

Nederlandse tekst (titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973).

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

Nr. 69.850 van 26 november 1997

A. 45.184/VI-10.313

- In zake :
1. **de vennootschap naar Frans recht "Société de construction de lignes électriques",**
 2. **de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid "Alex SNACKEN",**
 3. **de naamloze vennootschap "ENGEMA - FERBECO",**

samen verenigd in :

**de aannemerscombinatie
"S.C.L.E. - SNACKEN - ENGEMA-
FERBECO",**

die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. Marc SENELLE, advocaat,
Terhulpesteenweg 110,
1050 Brussel,

tegen :

de Regie der Luchtwegen.

DE RAAD VAN STATE, VIe KAMER,

Gezien het op 18 oktober 1991 ingediende verzoekschrift, waarbij de vennootschap naar Frans recht "Société de construction de lignes électriques", de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid "Alex SNACKEN" en de naamloze vennootschap "ENGEMA-FERBECO", samen verenigd in de aannemerscombinatie

"S.C.L.E. - SNACKEN - ENGEMA-FERBECO", de nietig-verklaring vorderen van "de op 20 september 1991 ter kennis van de verzoekende partijen gebrachte beslissing d.d. 6 augustus 1991, waarbij Minister Jean-Luc DEHAENE de opdracht betreffende de levering en de installatie van het bebakeningsmateriaal voor de luchthaven van Brussel-Nationaal - bestek TW/5-1990, algemene offerteaanvraag van 8 maart 1991, gunt aan de aannemerscombinatie "ABAY TS - GAZEL - PUTMAN";

Gelet op arrest nr. 38.386 van 20 december 1991, waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van die beslissing wordt afgewezen;

Gezien de regelmatig uitgewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag van de heer THIBAUT, adjunct-auditeur bij de Raad van State;

Gelet op de beschikking van 23 mei 1997, waarbij de neerlegging van het dossier en het verslag ter griffie wordt gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 17 september 1997, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij wordt bepaald dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 8 oktober 1997, de datum waarop de zaak tot de terechtzitting van 29 oktober 1997 is uitgesteld;

Gehoord het verslag van de heer HANSE, staatsraad;

Gehoord de opmerkingen van Mr. SENELLE, advocaat, die voor de verzoekende partijen verschijnt, en van de heer F. ENCH FAMENNE, adjunct-rechtskundig adviseur, die voor de verwerende partij verschijnt;

Gehoord het eensluidend advies van de heer DEROUAUX, eerste auditeur bij de Raad van State;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat de volgende feiten dienstig zijn voor het onderzoek van het beroep :

1. In het Bulletin der aanbestedingen van 18 januari 1991, onder het nummer 211, doet de Regie der Luchtwegen een algemene offerteaanvraag volgens bestek TW/5 - 1990 voor werken betreffende de levering van bebakeningsmateriaal voor de uitbreiding van de luchthaven Brussel-Nationaal.

2. Op 8 maart 1991, bij de opening van de inschrijvingen, worden vijf offertes ontvangen, waaronder die van de door de verzoekende partijen gevormde aannemerscombinatie voor een bedrag van 223.807.996 frank, en die van de aannemerscombinatie ABAY TS - GAZEL - PUTMAN, voor een bedrag van 260.353.577 frank. Beide aannemerscombinaties doen bovendien een aanvullende offerte.

3. Op 18 april 1991 stelt de N.V. BEVAC, die met de analyse van de inschrijvingen is belast, een verslag op waaruit blijkt dat :

- alleen de bakens die de beide aannemerscombinaties in hun aanvullende offerte aanbieden, aan de kwaliteits-eisen van het bestek beantwoorden;

- de door de verzoekende partijen gevormde aannemerscombinatie niet over de vereiste erkenning beschikt;
- getwijfeld wordt of de aanvullende offerte van de verzoekende vennootschappen aan de criteria garanties betreffende bevoorrading en vestigingsplaats van de klantenservice voldoet;
- wordt voorgesteld de opdracht toe te wijzen aan de aannemerscombinatie ABAY TS -GAZEL - PUTMAN voor haar aanvullende offerte.

