

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 248.157 van 20 augustus 2020
in de zaak A. 231.358/XII-8.935**

In zake: de BV PROFILE EQUIPMENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Adriaensens
kantoor houdend te 2300 Turnhout
Parklaan 46
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Veiligheid en Binnenlandse Zaken
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Ian Arnouts
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

MSA FRANCE, vennootschap naar Frans recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marc Martens en Kevin Munungu
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louisalaan 235, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 24 juli 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het Ministerie van Binnenlandse zaken, dienst Procurement van de Federale Politie dd. 10 juli 2020 strekkende tot het weren van de offerte van de

[BV Profile Equipment] voor de overheidsopdracht ‘Procurement 2018 R3 074 betreffende een meerjarige raamovereenkomst (vier (4) jaar) van leveringen betreffende de aankoop van lichte kogelwerende helmen ten voordele van de geïntegreerde politie gestructureerd op twee (2) niveaus’”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Met een verzoekschrift van 7 augustus 2020 heeft MSA France gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 augustus 2020, om 11.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Stijn Adriaensens en Liesbeth Peeters, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Ian Arnouts, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Kevin Munungu en Cédric Berckmans, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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 dienst Procurement van de federale politie schrijft een overheidsopdracht uit voor leveringen met als voorwerp een meerjarige raamovereenkomst betreffende de aankoop van lichte kogelwerende helmen.

3.2. De opdracht is bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 27 april 2018 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 28 april 2018.

3.3. Op de opdracht zijn de wet van 13 augustus 2011 ‘inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’ (hierna: wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid) en het koninklijk besluit van 23 januari 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid) van toepassing.

De gekozen plaatsingsprocedure is de onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.4. Het ‘Bestek nr. procurement 2018 R3 074’ is van toepassing op de opdracht.

De technische bepalingen van de opdracht zijn opgenomen in deel II van het bestek. In de technische specificaties van post 1 – de kogelwerende helm, tactische rail inbegrepen – is onder meer de volgende bepaling opgenomen onder punt 2.1.2:

“Het regelsysteem voor de aanpassing van de maat zal geen draad als onderdeel bevatten.”

3.5. Op 5 september 2018 vindt een voorafgaande informatievergadering plaats.

In het verslag van de vergadering is de volgende vraag (nr. 36) opgenomen:

““Het regelsysteem voor de aanpassing van de maat zal geen draad als onderdeel bevatten”. Wat bedoelt u met ‘draad’? een BOA SYSTEM achterhoofdspanning of is het iets anders? Is het mogelijk om een meer gedetailleerde beschrijving te hebben?”

Hierop werd door de aanbestedende overheid als volgt geantwoord:

“De federale politie beschouwt een doeltreffende bescherming als een minimumschade opgelopen door het personeelslid. Het is een systeem met een draad die het personeelslid kan verwonden.”

3.6. Voorafgaand aan het indienen van de offertes worden drie errata rondgestuurd. De bepaling van de aangehaalde technische specificatie voor post 1 wordt niet gewijzigd. Elk erratum wordt afgesloten met de melding dat alle andere bepalingen van de opdrachtdocumenten “onverminderd van toepassing” blijven.

3.7. Tien ondernemingen dienen een offerte in, waaronder die van de verzoekende partij en van MSA France.

3.8. Op 10 juli 2020 beslist de dienst Procurement van de federale politie om de opdracht te gunnen aan MSA France. Onder meer de offerte van de verzoekende partij “(vrije variante)” wordt “niet conform” geacht.

Onder titel 2.4 “Conformiteit van de offertes” wordt met betrekking tot de offerte van de verzoekende partij het volgende vermeld:

“In punt 2.1.2 van deel II ‘Technische bepalingen’ van het bestek staat: ‘Het regelsysteem voor de aanpassing van de maat zal geen draad als onderdeel bevatten.’ Tijdens de voorafgaande informatievergadering werd in antwoord op vraag 36 in dit verband verduidelijkt dat: ‘Het is een systeem met een draad die het personeelslid kan verwonden.’. Een dergelijk systeem werd dan ook uitdrukkelijk uitgesloten in de documenten van de opdracht. Bij de analyse van de offerte is echter gebleken dat het regelsysteem voor de aanpassing van de maat bevat een draad als onderdeel. De draad is duidelijk aanwezig. Dit element vormt een reëel gevaar voor de gebruiker, die het risico loopt op irritaties, krassen en zelfs snijwonden in de oren, die zeer kwetsbare delen van het lichaam zijn, tijdens operationele missies.

Dit is een substantiële afwijking van een essentiële specificatie met betrekking tot de gezondheid en het welzijn van het personeel. Bijgevolg is de offerte van de firma Profile Equipment bv niet conform.”

Dit is de bestreden beslissing.

3.9. Per aangetekend schrijven en per e-mailbericht van 10 juli 2020 is aan de verzoekende partij ter kennis gebracht dat haar offerte niet conform is bevonden. Een uittreksel uit de gemotiveerde gunningsbeslissing is bijgevoegd.

