

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 245.300 van 13 augustus 2019

in de zaak A. 228.600/XII-8763

In zake: de NV DRÄGER SAFETY BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Neil Braeckevelt en Frede Van In
kantoor houdend te 8000 Brugge
Ezelstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Veiligheid en Binnenlandse Zaken
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stijn Butenaerts en Andy Hoedenaeken
kantoor houdend te 1080 Brussel
Leopold II-laan 180
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 16 juli 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de FOD Binnenlandse zaken dd. 25 april 2019 waarbij de opdracht gekend als MAT52-386-18 voor een onderhoudscontract voor gasdetectietoestellen voor diverse openbare diensten (Onderhoud van gasdetectietoestellen) wordt gegund aan de [bvba] S&D en niet aan [de nv Dräger Safety Belgium]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 augustus 2019, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Neil Braeckevelt en Evelien Vanhauter, *loco* advocaat Frede Van In, die verschijnen voor de verzoekende partij en advocaat Barbara Speleers, die *loco* advocaat Stijn Butenaerts verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste 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 verwerende partij schrijft een opdracht aanneming van diensten uit voor het sluiten van een onderhoudscontract – onderhoud tweemaal per jaar uit te voeren – met betrekking tot gasdetectietoestellen van het merk Dräger, voor de volgende types: X-am 2000, X-am 2500, X-am 5000, X-am 7000 en X-am 8000 en dit voor diverse openbare diensten.

De duur van de opdracht bedraagt vier jaar.

De plaatsingswijze is de openbare procedure met prijs als enig gunningscriterium.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 17 september 2018 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 19 september 2018.

3.2. Twee inschrijvers dienen een offerte in, namelijk de verzoekende partij en de bvba S & D.

3.3. Op 25 april 2019 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de bvba S & D. Dit is de bestreden beslissing.

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, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ 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. Regelmatigheid van de rechtspleging

5. De verzoekende partij heeft een pleitnota met twee aanvullende stukken ingediend.

In de rechtspleging voor de Raad van State is niet voorzien in een pleitnota. Ze wordt slechts in aanmerking genomen in de mate dat ze de neerslag vormt van wat de verzoekende partij ter terechtzitting naar voren brengt.

De twee aanvullende stukken betreffen twee certificaten gedateerd op 15 februari 2019 uitgaande van de verzoekende partij zelf; de verzoekende partij toont niet aan dat ze niet konden worden ingediend samen met het inleidend verzoekschrift zodat ze uit de debatten worden geweerd. Overigens lijken deze stukken niet relevant aangezien ze niet waren gevoegd bij de offerte van de begunstigde.

VI. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 83 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, van artikel 76, § 1 en § 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, namelijk de motiveringsplicht en het gelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij vat haar middel als volgt samen:

“Doordat: verwerende partij de offerte van de begunstigde als regelmatig heeft beschouwd, hoewel bepaalde, door verwerende partij als essentieel – op straffe van wering – bestempelde vereisten onmogelijk kunnen zijn nageleefd door deze begunstigde;

Doordat: meer specifiek de begunstigde niet gerechtigd is herstellingen te doen;

Terwijl: enkel regelmatige offertes mogen worden weerhouden door de aanbestedende overheid en dergelijke offertes niet mogen zijn aangetast door substantiële onregelmatigheden;

Zodat: verweerder voormelde rechtsregels en -beginselen heeft geschonden.”

In de toelichting bij het middel verwijst de verzoekende partij naar “12.2 Regelmatigheid van de offertes” van het bestek waarin is bepaald dat de offerte van de inschrijver alle in punt 1 van document B van dit bestek opgesomde vereisten, die alle als essentieel worden beschouwd, dient na te leven.

Onder “1 Essentiële vereisten” van document B is onder meer vermeld:

“De inschrijver moet erkend en geautoriseerd zijn door de fabrikant om het onderhoud, de kalibratie en de herstellingen uit te voeren. Hij dient daarvoor het attest bij te voegen waarvan sprake is in het punt 2.”

Onder “2 Informatie om aan de offerte toe te voegen” van document B wordt onder meer vermeld welke attesten en bewijzen er bij de offerte moeten worden gevoegd inzake erkenning en vorming voor de taken van herstellingen, onderhoud en kalibraties.

De verzoekende partij benadrukt dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen, enerzijds, het basisonderhoud dat uitgevoerd kan worden door de klant zelf, dan wel door dienstverleners die hiertoe een opleiding hebben genoten en, anderzijds, het doorgedreven, complexe onderhoud, dat ook eventuele herstellingen en vervangingen omvat en dat enkel door gespecialiseerde en door de fabrikant erkende technici kan worden uitgevoerd.

