

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 243.024 van 23 november 2018
in de zaak A. 220.280/XII-8230**

In zake: de NV DE ZEEMAN PRO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ilse Mertens
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Drabstraat 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Defensie

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 14 september 2016, strekt tot de nietigverklaring van “de gunningsbeslissing genomen namens de Minister van Defensie dd. 19 juli 2016 betreffende een overheidsopdracht van leveringen van vier onderwaternavigatie- en sonarsystemen voor de Very Shal[l]ow Water capaciteit (VSW) gekend onder bestek MRMP-N 16NP005 van 12 april 2015”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Met het arrest nr. 239.923 van 21 november 2017 heropent de Raad van State het debat.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een aanvullende memorie ingediend.

Eerste auditeur Jozef Stevens heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 oktober 2018.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jurgen Vervaeck, die loco advocaat Ilse Mertens verschijnt voor de verzoekende partij, en Majoor van het Vliegwezen Maarten Kerckhofs, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jozef Stevens 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 overheidsopdracht voor leveringen uit met als voorwerp “vier onderwaternavigatie- en sonarsystemen voor de Very Shallow Water [VSW] capaciteit”, met inbegrip van 4 sets documentatie en de instructie van de gebruikers.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 12 april 2016 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 15 april 2016.

De gunningswijze is de open offerteaanvraag.

Er zijn volgens het toepasselijk bestek MRMP-N/P Nr. 16NP005 twee gunningscriteria, namelijk de aankoopprijs op 70 van de 100 punten en “operationeel” of “techniek & logistiek” op 30 punten.

3.2. Er dienen zich twee inschrijvers aan, namelijk de nv Clemaco Trading en de nv De Zeeman Pro, de verzoekende partij.

3.3. Op 30 juni 2016 vraagt de verwerende partij aan de nv Clemaco Trading verduidelijking over haar offerte. De nv Clemaco Trading antwoordt op 4 juli 2016.

3.4. Op 6 juli 2016 stelt de verwerende partij een “Technico-operationele en logistieke evaluatie van offertes” op. Hieruit blijkt, wat de evaluatie betreft van het tweede gunningscriterium op 30 punten, dat de offerte van de verzoekende partij 22 punten behaalt en die van de nv Clemaco Trading 20 punten.

3.5. Op 13 juli 2016 stelt de verwerende partij een gunningsverslag op; de beide offertes worden regelmatig bevonden.

De offerte van de verzoekende partij behaalt 41,08 punten – 19,08 op 70 voor de prijsevaluatie en 22 op 30 voor de technico-logistieke evaluatie – en die van de nv Clemaco Trading 70,92 punten – 50,92 op 70 voor de prijsevaluatie en 20 op 30 voor de technico-logistieke evaluatie. Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Clemaco Trading.

3.6. Op 19 juli 2016 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Clemaco Trading.

IV. Opheffing vertrouwelijkheid - Heropening van het debat

4. Met het arrest nr. 239.923 van 21 november 2017, heropent de Raad het debat en heft het vertrouwelijk karakter op van de volgende door de verwerende partij als vertrouwelijk neergelegde stukken van het administratief dossier: het gunningsverslag, het antwoord van de nv Clemaco Trading van 4 juli 2016 op de vragen van de verwerende partij van 30 juni 2016 en het “Technico-operationele en logistieke evaluatieverslag” van 6 juli 2016. Aan de verzoekende partij wordt de mogelijkheid tot inzage verleend.

V. Onderzoek van het eerste en het tweede middel

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5.1.1.1. De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift de schending aan van “artikel 25 van de Wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten; van artikel 95 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren; van de artikelen 5 en 8 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; van het bestek MRMP-N/P Nr. 16NP005 en van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het beginsel patere legem quam ipse fecisti, het transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel”.

In essentie betoogt de verzoekende partij dat de offerte van de nv Clemaco Trading materieel onregelmatig is omdat ze “op diverse punten afwijkt van het uitgeschreven bestek”. Zij betoogt dat uit de gunningsbeslissing niet blijkt dat het door de nv Clemaco Trading aangeboden toestel voldoet aan de Nato-standaard STANAG 2897 Class A. Het toestel voldoet volgens de verzoe-

kende partij dan ook niet aan onontbeerlijke technische bestekseisen, namelijk de technische eis C4 waarbij de magnetische signatuur van het aangeboden toestel zo laag mogelijk moet zijn en C5 waarbij het voldoen aan C4 moet blijken uit het certificaat waarbij wordt aangegeven dat het toestel “voldoet aan de standaard MIL-DTL-19595D of aan de NATO STANAG 2897 Class A” bij gebreke waarvan het voldoen aan C4 moet blijken uit andere documenten zoals meetrapporten, berekeningen, gedetailleerde data en de veiligheidsafstand. De verzoekende partij betoogt ook dat zij heeft vernomen dat het aangeboden toestel “geen amagnetisch certificaat bezit, no[ch] een veldrapport om de amagnetische eigenschappen van het toestel te staven”. Voorts zou het niet over een drukcertificaat beschikken.