4. Op 22 april 1991 verklaart de dienst "Elektriciteit" van de luchthaven van Zaventem (directie infrastructuur van de Regie der Luchtwegen) zich akkoord met de conclusie van de N.V. BEVAC en stelt die dienst eveneens voor de opdracht toe te wijzen aan de aannemerscombinatie ABAY TS - GAZEL - PUTMAN voor haar aanvullende offerte.

5. Op 24 mei 1991 vraagt de directeur-generaal van het departement infrastructuur en luchthavenbeheer aan de N.V. S.C.L.E. om overeenkomstig artikel 17 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten binnen vijftien dagen de "bewijskrachtige inlichtingen, getuigschriften of garanties" te bezorgen op basis waarvan er van uit kan worden gegaan dat die onderneming erkend is in categorie P2 van klasse 8 en om duidelijkheid te scheppen over het gunningscriterium garanties betreffende de bevoorrading en vestigingsplaats van de klantenservice.

6. Op 14 juni 1991 zendt de N.V. S.C.L.E. in antwoord op dat verzoek een reeks gegevens betreffende haar economische en sociale situatie (probleem om er van uit te gaan dat zij de vereiste erkenning geniet). Wat de garanties betreffende bevoorrading en vestigingsplaats van de klantenservice betreft, geeft zij voorts

aan dat voor de voorraad en de klantenservice zal worden gezorgd door de in Zaventem gevestigde leverancier, wat de bakens betreft, en door de Belgische vennoten, wat de andere onderdelen betreft.

7. Op 3 juli 1991 deelt de voorzitter van de Commissie voor erkenning der aannemers (Ministerie van Verkeer en Infrastructuur) de N.V. ENGEMA-FERBECO mee dat de Commissie een gunstig advies heeft gegeven over haar erkenning, inzonderheid in klasse 8, en voor ondercategorie P2.

8. Op 23 juli 1991 stelt de administrateur-generaal van de Regie der Luchtwegen een gunningsdossier op ter attentie van de Minister van Verkeerswezen. Hij stelt daarin dat de N.V. S.C.L.E. dezelfde garanties biedt als die welke in België worden geëist. Hij stelt dan ook voor de opdracht te gunnen aan de aannemerscombinatie S.C.L.E. - SNACKEN - ENGEMA-FERBECO voor haar aanvullende offerte op basis van zowel de gunningscriteria als de door de N.V. S.C.L.E. geboden garanties, aangezien hij had vastgesteld dat die offerte meer dan 32 miljoen frank lager lag dan die van de aannemerscombinatie ABAY TS - GAZEL - PUTMAN.

9. Op 29 juli 1991 erkent het Ministerie van Verkeer en Infrastructuur de N.V. ENGEMA-FERBECO in klasse 8, onder andere voor ondercategorie P2. Dat is de vereiste erkenning om voor de omstreden opdracht in aanmerking te kunnen komen.

10. Op 6 augustus 1991 brengt de inspecteur van financiën veel kritiek uit op het aanbestedingsverslag, dat hij als summier bestempelt, en brengt hij een gunstig advies uit over de gunning van de opdracht aan de aannemerscombinatie S.C.L.E. - SNACKEN - ENGEMA-FERBECO. Wat de kwestie van de erkenning

betreft, wijst hij erop dat de N.V. ENGEMA-FERBECO de erkenning zou hebben gekregen en dat zulks volstaat om de offerte met het bestek in overeenstemming te brengen.

11. Op diezelfde zesde augustus 1991 beslist de Minister van Verkeerswezen en Institutionele Hervormingen de opdracht toe te wijzen aan de aannemerscombinatie ABAY TS - GAZEL - PUTMAN.

Die beslissing luidt als volgt :

" Nota voor de Heer Administrateur van de Regie der Luchtwegen.

Betreft :

Leveren en plaatsen van bebakeningsmateriaal op de luchthaven Brussel-Nationaal.