De verzoekende partij wijst erop dat de fabrikant van de gasdetectietoestellen waarop de opdracht betrekking heeft Dräger Safety AG & Co. KGaA is, dat zij een dochteronderneming is van deze fabrikant, dat zij als vertegenwoordigster in België als enige geautoriseerd is om alle types onderhoud (zowel basis- als doorgedreven onderhoud), kalibraties, herstelling en vervanging van alle onderdelen van de toestellen door te voeren, met behoud van de fabrieksgarantie, en als enige toegang heeft tot alle hiertoe benodigde software.

Volgens de verzoekende partij kan de begunstigde dan ook onmogelijk garanderen aan de vereisten van herstelling en vervanging, waarop de opdracht volgens haar ook betrekking heeft, te voldoen.

Zij wijst er voorts op dat de begunstigde weliswaar een opleiding gevolgd heeft bij de verzoekende partij zelf die het doorvoeren van het basisonderhoud en het vervangen van sommige onderdelen omvat, doch niet beschikt over de expertise noch autorisatie noch de benodigde geüpdatete testrapporten om een doorgedreven onderhoud met alle eventuele herstellingen en vervangingen door te voeren. Bovendien is het opleidingscertificaat waarover de begunstigde wél beschikt, dat dus enkel voor het basisonderhoud en sommige vervangingen geldt, beperkt in geldigheidsduur en overschrijdt de looptijd van het contract de geldigheid van deze opleidingscertificaten. De begunstigde is niet erkend als verdeler van Dräger toestellen en -onderdelen, en beschikt niet over een engagement daartoe vanwege de fabrikant, zodat de toegang tot wisselstukken niet gewaarborgd is. Evenmin beschikt de begunstigde over de mogelijkheid om gratis vervangtoestellen te voorzien in geval van nood.

Aldus, zo concludeert de verzoekende partij, kan de begunstigde onmogelijk voldoen aan de in het bestek opgesomde essentiële vereisten en onmogelijk de nodige attesten en verklaringen hebben bijgebracht. De verwerende partij heeft de op straffe van nietigheid bij te brengen documenten bijgevolg onzorgvuldig beoordeeld en/of ten onrechte de documenten zowel van de verzoekende partij als van de begunstigde op gelijke manier behandeld, terwijl er essentiële verschillen zijn.

7. Volgens de verwerende partij gaat de verzoekende partij er ten onrechte van uit dat het vereiste attest niet werd gevoegd bij de offerte van de bvba S & D. Zij wijst erop dat deze inschrijver twee attesten heeft bijgebracht waaruit blijkt dat zijn personeel wel degelijk werd opgeleid en bijgevolg geautoriseerd om onderhoud, herstellingen en kalibratie uit te voeren. Door dergelijk attest uit te reiken heeft de nv Dräger Safety Belgium volgens haar de autorisatie gegeven om alle prestaties te verlenen aan de gasdetectietoestellen Dräger zoals bedoeld onder punt 1 van document B.

De inhoud van de servicetrainingen waarvoor attesten werden toegevoegd, bestaat volgens de verwerende partij onder meer uit de volgende handelingen: praktisch gebruik gasdetectietoestellen en kalibratiestations, vervangen van sensoren en onderdelen, kalibratie Drägers toestellen, Firmware update uitvoeren, uitlezen dataloggegevens en gebruik ccvision en gasvision Software.

De verwerende partij wijst erop dat de essentiële vereisten aangaande de inhoud van het onderhoud worden omschreven op pagina vijf van document B – Technische specificaties. Zij geeft aan dat zij bij de beoordeling heeft vastgesteld dat al deze essentiële vereisten gedekt zijn door de door de gekozen inschrijver bijgebrachte certificaten zodat deze offerte in overeenstemming met punt 12.2 van het bestek terecht regelmatig werd bevonden. Zij benadrukt dat de verzoekende partij de litigieuze certificaten ten onrechte tracht te minimaliseren. Bovendien kan volgens haar enkel rekening worden gehouden met de documenten gevoegd bij de offerte.

Beoordeling

8. Uit “12.2 Regelmatigheid van de offertes” van het bestek blijkt dat de vereisten van punt 1 van document B als essentieel worden beschouwd.