De nv Clemaco Trading beschikt volgens de verzoekende partij evenmin over de door het bestek vereiste ISO-certificering, namelijk ISO 9001: 2008 of 2015. Om een gelijkwaardig kwaliteitsmanagementsysteem op te zetten dient de nv Clemaco Trading volgens het bestek een kwaliteitshandboek in te dienen maar hier is, aldus de verzoekende partij, geen spoor van terug te vinden in de bestreden beslissing.

5.1.1.2. De verzoekende partij vraagt in haar memorie van wederantwoord inzage van de door de verwerende partij in het administratief dossier vertrouwelijk neergelegde stukken waarop het verweer steunt.

Zij wijst erop dat het door de verwerende partij verkozen toestel volgens de memorie van antwoord inderdaad niet voldoet aan de Nato-standaard STANAG 2897 Class A, wel aan de drievoudig minder gunstige standaard Class B. Voorts meent de verzoekende partij dat de verwerende partij niet aantoont hoe de nv Clemaco Trading dan wel heeft bewezen dat het aangeboden toestel voldoet aan eis C4. Het voorgelegde testrapport van de sas RTSys, de fabrikant van het aangeboden toestel, kan, in tegenstelling tot wat de verwerende partij beweert, niet volstaan om dit aan te tonen, aangezien eis C5

dan meetrapporten, berekeningen, gedetailleerde data en de veiligheidsafstand vereist, wat een testrapport van de fabrikant niet is.

Wat de ISO-certificering betreft, leidt de verzoekende partij uit de memorie van antwoord af dat de nv Clemaco Trading niet beschikt over het vereiste certificaat; dat deze inschrijver een kwaliteitshandboek voorlegt, overtuigt volgens de verzoekende partij evenmin aangezien het handboek is van de nv Clemaco Contracting, die hier niet de inschrijver is.

5.1.1.3. In haar aanvullende memorie, na kennis te hebben kunnen nemen van de voorheen vertrouwelijke stukken uit het administratief dossier, merkt de verzoekende partij bijkomend het volgende op.

Wat het testrapport van de sas RTSys, de fabrikant van het aangeboden toestel, betreft, wijst de verzoekende partij erop dat deze fabrikant antwoordt met een brief van 7 januari 2016, datum die zelfs de bekendmaking van de opdracht voorafgaat, hetgeen twijfels laat rijzen over de relevantie ten aanzien van het bestek. Voorts is het testrapport niet ondertekend. De verzoekende partij stelt de zorgvuldigheid van de verwerende partij in vraag. Overigens voldoet het testrapport van de fabrikant niet aan wat in eis C5 wordt vooropgesteld als meetrapport; het is geen veldrapport “zodat het niets kan bewijzen inzake het al dan niet voldoen aan de betrokken NATO-norm” Class A. Van het door de nv Clemaco Trading aangeboden toestel kan helemaal geen geldig rapport worden voorgelegd omdat het toestel “nog steeds niet voldoende is ontwikkeld om reeds getest te worden door de Franse marine, zijnde degene die als eerste met dit toestel heeft geëxperimenteerd”. Hoe dan ook toont dit rapport in zijn cijfers niet aan dat het aangeboden toestel voldoet aan de standaard Class A en zijn de uitgevoerde testen onvolledig. Overigens, zo merkt de verzoekende partij op, blijkt uit het RTSys-rapport dat het aangeboden toestel niet voldoet aan eis C14 waarbij wordt vereist dat het systeem moet kunnen functioneren in een omgevingstemperatuur tussen -5°C en +45°C. De conformiteit aan deze eis zou blijken uit een andere bijlage bij de brief van de nv Clemaco

Trading van 4 juli 2016, namelijk een temperatuurrapport van de sas Kenta; dit rapport gaat echter over twee afzonderlijke testen waarbij het onzeker is of het om eenzelfde toestel gaat dat werd getest, temeer omdat de afmetingen niet overeenstemmen; voorts gaat het rapport over een ander soort toestel dan datgene dat werd aangeboden door de nv Clemaco Trading.