IV. Tussenkost

4. MSA France blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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’ (hierna: rechtsbeschermingswet) 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.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 46 van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: formelemotiveringswet), het rechtszekerheids- en zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de verwerende partij beslist dat de verzoekende partij wordt uitgesloten uit de procedure omdat haar offerte niet conform zou zijn, omdat er een draad is voorzien in de helmen,

Terwijl de verwerende partij zelf heeft toegelicht dat de technische bepaling uit het bestek ‘Het regelsysteem voor de aanpassing van de maat zal geen draad als onderdeel bevatten’ moet geïnterpreteerd worden als ‘een draad die een personeelslid kan verwonden’, waardoor een draad die een personeelslid niet kan verwonden wél is toegelaten,

En terwijl er geen enkel schadegeval gekend is waarbij de helmen met draad van verzoekende partij een personeelslid of de gebruiker zouden hebben verwond,

En terwijl de verzoekende partij haar offertedossier uitgebreid heeft gestoffeerd met rapporten waaruit blijkt dat de helmen voldoen aan alle kwalificaties,

En terwijl de verzoekende partij in 2016 (amper 2 jaar voordat de huidige overheidsopdracht werd uitgeschreven) haar helmen met draad wel mocht leveren aan de speciale DSU Interventie eenheid van de federale politie, zodat hieruit volgt dat de beslissing van de verzoekende partij met schending van de aangehaalde bepalingen en beginselen tot stand is gekomen.”

Beoordeling

7. Artikel 46 van de rechtsbeschermingswet betreft louter de mogelijkheid tot vernietiging van de beslissing van een aanbestedende instantie. De verzoekende partij zet niet uiteen hoe deze bepaling zou zijn geschonden, zodat het middel, in de mate dat de schending ervan wordt aangevoerd, niet ontvankelijk is.

8. Het komt aan de aanbestedende overheid toe om de technische specificaties in het bestek vast te stellen en deze te interpreteren. Het is immers zij die haar behoeften bepaalt.

Zoals hiervoor geciteerd *sub* 3.5., vereist het bestek onder punt 2.1.2 dat het regelsysteem voor de aanpassing van de maat geen draad als onderdeel bevat. De verzoekende partij ontkent niet dat het regelsysteem van de door haar aangeboden helm een draad als onderdeel bevat.

9. De interpretatie die de verzoekende partij aan de betrokken besteksbepaling geeft, op grond van het verslag van de informatievergadering van 5 september 2018, dat een draad die een gebruiker niet kan verwonden, wél zou zijn toegelaten, lijkt op het eerste gezicht niet te kunnen worden bijgevalen.

Het verbod op de aanwezigheid van een draad als onderdeel van het regelsysteem is in voornoemde besteksbepaling –waarvan de wettigheid op zich niet lijkt te worden betwist– algemeen en duidelijk geformuleerd. De vraag van de verzoekende partij van 19 september 2018 of haar interpretatie dat “het BOA systeem is toegestaan”, correct is, is op geen enkel ogenblik bevestigd.

Voorts lijkt van de verzoekende partij minstens te mogen worden verwacht dat zij, wanneer zij in het licht van haar interpretatie van de betreffende besteksbepaling toch een helm aanbiedt waarvan het regelsysteem een draad als onderdeel bevat, bij haar offerte voldoende documentatie voegt op grond waarvan de aanbestedende overheid terdege kan onderzoeken of de draad de gebruiker al dan niet kan verwonden. De verzoekende partij verwijst weliswaar naar rapporten gevoegd bij haar offertedossier waaruit zou blijken dat “de helmen

voldoen aan alle kwalificaties”, zonder deze evenwel concreet toe te lichten en te betrekken op de in geding zijnde besteksbepalings. Het lijkt bijgevolg alsdan niet aan de aanbestedende overheid toe te komen om bijkomend te onderzoeken of de draad als onderdeel van het regelsysteem de gebruiker kan verwonden vooraleer te beslissen over de besteksconformiteit.

Bovendien lijkt het betoog van de verzoekende partij in haar verzoekschrift en ter zitting dat geen schadegeval bekend zou zijn waarbij de door haar aangeboden helm een gebruiker zou hebben verwond, op het eerste gezicht de overweging in de bestreden beslissing dat er een risico op “irritaties, krassen en zelfs snijwonden in de oren” kan bestaan, niet ondeugdelijk te maken.

De verzoekende partij lijkt ten slotte tevergeefs te verwijzen naar de omstandigheid dat de door haar aangeboden helm in 2016 wel zou zijn aanvaard voor gebruik door de speciale interventie-eenheid van de federale politie. Het bestek voor laatstbedoelde opdracht bevatte vooreerst geen dergelijke bepaling dat het regelsysteem geen draad als onderdeel mag bevatten. Het lijkt een aanbestedende overheid voor het overige toegestaan op grond van voortschrijdende inzichten andere technische vereisten in opeenvolgende bestekken op te nemen.

10. Uit al het voorgaande volgt dat de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aantoont dat de motieven van de beslissing om de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig te verklaren, ontoereikend zijn, noch dat het aldus handelen van de aanbestedende overheid als strijdig met het zorgvuldigheids- of rechtszekerheidsbeginsel dient te worden beschouwd.

Het enig middel is niet ernstig.

VII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van MSA France tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

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

Patricia De Somere,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Patricia De Somere