Uw nota EX/I/WA/W/01.6.19/16 dd. 23.07.91

Hierbij deel ik de Regie der Luchtwegen mede dat ik,

- gelet op het negatief advies van de Erkenningcommissie van Openbare Werken;
- gelet op het feit dat, op het ogenblik van de offerteaanvraag, geen enkele van de Belgische firma's van de voorgestelde tijdelijke vereniging erkend was of het bewijs had geleverd een erkenningsaanvraag te hebben ingediend (zie K.B. dd. 9.08.82 - hfst.5 art.10, par.3 en M.B. van 13.08.82, hfst. 2, art.6, par.1), voor de uitvoering van werken van de specialisatie en belang, zoals deze die het voorwerp hebben uitgemaakt van de algemene offerteaanvraag en dat deelneming van een Europese onderneming, zelfs als deze verondersteld wordt aan deze criteria te beantwoorden, deze toestand niet kan valideren;
- gelet op het feit dat de RLW geen melding maakt van de andere gunningscriteria, die evenwel op gelijke voet staan als de prijs;
- overwegende dat inderdaad uit het "Verslag bij de aanbesteding" van het studiebureau BEVAC blijkt dat o.m. voor de voorgestelde inschrijver geen duidelijke beoordeling kan gegeven worden inzake het gunningscriterium "Lokalisatie naverkoop"; dat dit verslag volledig werd onderschreven door de Dienst Electriciteit op de luchthaven, waaruit duidelijk kan worden afgeleid dat voormeld criterium m.b.t. de naverkoop voor het later onderhoud van groot belang is;

beslist heb de werken voor het leveren en plaatsen van bebakingsmateriaal op de luchthaven Brussel-Nationaal toe te kennen, overeenkomstig het voorstel van het studiebureau, aan de T.V. ABAY TS - GAZEL - PUTMAN "oplossing optie" tegen de prijs van 302.842.100,- BEF (excl. BTW)".

Dat is de bestreden beslissing;

Overwegende dat de verzoekende vennootschappen een eerste middel ontleen aan "schending van artikel 14 van de wet van 14 juli 1976 en van artikel 44 van het K.B. van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten"; dat ze betogen dat de redenen om hun offerte af te wijzen, zoals die uit de gemotiveerde beslissing van 6 augustus 1991 blijken, niet goed gefundeerd en dus ongegrond zijn; dat ze, in een eerste onderdeel en met betrekking tot de kwestie van de erkenning, benadrukken dat de erkenning pas vereist is wanneer de opdracht wordt gegund en niet wanneer de offertes worden ingediend; dat ze erop wijzen dat de N.V. ENGEMA-FERBECO op 29 juli 1991 de vereiste erkenning heeft gekregen; dat ze in een tweede onderdeel en met betrekking tot het criterium garantie betreffende bevoorrading en vestigingsplaats van de klantenservice erop wijzen dat ze bij hun offerte "een organigram hebben gevoegd waarvan het opschrift duidelijk vermeldt "Directie Zetel, Venetiëstraat 76, 1050 Brussel" en waaronder de volgende tekst stond "Tijdens de waarborgperiode zal een volledig team zich ter beschikking van de inrichting houden om, na een oproep, binnen 60 minuten te kunnen antwoorden en reageren"; dat ze voorts benadrukken dat S.C.L.E. in antwoord op een brief d.d. 24 mei 1991 van het bestuur, op 14 juni aan dat bestuur het volgende heeft geschreven : "voor bevoorrading en klantenservice zorgen onze Belgische vennoten op basis van een voorraad reserveonderdelen, wat de basisofferte betreft. Als u voor de variant kiest, zal voor de

voorraad en de klantenservice worden gezorgd door onze in Zaventem gevestigde leverancier"; dat ze ten slotte de nadruk leggen "op het feit dat SNACKEN al meer dan 15 jaar met succes op de luchthaven van Zaventem actief is" en dat ze het bestuur daaraan in hun brief van 3 juni 1991 hebben herinnerd;