Ook argumenteert de verzoekende partij dat de offerte van de nv Clemaco Trading niet beantwoordt aan de eisen inzake kwaliteitsborging.

Ten slotte verzoekt de verzoekende partij om de opheffing van de vertrouwelijkheid van de offerte van de nv Clemaco Trading en van die stukken van het administratief dossier “waaruit zou kunnen blijken of de verwerende partij de ingediende offertes zorgvuldig heeft gecontroleerd op het vlak van de technische verklaringen van de indieners en op het vlak van de kwaliteitszorg en de ter zake verzochte certificeringen”.

5.1.1.4. In haar laatste memorie, na een voor haar negatief uitvallend auditoraatsverslag, uit de verzoekende partij nieuwe kritiek op het zogenaamde testrapport RTSys; zo zou de afstand 90 cm hebben bedragen toen het magnetisme werd nagegaan en zou de fabrikant de delen van het toestel afzonderlijk hebben laten testen om dan met gemiddelden te werken. Evenzeer is het rapport Kenta onbetrouwbaar “nu het naar een toestel verwijst met een ander artikelnummer, geen serienummers,...”. Ook benadrukt de verzoekende partij dat het aan te bieden toestel wel degelijk diende te beantwoorden aan de standaard Class A.

Beoordeling

5.1.2.1. De verzoekende partij wordt niet gevolgd in haar kritiek en het middel wordt verworpen om de volgende redenen.

5.1.2.2. De technische eisen C4 en C5 luiden:

“

C4	De magnetische signatuur van het aangeboden toestel moet zo laag mogelijk zijn en een veilige benadering van EOD toelaten.
C5	Betreffende de eis C4 zal, indien het toestel voldoet aan de standaard MIL-DTL-19595D of aan de NATO STANAG 2897 Class A, de inschrijver het certificaat bij zijn offerte voegen. Indien het toestel niet gecertificeerd is, zal de inschrijver de voldoening aan voorgaande eis moeten aantonen aan de hand van meetrapporten, berekeningen, gedetailleerde data en de veiligheidsafstand (Safety Distance).

”

De verwerende partij wordt gevolgd in haar opvatting dat de eis C4 niet de NATO STANAG 2897 Class A voorschrijft en de eis C5 evenmin, aangezien de laatstgenoemde een documentaire eis betreft. In haar aanvullende memorie maakt zij, onder meer aan de hand van deze standaarden, duidelijk dat te dezen Class B volstaat aangezien het aangeboden toestel “non-contact equipment” betreft.

Uit de door de nv Clemaco Trading bijgebrachte documentatie zoals het ingevulde testprotocol, overgelegd conform eis C5, mocht de verwerende partij in het evaluatieverslag afleiden dat het aangeboden toestel voldoet aan Class B. De verzoekende partij toont niet aan dat hiervoor een zogenaamd “veldrapport” vereist is. Voorts mag worden aangenomen dat de brief van de sas RTSys dagtekent van 1 juli 2016 en niet van 7 januari 2016 zoals de verzoekende partij beweert. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij opwerpt, heeft de nv Clemaco Trading wel degelijk een drukcertificaat bij haar offerte gevoegd. Dat het testrapport RTSys niet is ondertekend, tast de geloofwaardigheid ervan niet aan gelet op het bijhorende briefpapier en de bijlagen.

Na inzage van de voorheen vertrouwelijke stukken voert de verzoekende partij aan dat het aangeboden toestel evenmin voldoet aan eis C14, namelijk dat het systeem moet kunnen functioneren in een omgevingstemperatuur tussen -5°C en +45°C.

Dat het testrapport Kenta een test in twee stappen vermeldt, blijkt echter niet te strijden met een besteksbepaling. Evenmin kan worden aangenomen dat het rapport het aangeboden toestel niet zou betreffen en dit op grond van volgende overweging in het auditorsverslag, die bijgevalen wordt:

“Clemaco Trading heeft het antwoord van de fabrikant RTsys en het testrapport n° 204030 van Kenta bijgevoegd : in de brief van RTsys is sprake van Da-SDA14 en verder van SPPA en zijn twee grafieken van testen van augustus 2015 van Kenta Electronic opgenomen die ook voorkomen in het testrapport ; het testrapport zelf heeft het op p. 1 over ‘SPPA RTsys’ en vermeldt op p. 5 de afmetingen die overstemmen met de afmetingen van het door Clemaco Trading aangeboden toestel. Verzoekster toont niet aan dat het testrapport geen betrekking heeft op het door Clemaco aangeboden toestel.”

