslissing. Het tegendeel blijkt veeleer uit het middel, waarin de verzoekende partij de motivering uitgebreid betwist. Aldus lijkt op dat punt voldaan aan de formelemotiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan.

7. In de mate dat in het middel tevens een schending van 8, § 1, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ wordt opgeworpen, hetgeen de kennisgeving van de bestreden beslissing betreft, valt op te merken dat de verwerende partij er op het eerste gezicht overeenkomstig artikel 8, § 1, 2°, van voormelde wet slechts toe gehouden is om aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig is bevonden, de motieven voor de wering in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing mee te delen, aan welke bepaling de verwerende partij te dezen lijkt te hebben voldaan.

8. Artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, dat de aanbestedende overheid verplicht de regelmatigheid na te gaan van de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen, is niet van toepassing bij een onderhandelingsprocedure.

Evenwel lijken ook bij een onderhandelingsprocedure in het bijzonder bestek zelf wel een aantal regelmatigheidsvereisten te mogen worden gesteld. Hierbij lijkt niet te kunnen worden aangenomen dat de mogelijkheid om een regelmatigheidsonderzoek te voeren, beperkt zou zijn tot de gevallen waarin het bestek voormeld artikel 95 uitdrukkelijk van toepassing verklaart of de vereisten uitdrukkelijk op straffe van nietigheid voorschrijft.

9. Te dezen voorziet het bijzonder bestek zelf uitdrukkelijk in een regelmatigheidsonderzoek, nu bij het overzicht van de procedure het volgende wordt bepaald:

“In een eerste fase worden de ingediende offertes onderzocht op het vlak van de formele en materiële regelmatigheid. Onregelmatige offertes kunnen worden geregulariseerd (indien dit mogelijk is in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel) of geweerd.”

10. Inzake de duur van de overeenkomst bepaalt het bestek “dat de uitvoering van de diensten in het onderhavig bestek in alle gevallen [moet] worden beëindigd binnen de voorziene termijn zoals opgegeven door de dienstverlener, in overeenstemming met punt 15.1. [klaarblijkelijk wordt 16.1. bedoeld].

Artikel 16.1.1. bepaalt:

“De diensten moeten worden uitgevoerd binnen een termijn van 30 (dertig) werkdagen te rekenen vanaf de dag die volgt op deze waarop de dienstverlener de kennisgeving van het sluiten van de opdracht heeft ontvangen. De zaterdagen, zondagen, wettelijke feestdagen alsook de betaalde vakantiedagen en de inhaalrustdagen in een koninklijk besluit of in een bij koninklijk besluit algemeen bindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst, worden niet meegerekend.

Belangrijke opmerking: De uitvoeringstermijn heeft betrekking op de ontwikkeling van het beveiligde ICMS en het operationeel aanbieden ervan, met uitzondering van de optionele functionaliteiten en de opleiding & ondersteuning. De mogelijke duurtijd van 4 jaar voor deze opdracht, heeft bijgevolg betrekking op het onderhoud, adaptieve aanpassingen, enzovoort.”

Medegedeeld wordt in de infosessie van 8 september 2015 dat deze termijn van 30 werkdagen wordt gebracht op 180 kalenderdagen.

Ook onder punt 16.1.2. van het bestek wordt verwezen naar de maximale uitvoeringstermijn als voorwaarde voor de diensten.

Op het eerste gezicht mocht de verwerende partij in het licht van voormelde besteksbepalingen dan ook aannemen dat de besteksvereiste inzake de uitvoeringstermijn een essentiële besteksvereiste betreft.

11. Het bestek bepaalt voorts (punt 9.1) dat de inschrijvers in hun offerte onder meer dienen te vermelden: “een beschrijving van de voorgestelde oplossing door de kandidaat-dienstverlener voor de diverse elementen die staan beschreven in het technisch bestek, met inbegrip van de termijnen voor de realisatie ervan”.

Het bestek, technische beschrijving, vermeldt vervolgens als beoogde functionaliteiten onder meer een module oefeningen bestaande uit “een kalender met multidisciplinaire oefeningen georganiseerd op de verschillende bestuurlijke niveaus, met de mogelijkheid om het scenario, de oefenconventie en de debriefing eraan te linken”, evenals, wat de kaartgegevens betreft, dat deze moeten kunnen worden ingelezen en gevisualiseerd of geëxporteerd – waarbij de voorkeur wordt gegeven om te werken met .shp en .kml. .

Beide elementen lijken niet tot de functionaliteiten te behoren waarvoor het bestek zelf uitdrukkelijk aangeeft dat deze ontsluiting in een latere fase mag worden gerealiseerd in functie van tijd en budget. Zij lijken immers ook geen “optionele functionaliteit” of “opleiding en ondersteuning” uit te maken in de zin van de uitzonderingsbepaling vervat in voormeld artikel 16.1.1. van het bestek.

Met de verwerende partij lijkt aldus te moeten worden aangenomen dat zowel de verplichting dat cartografiegegevens moeten kunnen worden ingelezen en gevisualiseerd of geëxporteerd – bij voorkeur met .shp en .kml – als de verplichting tot de aanwezigheid van een oefenkalender essentiële besteksbepalingen betreffen en dat deze functionaliteiten aldus beschikbaar dienden te zijn binnen de vereiste maximale uitvoeringstermijn.