Overwegende dat de verwerende partij op het eerste onderdeel antwoordt door te citeren uit de uitleg die ze dienaangaande heeft moeten geven aan de Europese Gemeenschappen, die haar over de gunning van de opdracht in kwestie vragen hadden gesteld; dat ze inzonderheid het volgende heeft geschreven :

" De beslissing die in deze zaak is genomen, is het resultaat van een grondige vergelijking van de offertes op basis van de in het bestek vermelde criteria, welke criteria alle dezelfde waarde hebben, en zulks ongeacht het door de Commissie opgeworpen probleem inzake de vereiste erkenning. In casu is het criterium klantenservice doorslaggevend geweest; er behoeft nauwelijks te worden benadrukt hoe belangrijk de eisen terzake zijn voor een overheidsopdracht betreffende veiligheidsuitrustingen van die aard. De voornoemde aannemerscombinatie (die van de verzoekende vennootschappen) had in haar offerte geen enkel gegeven betreffende dat criterium vermeld, wat naderhand niet aangevuld of rechtgezet kon worden.

De eis dat de Belgische vennoten de nodige technische capaciteiten dienden te bezitten, was gewettigd doordat het wel om een opdracht voor aanneming van werken en niet om een opdracht voor aanneming van leveringen ging, waarbij het eigenlijke gebruik van het materiaal in het onderhavige geval van essentieel en niet van bijkomstig belang was. Mocht de offerte van de aannemerscombinatie in kwestie ontvankelijk zijn geweest wat het criterium "klantenservice" betreft, dan had men voor de Franse vennootschap wellicht alternatieve bewijzen in aanmerking kunnen nemen (...);

Overwegende dat de verwerende partij, wat het tweede onderdeel betreft, antwoordt dat de verzoekende vennootschappen niet voldeden aan het criterium garantie betreffende bevoorrading en vestigingsplaats van de klantenservice; dat zij in dit

verband aanvoert dat "de vermelding van de directie van de zetel (te 1050 Brussel) geenszins een passende bepaling van de vestigingsplaats van de klantenservice inhoudt" en dat "de offerte alleen een vermelding betreffende de waarborgperiode bevatte", wat "geenszins overeenstemt met de minimale vereisten voor een passende klantenservice"; dat zij betoogt dat zij geen rekening mocht houden met de "precisering" die de verzoekende vennootschappen in hun brief d.d. 14 juni 1991 hebben gegeven, aangezien zij in die brief de inhoud van hun offerte niet hebben gepreciseerd in de zin van artikel 44 van het koninklijk besluit van 22 april 1977, maar daar wel een niet in de offerte vervat gegeven aan hebben toegevoegd, dat als zodanig niet in aanmerking mocht worden genomen; dat zij daarop laat volgen dat, zelfs als zij daarmee rekening had gehouden, het door die "precisering" geboden antwoord onvoldoende bleef, aangezien "de in Zaventem gevestigde leverancier (ADB) niets zou ondernemen voor de transformatoren en de spanningsregelaars, wat daarentegen wel het geval was met de offerte van de gekozen aannemerscombinatie";

Overwegende dat in het middel kritiek wordt geleverd op de motivering van de bestreden handeling; dat de gemotiveerde beslissing van 6 augustus 1991 twee grieven bevat, de ene betreffende het probleem van de erkenning, de andere betreffende het probleem van de vestigingsplaats van de klantenservice; dat erop behoort te worden gewezen dat de bestreden beslissing niet preciseert tegen welke inschrijver of inschrijvers die grieven worden geuit : de grief in verband met de erkenning wordt aangevoerd tegen "de voorgestelde tijdelijke vereniging" en die in verband met de vestigingsplaats van de klantenservice wordt ingebracht tegen "de voorgestelde inschrijver", terwijl verscheidene aannemerscombinaties ingeschreven hadden en er in de gemotiveerde beslissing geen enkele geciteerd

wordt voordat verwezen wordt naar de woorden "de voorgestelde tijdelijke vereniging"; dat de gemotiveerde beslissing niet voldoet aan de vereisten van het in het middel vermelde artikel 44 van het koninklijk besluit van 22 april 1977, doordat ze bepaalde grieven uit ten aanzien van een onvoldoende bepaalde inschrijver;

Overwegende bovendien dat de grief betreffende de vestigingsplaats van de klantenservice "o.m. voor de voorgestelde inschrijver" geldt, terwijl niet wordt vermeld wie die andere inschrijvers zijn; dat, gesteld dat "de voorgestelde inschrijver" duidt op de door de verzoekende vennootschappen gevormde aannemerscombinatie, uit de gemotiveerde beslissing (o.m.) blijkt dat andere inschrijvers evenmin aan dat gunningscriterium voldeden; dat de gemotiveerde beslissing niet voldoet aan de vereisten van het in het middel vermelde artikel 44 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 doordat ze niet aangeeft wie die andere inschrijvers zijn en niet stelt dat de aannemerscombinatie waaraan de opdracht is toegewezen, de aannemerscombinatie ABAY TS - GAZEL - PUTMAN, wél aan dat criterium voldoet;

Overwegende voorts, wat het eerste onderdeel betreft, dat het antwoord van de verwerende partij op dat middel in meer dan één opzicht vatbaar is voor kritiek; dat men in de eerste plaats de waarheid geweld aandoet wanneer men te kennen geeft dat de kwestie van de erkenning van de verzoekende vennootschappen niet doorslaggevend was voor de bestreden beslissing en dat het criterium betreffende de klantenservice in feite "beslissend" is geweest; dat de kwestie van de erkenning immers een van de beide motieven van de gemotiveerde beslissing van 6 augustus 1991 is; dat het overigens tegenstrijdig is enerzijds in de gemotiveerde beslissing te stellen dat "de deelname van een Europese

onderneming, zelfs als ze geacht kan worden aan die criteria te beantwoorden, die situatie niet kan wettigen" en anderzijds in het antwoord aan de Europese Gemeenschappen te beweren dat "mocht de offerte (van de verzoekende vennootschappen) ontvankelijk zijn geweest wat het criterium "klantenservice" betreft, ... men voor de Franse vennootschap wellicht alternatieve bewijzen in aanmerking (had) kunnen nemen (...)"

Overwegende, wat de grond van het eerste onderdeel van het middel zelf betreft, dat uit de bewoordingen van de besluitwet van 3 februari 1947 houdende regeling van de erkenning der aannemers en uit het daaraan voorafgaande verslag aan de Regent, blijkt dat de erkenning pas vereist is wanneer de opdracht wordt toegewezen en niet reeds wanneer de offerteaanvraag wordt gedaan; dat vaststaat dat bij de toewijzing van de opdracht één van de verzoekende vennootschappen, de N.V. ENGEMA-FERBECO over de vereiste erkenning beschikte, aangezien het Ministerie van Verkeer en van Infrastructuur haar die op 29 juli 1991 had toegekend; dat die erkenning van één enkele van de vennoten in de aannemerscombinatie, van welke erkenning de verwerende partij niet onkundig kon zijn, al was het maar omdat de inspectie van Financiën daarnaar in haar verslag van 6 augustus 1991 had verwezen, voldoende was om de grief die op het ontbreken ervan steunde, op te heffen overeenkomstig artikel 7 van de besluitwet van 3 februari 1947; dat het middel, wat dit eerste onderdeel betreft, gegrond is;

Overwegende, wat het tweede onderdeel betreft, dat het in het bestek vermelde criterium als volgt was gesteld : "... zal er rekening worden gehouden (...) met de waarborg van de bevoorrading en de lokalisatie van de 'naverkoopdienst'"; dat dit criterium

echter diende te worden gezien in het licht van andere bepalingen van hetzelfde bestek :

- Artikel 15, punt 12, van de administratieve bepalingen (bij de inschrijving te voegen bescheiden) (bladzijde A-10 van het bestek) :

" De inlichtingen betreffende het personeel en de technische middelen waarover de inschrijver beschikt om onderhavige opdracht tot een goed einde te brengen en om het onderhoud en de herstelling van het geïnstalleerde materieel gedurende de waarborgperiode te verzekeren."