5.1.2.3. Wat de kritiek van de verzoekende partij betreft inzake de kwaliteitsborging, wordt deze in het auditorsverslag als volgt verworpen:

“Wat de kritiek van verzoekster inzake kwaliteitsborging betreft, wordt met verweerster vastgesteld dat er in het bestek geen selectiecriteria inzake kwaliteitsborging is gesteld , dat in bijlage E bepaald is dat de inschrijver een kwaliteitsmanagementsysteem moet opzetten, vastleggen en onderhouden om de overeenstemming van het product met de contractuele vereisten te verzekeren en dat het kwaliteitsmanagementsysteem zal overeenstemmen met de norm ISO 9001 : 2008 of 2015 (of gelijkwaardig), dat Clemaco Trading een ISO9001:2008 certificaat van de fabrikant RTsys heeft bijgevoegd alsmede het kwaliteitshandboek van de nv Clemaco Contracting, waarvan Clemaco Trading een afzonderlijk departement is.”

Gelet onder meer op het inhoudelijk niet weerspreken van deze argumentatie in de laatste memorie van de verzoekende partij, meent de Raad dat de verzoekende partij hier inderdaad niet aantoonde dat de verwerende partij tekortgeschoten is aan het vasthouden aan de besteksbepaling dat de inschrijver “een kwaliteitsmanagementsysteem [moet] opzetten, vastleggen en onderhouden om de overeenstemming van het product met de contractuele vereisten te verzekeren” en de inschrijver zijn kwaliteitsmanagementsysteem mocht toelichten door het indienen van een kwaliteitshandboek.

5.1.2.4. De nieuwe kritiek van de verzoekende partij te berde gebracht in haar laatste memorie, na het voormelde tussenarrest, is niet tijdig in het debat gebracht.

5.1.2.5. Ten slotte kan evenmin worden ingegaan op de opheffing van de vertrouwelijkheid van de offerte van de nv Clemaco Trading. De Raad heeft zelf kennis genomen van deze offerte onder meer met het oog op conformiteit ervan met de data vermeld in het evaluatieverslag zodat de bekommernis van de verzoekende partij op dit punt weggenomen is.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

5.2.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan van “de artikelen 5 en 25 van de Wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten; van artikel 95 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren; van de artikelen 5 en 8 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; van het bestek MRMP-N/P Nr. 16NP005 en van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het beginsel patere legem quam ipse fecisti, het transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel”.

In essentie betoogt de verzoekende partij dat het door de nv Clemaco Trading aangeboden toestel zich nog in een ontwerpfase bevindt zodat de bestekseis dat het aangeboden toestel volledig vrij moet zijn van gebreken en fouten die zouden kunnen schaden aan de goede werking of het uitzicht van het materieel, hier niet kan zijn in acht genomen.

Ook kan het aangeboden toestel volgens de verzoekende partij niet voldoen aan de bestekseis C6 inzake de integratie ervan in een onderwaterscooter; aangezien “[g]een enkele fabrikant van onderwaterscooters (DPV) [...] tot op heden [heeft] getracht het door de nv Clemaco Trading aangeboden toestel op een onderwaterscooter aan te brengen”. Weliswaar is volgens de verzoekende partij deze eis slechts een wenselijke eis die leidt tot een meerwaarde bij de evaluatie van de offertes, doch er kunnen 4 punten mee worden verdiend; de verzoekende partij stelt dat haar aangeboden toestel wel in deze mogelijkheid voorziet.

Voorts brengt de verzoekende partij nog een aantal technische elementen aan die het door de nv Clemaco Trading aangeboden toestel volgens haar in een minder goed daglicht stellen en zouden moeten worden verrekend bij de puntentoekenning. Zo heeft het aangeboden toestel van de nv Clemaco Trading “de mogelijkheid tot communicatie” “hetgeen mogelijks een nadelige invloed kan hebben bij operationele ‘Mine Counter Measures’”. Zo ook zou het door de nv Clemaco aangeboden toestel “regelmatig problemen [kennen] met de schroeven van het omhulsel en met de lichten”.

Volgens de verzoekende partij beantwoordt dit toestel niet aan de technische specificaties. Zij vraagt ten slotte inzage van het gunningsverslag.