12. Wat vervolgens de vraag betreft of de offerte aan de betrokken besteksbepalingen voldeed, komt het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe om te beoordelen of een offerte daaraan beantwoordt zij het dat de Raad van State daarbij dienaangaande 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, ingeval het afdoen van een middel noopt tot dergelijke toetsingen.

13. Wat het tweede motief betreft, valt op te merken dat inzake de beoogde functionaliteit “oefeningen”, het bestek, technische beschrijving, het volgende bepaalt:

“4.5 Oefeningen

Het oefenbeleid is een wezenlijk onderdeel van het risicobeheer. Er wordt dan ook zeer regelmatig geoefend op de verschillende bestuursniveaus.

De module oefeningen op het ICMS [Incident Crisis Management Software] bestaat uit een kalender met multidisciplinaire oefeningen georganiseerd op de verschillende bestuurlijke niveaus, met de mogelijkheid om het scenario, de oefenconventie en de debriefing eraan te linken. De bedoeling is dat elke partner zijn oefeningen kan toevoegen. De info is toegankelijk voor alle gebruikers, met mogelijkheid tot onmiddellijke publicatie of later, of niet direct voor iedereen, vb. als datum of onderwerp niet vooraf gekend mag zijn.

Het moet mogelijk zijn om te zoeken of filteren op diverse criteria :

- Type-oefening (vb. table top, terreinoefening, alarmeringstest, ...)
- Type risico
- Organiserende instantie (vb. gemeente, federale dienst gouverneur, ...)
- Datum / periode
- Geografisch gebied (vb. provincie) of plaats (gemeente)
- Mono- of multi-disciplinair (checkbox per discipline, beleidsniveau, ...)
- Evaluatie beschikbaar Y/N”

Een belangrijk onderdeel is het ter beschikking stellen van oefenscenario’s, een oefengids/methodologie en evaluaties. Het delen van scenario’s en ervaringen van andere gemeenten, federale diensten van gouverneurs of het federale niveau kan inspirerend en tijdbesparend werken.”

14. Te dezen wordt in bijlage VII “Detail Fit-gap analyse” bij de offerte van de verzoekende partij, wat de functionaliteit “oefeningen” betreft, uitdrukkelijk aangegeven dat de “visualisatie en planning oefening op kalender” ontbreekt en nog toe te voegen is en slechts voorzien wordt “na fase I”, “in samenspraak”. Ook elders in de offerte wordt uitdrukkelijk gesteld dat “een ondersteuning naar periodieke planning van de oefening of visualisatie op kalender vandaag niet aanwezig is.”

De verzoekende partij lijkt overigens zelf in haar verzoekschrift (randnummer 32) te erkennen dat de “visualisatie en planning van de oefening op kalender” in haar offerte slechts wordt voorzien na de inproductiestelling.

15. Het standpunt van de verzoekende partij dat haar offerte wel degelijk tegemoet zou komen aan de besteksbepalingen inzake de functionaliteit “oefenkalender” en “uitvoeringstermijn” doordat haar offerte erin voorziet dat “de basisvoorzieningen” inzake de oefenkalender aanwezig zijn bij de inproductiestelling, lijkt aldus op het eerste gezicht niet te kunnen worden bijgevalen.

Uit de aangehaalde besteksbepaling 4.5. lijkt op het eerste gezicht duidelijk te kunnen worden begrepen dat het oefenbeleid een “wezenlijk onderdeel” betreft van het risicobeheer en dat het bestaan van een kalender daarbij essentieel is. In tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partij ter terechtzitting nog betoogt blijkt aldus op het eerste gezicht niet uit haar offerte dat enkel de visualisatie van de kalender zou ontbreken.

16. Aldus lijkt op het eerste gezicht te moeten worden aangenomen dat de verwerende partij terecht kon besluiten tot substantiële onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij aangezien de essentiële functionaliteit inzake de beschikbaarheid van een oefenkalender nog diende te worden uitgewerkt na de fase van inproductiestelling.

Dit motief lijkt op zichzelf voldoende draagkrachtig om de bestreden beslissing tot onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij te schragen aangezien het, zoals hierboven reeds werd vastgesteld, op het eerste gezicht een afwijking van een essentiële besteksbepaling betreft, in welk geval het bestuur de nietige offerte hoe dan ook buiten beschouwing moet laten. De verzoekende partij lijkt dan ook geen belang meer te hebben bij haar kritiek op het eerste motief.

17. Het eerste en enige middel kan dan ook niet worden aangenomen.

VI. Besluit

18. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

‡BCBQKCGDH-BCDEFJV‡

VII. Kosten

19. De vordering tot schorsing is ingediend met een verzoekschrift dat ook een beroep tot nietigverklaring bevat. Aangezien hieruit volgt dat het geding ten gronde nog hangende is, past het de beslissing betreffende de kosten, daarin begrepen de rechtsplegingsvergoeding, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State verworpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 januari 2016, 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