- Artikel 19, § 2, van de administratieve bepalingen (bladzijden A-22 en A-23 van het bestek) :

" Tijdens de waarborgperiode zorgt de aannemer voor het onderhoud en de herstelling van de uitrusting.
(...)

1. (...)

De aannemer verbindt er zich toe, gedurende de ganse waarborgperiode, alle kosten op zich te nemen voor onderhoud en herstelling, evenals de kosten voor levering, plaatsing en aansluiting van wisselstukken ter vervanging van defecte of normaal versleten uitrustingsonderdelen.
(...)

2. Gedurende de waarborgperiode zal de aannemer gehoor geven aan elke oproep door de R.L.W. voor herstellingswerkzaamheden.
(...)

5. Interventieprocedure

Tijdens de waarborgperiode zal de aannemer onmiddellijk verwittigd worden van het voordoen van een incident in de uitrustingen.
(...)"

Overwegende dat de verzoekende vennootschappen in de bij hun inschrijving gevoegde "inlichtingen" onder een organigram waarin de directie van de zetel, Venetiëstraat 76 te 1050 Brussel, stond aangegeven, de volgende vermelding hebben aangebracht :
"Tijdens de waarborgperiode zal een volledig team zich ter beschikking van de inrichting houden om, na een oproep, binnen 60 minuten te kunnen antwoorden en reageren";

Overwegende dat de verzoekende vennootschappen, gelet op de bijzondere eisen van het bestek betreffende de problemen van onderhoud en herstelling tijdens de waarborgperiode en bij ontstentenis van enige nadere precisering van het gunningscriterium, er van uit konden gaan dat dit criterium vooral van belang was tijdens de waarborgperiode en dan ook de nadruk konden leggen op de maatregelen die genomen zouden worden om tijdens die periode aan de in het bestek opgelegde verplichtingen te voldoen; dat het tegen de offerte van de verzoekende vennootschappen ingebrachte verwijt dat ze alleen "een vermelding betreffende de waarborgperiode bevatte", dan ook ongegrond is; dat de verwerende partij hoe dan ook niet betwist dat ze bij brief d.d. 14 juni 1991 van de verzoekende vennootschappen de dienstige preciseringen heeft ontvangen; dat als zij van oordeel was dat zij vanwege een motief omtrent het recht met die preciseringen geen rekening kon houden, zij dat in de gemotiveerde beslissing van 6 augustus 1991 diende aan te geven en niet in haar processtukken voor de Raad van State; dat als zij die preciseringen ontoereikend achtte, doordat ADB, de in Zaventem gevestigde leverancier van het materiaal, niets zou ondernemen voor de transformatoren en de spanningsregelaars, zij dat eveneens in diezelfde gemotiveerde beslissing diende aan te geven en niet alleen in haar processtukken; dat als alleen rekening wordt gehouden met de motieven in de gemotiveerde beslissing, de enige motieven waar acht op geslagen mag worden, ook het tweede onderdeel van het middel gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing d.d. 6 augustus 1991 waarbij de Vice-Eerste Minister, Minister van Verkeerswezen en Institutionele Hervormingen de opdracht betreffende de levering en de installatie van het bebakeningsmateriaal voor de luchthaven Brussel-Nationaal (algemene offerteaanvraag van 8 maart 1991 bestek - TW/5-1990) gunt aan de aannemerscombinatie ABAY TS - GAZEL - PUTMAN.

Artikel 2.

De kosten, bepaald op twaalfduizend frank, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van de VIe kamer van de Raad van State, op zesentwintig november 1990 zevenennegentig door :

de HH.	CLOSSET,	kamervoorzitter,
	HANSE,	staatsraad,
	LEWALLE,	staatsraad,
Mevr.	NOTEBAERT,	griffier.

De Griffier,

De Voorzitter,

Chr. NOTEBAERT.

Ch. CLOSSET.

VERTALING OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 63,
EERSTE LID, VAN DE WETTEN OP DE RAAD
VAN STATE, GECOÖRDINEERD OP 12 JANUARI 1973.