Bij “1 Essentiële vereisten” van document B is onder meer vermeld:

“De inschrijver moet erkend en geautoriseerd zijn door de fabrikant om het onderhoud, de kalibratie en de herstellingen uit te voeren. Hij dient daarvoor het attest bij te voegen waarvan sprake is in het punt 2.”

Onder “2 Informatie om aan de offerte toe te voegen” van document B is onder meer vermeld:

“2. Bij de offerte wordt er een attest dat de inschrijver erken[t] voor het uitvoeren van herstellingen, het onderhoud en kalibraties, bijgeleverd.”

en

“3. De inschrijver voegt bij de offerte een bewijs of een geschreven verklaring van de fabrikant:

- waaruit kan afgeleid worden dat de inschrijver een vorming tot heeft gevolgd bij de fabrikant en dat de inschrijver bevoegd is voor het uitvoeren van herstellingen, kalibratie en onderhoud [...].”

Er is geen betwisting over dat deze vereisten essentieel zijn.

9. In de bestreden gunningsbeslissing wordt over de regelmatigheid van de offertes het volgende opgemerkt:

“Overwegende dat de offertes van de geselecteerde inschrijvers werden onderzocht op het vlak van hun regelmatigheid.

Uit dit onderzoek is gebleken dat deze offertes regelmatig zijn.”

10. Uit de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier waar de Raad kennis van mag nemen en bij zijn beoordeling betrekken, blijkt evenwel dat de gekozen inschrijver bij zijn offerte slechts twee certificaten heeft bijgebracht, verstrekt door de verzoekende partij, waarin wordt verklaard dat twee personen met succes hebben deelgenomen aan de tweedaagse opleiding “Gebruik, instellingen en kalibratie van de draagbare gasdetectietoestellen Dräger”.

Op het eerste gezicht lijkt het twee bewijzen te betreffen waaruit mag worden afgeleid dat de inschrijver een vorming heeft gevolgd, doch lijkt het geen attest te zijn dat de inschrijver door de fabrikant is erkend en gemachtigd voor het uitvoeren van herstellingen, onderhoud en kalibraties.

Bovendien lijkt de vorming waarvan een bewijs wordt gevoegd slechts betrekking te hebben op “Gebruik, instellingen en kalibratie”. Anders dan de verwerende partij dit ziet, kan uit de betrokken certificaten op het eerste gezicht dan ook niet worden afgeleid dat de inschrijver aldus erkend en geautoriseerd is door de fabrikant om herstellingen en alle onderhoud uit te voeren.

Prima facie bevat document B “Technische specificaties”, dat de essentiële vereisten omschrijft, niet alleen bepalingen die betrekking hebben op

onderhoud en kalibraties, doch ook op herstellingen. In elk geval blijkt voormelde essentiële vereiste inzake de erkenning en autorisatie evenzeer betrekking te hebben op herstellingen.

Overigens blijkt tevens dat de betrokken opleidingscertificaten zoals gevoegd bij de offerte van de begunstigde slechts een geldigheid hebben van drie jaar, te rekenen vanaf de opleidingsdatum zijnde 8 april en 9 mei 2016, terwijl de looptijd van de raamovereenkomst vier jaar bedraagt.

De attesten en certificaten bij de offerte van de verzoekende partij daarentegen lijken wel “herstelling” te omvatten.

11. Besloten dient dan ook te worden dat de twee bij de offerte van de gekozen inschrijver gevoegde certificaten op het eerste gezicht niet lijken te kunnen worden gelijkgesteld met het in het bestek vereiste attest van de fabrikant dat de inschrijver erkend is voor het uitvoeren van herstellingen, het onderhoud en kalibraties. Aldus lijkt evenmin aangetoond dat voldaan is aan het in het bestek gestelde essentiële vereiste dat de inschrijver moet erkend en geautoriseerd zijn door de fabrikant om het onderhoud, de kalibratie en de herstellingen uit te voeren.

Te dezen lijken de gegevens van de zaak niet aan te tonen dat de offerte van de gekozen inschrijver voldoet aan de minimale vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten zodat, zo lijkt, de verwerende partij de aangevoerde bepalingen en beginselen heeft geschonden.

VII. Besluit

12. Het eerste middel is ernstig. De schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing dient dan ook te worden bevolen.

Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de Belgische Staat van 25 april 2019 waarbij de opdracht MAT52-386-18 voor een onderhoudscontract voor gasdetectietoestellen voor diverse openbare diensten wordt gegund aan de bvba S&D.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 augustus 2019, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Tiny Temmerman,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Tiny Temmerman

Pierre Barra