5.2.1.2. In haar memorie van wederantwoord verduidelijkt de verzoekende partij dat zij niet beweert dat het door de nv Clemaco Trading aangeboden toestel niet zou bestaan doch wel dat het toestel zich in een ontwikkelings- en testfase bevindt.

Voorts dringt zij aan op de opheffing van de door de verwerende partij in het administratief dossier vertrouwelijk neergelegde stukken.

5.2.1.3. In haar aanvullende memorie wijst de verzoekende partij erop dat uit “de thans bekende vertrouwelijke stukken van verwerende partij” ook eis

C9 “manifest onzorgvuldig” is beoordeeld door de verwerende partij. “Zij stelt immers op basis van testresultaten te kunnen stellen dat het toestel van Clemaco Trading hieraan voldoet, doch uit de rapporten bij vertrouwelijk stuk 2 van verwerende partij blijkt dat deze testresultaten helemaal niets vermelden omtrent camera’s”. Weliswaar is het slechts een wenselijke eis doch er zijn wel vier punten mee te verdienen.

Voorts vraagt de verzoekende partij dat zij inzage krijgt in “de gedetailleerde evaluatietabel met behaalde waarden per gunningscriterium ten einde haar tweede middel verder te kunnen uitwerken”.

Ten slotte stelt de verzoekende partij dat “de offerte van de nv Clemaco Trading materieel onregelmatig diende te worden verklaard, nu geenszins verzekerd is dat het volledig vrij zal zijn van gebreken en fouten die zouden kunnen schaden aan de goede werking of het uitzicht van het materieel, hetgeen door verwerende partij bezwaarlijk anders dan als een essentiële voorwaarde van het bestek zal kunnen bestempeld worden”.

5.2.1.4. In haar laatste memorie, na een voor haar negatief uitvallend auditoraatsverslag, herhaalt de verzoekende partij haar kritiek.

Beoordeling

5.2.2. De kritiek van de verzoekende partij dat het door de nv Clemaco Trading aangeboden toestel zich nog in de ontwerpfase bevindt, kan op grond van de stukken van het dossier niet worden bijgevalen. Het toestel werd samen met de benodigde technische fiches aangeboden. De verwerende partij mocht dus oordelen dat het aangeboden toestel voldoet. Hierbij mag tevens worden bedacht dat ook de verzoekende partij ditzelfde toestel in beschouwing heeft genomen om te leveren aan de verwerende partij doch dit blijkbaar niet heeft gedaan enkel om reden dat de afmetingen alsdan niet overeenstemden met

de bestekseisen, die later op dit punt werden gewijzigd. Ook wijst de verwerende partij erop dat het toestel ook effectief werd geleverd in januari 2017.

In de mate dat de verzoekende partij meent dat het door de nv Clemaco Trading aangeboden toestel niet beantwoordt aan de eisen C6 inzake de mogelijkheid om het systeem te integreren in een onderwaterscooter en C8 en C9 inzake een cameramogelijkheid, moet het verweer worden bijgevalen. Het betreft slechts wenselijke eisen zodat het niet beantwoorden daaraan geen invloed heeft op de regelmatigheid van de offerte. Voorts heeft de offerte van de nv Clemaco Trading een dusdanige voorsprong opgebouwd met het prijscriterium dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het gegrond verklaren van haar kritiek wat die twee eisen betreft. De verzoekende partij gaat overigens in haar laatste memorie niet in op dit verweer.

Wat de kritiek van de verzoekende partij betreft inzake de mogelijkheid tot communicatie die de offerte van de nv Clemaco Trading negatief zou moeten beïnvloeden, kan om deze te verwerpen worden volstaan met erop te wijzen dat het bestek hierover zwijgt en de verzoekende partij in elk geval geen aanwijzing geeft dat dit een tekortkoming is.

Wat dan weer de kritiek inzake de schroeven van het omhulsel en de lichten betreft, blijft de verzoekende partij hier bij een loutere bewering.

Ten slotte wordt niet ingegaan op de vraag van de verzoekende partij tot het voorleggen van een meer gedetailleerde puntentoekenning van de verwerende partij. De verzoekende partij toont niet welk belang zij hierbij heeft gelet op het feit dat zelfs mocht de offerte van de nv Clemaco Trading geen enkel punt behalen voor het tweede gunningscriterium, deze offerte dan nog als eerste zou zijn gerangschikt.

Het middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 23 november 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest