

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 90.761 van 14 november 2000
in de zaak A. 92.333/XII-2622.**

In zake : de NV VCM BELGIUM,
die woonplaats kiest bij
advocaat bij het Hof van Cassatie
J. VERBIST,
en advocaat D. DE KEUSTER,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Brederodestraat 13

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de
minister van Landsverdediging.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV VCM op
31 mei 2000 heeft ingediend om de schorsing te vorderen
van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van de
Belgische Staat waarbij de Krijgsmacht -dienst generale
staf, algemene aankoopdienst besluit tot de niet-gunning
van de algemene offerte-aanvraag betreffende de aankoop
van 20 laadschoppen (bestek SAMA 816510-2)";

Gezien het op dezelfde dag ingediende
verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partij de
vernietiging vordert van dezelfde beslissing;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door eerste
auditeur J. STEVENS;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan
partijen;

Gelet op de beschikking van 28 september 2000 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 10 oktober 2000;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. VERBIEST;

Gehoord de opmerkingen van advocaat D. DE KEUSTER, die verschijnt voor de verzoekende partij en van adjunct-adviseur M. BAUMANS, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. STEVENS;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de feiten dienstig voor de beoordeling van de vordering tot schorsing de volgende zijn :

1.1. De verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een opdracht betreffende de aankoop van twintig laadschoppen.

1.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 17 september 1999 en in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen op 21 september 1999.

1.3. In bijlage A bij het bestek wordt vermeld hetgeen volgt :

"I-1. GEBRUIK VAN HET MATERIEEL

De laadschop op wielen zal gebruikt worden voor het verplaatsen en laden van losse materialen en vaste gehelen.

(...)

I-2. BESCHRIJVING VAN HET MATERIEEL

2.1. Algemene karakteristieken

(...)

2.1.2. Mogelijkheden

(...)

Het tuig moet in kalm water tot een diepte van 0,9 m kunnen werken zonder dat door insijpelen van water er pannes kunnen optreden.

2.1.3. Verplaatsingsmogelijkheden

(...)

Met volle bak (2,5 ton) moet de laadschop op een dwarshelling kunnen rijden van 20 % en een helling van 50 % kunnen nemen in vooruit en een helling van 20 % in achteruit.

(...)

II-2. BAK

2.1. (...)

De bak zal een capaciteit hebben van minimum 2,3 m³ (opgehoopt).

(...)"

1.4. Met een brief van 23 september 1999 vraagt de verzoekende partij preciseringen bij deze voorschriften. Onder meer wordt naar de reden gevraagd waarom de transportcapaciteit tot 2,5 ton in de laadbak wordt beperkt terwijl deze over een minimum volume van 2,3 m³ moet beschikken en een gewicht tot 4,370 ton kan bevatten.

Bij faxbericht van 27 september 1999 wordt geantwoord, onder meer dat het voormelde voorschrift de exacte wens uitdrukt van het bestuur.

1.5. Op 13 oktober 1999 worden de offertes geopend. Er blijken vijf offertes te zijn ontvangen, waaronder deze van de verzoekende partij.

1.6. De evaluatiecommissie verklaart in haar verslag van 1 december 1999 enkel de offerte van de

verzoekende partij technisch regelmatig, en dit in de volgende bewoordingen :

"(...)

5. Dans la configuration explicitée ci-avant, les engins présentés dans les offres doivent pouvoir évoluer avec une charge de 4,37 T, soit un godet de 2,3 m³ avec des matériaux d'une densité de 1,9. Cette densité correspond à la densité supérieure des matériaux rencontrés sur les chantiers.

(...)

6. Il est évident qu'une inadéquation entre la capacité minimale exigée du godet et la capacité de la machine existe pour 4 firmes. De ce fait, la commission recommande de NE PAS accepter les offres ne présentant pas les garanties suffisantes de sécurité".

In het toewijzigingsverslag van 6 december 1999 wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de verzoekende partij.

1.7. Op 14 december 1999 geeft de Inspecteur van Financiën echter het volgende ongunstig advies :

"De inspectie van Financiën trekt de aandacht op de kwestie van de eis van een densiteit van 1,9t/m³ (1900 kg/m³) in het kader van de technische non-conformiteit. Cfr. o.m. fax nr. 19198 d.d. 10 december 1999 van de voorzitter van de evaluatie-commissie : 'Dans le rapport d'évaluation la non conformité des offres est basée principalement sur la densité des matériaux qui seront manipulés par ces engins'. Voor de argumentatie van het departement in dit verband wordt verder verwezen naar deze fax en het punt 6.2 van het gunningsverslag. (...)

De Inspectie doet echter opmerken dat deze eis niet als dusdanig in het bestek vermeld werd door het departement, hetgeen aanleiding gegeven heeft tot onduidelijkheid en grotendeels niet-conforme offertes. Cfr. de faxen d.d. 25 november 1999 met vragen en vermelding van deze 1900 kg/m³, die door de administratie na de opening van de offertes werden overgemaakt, en de antwoorden van de firma's : o.m. de brief d.d. 29 november 1999 van de firma Luyckx en de brief d.d. 30 november 1999 van de firma Bestmat (risico van beroep bij de Raad van State). Uit deze stukken kan afgeleid worden dat meer dan één firma aan deze eis had kunnen voldoen en dat deze onduidelijkheid aanleiding gegeven heeft tot een beperking van de concurrentie, d.i. één van de

basisprincipes van de wetgeving op de overheidsopdrachten.

Gelet op het bovenstaande dient de Inspectie van Financiën een ongunstig advies te formuleren m.b.t. het voorliggende voorstel van gunning. Met toepassing van artikel 18 van de wet van 24 december 1993 kan de procedure herbegonnen worden met een verbeterd bestek en met het oog op meer concurrentie".

1.8. De Minister van Landsverdediging beslist de opdracht niet toe te wijzen, met toepassing van artikel 18 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. Met een aangetekende brief van 3 april 2000 wordt dit aan de verzoekende partij medegedeeld. Dit is de bestreden beslissing.

Bij brief van 10 april 2000 wordt de gemotiveerde beslissing medegedeeld. Daarin is vermeld dat de opdracht niet is gegund

- "- Aangezien in het bestek de densiteit van de losse materialen niet expliciet werd vermeld;
- aangezien de interpretatie die door meerdere inschrijvers werd gegeven aan de bepalingen van het bestek tot niet-conformiteiten heeft geleid;
- aangezien ten gevolge van voorgaande, materiaal werd aangeboden die niet aan de behoeften van de Administratie beantwoordt, waardoor de concurrentie niet ten volle heeft kunnen spelen en aldus de gelijkheid van de inschrijvers werd geschaad";

2. Over de grondvoorwaarden tot schorsing.

2.1. Overwegende dat krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden

beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

2.2. Overwegende, wat de eerste voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij een eerste middel als volgt verwoordt :

"schending van artikel 18 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten

doordat, de verwerende partij zich beroept op artikel 18 van de Overheidsopdrachtenwet om de opdracht niet te gunnen en opnieuw de opdracht aan te besteden;

terwijl, artikel 18 van de Overheidsopdrachtenwet inderdaad de wettelijke mogelijkheid voorziet om een opdracht niet te gunnen, doch deze beslissing moet steunen op rechtsgeldige motieven en deze rechtsgeldige motieven hier niet aanwezig zijn;

zodat, artikel 18 van de Overheidsopdrachtenwet is geschonden";

dat zij daarbij nader betoogt hetgeen volgt :

"Het normale gebruik van laadschoppen is het verplaatsen van 'zand'. Laadschoppen zijn immers graafwerktuigen. Dit is des te duidelijker in deze opdracht vermits het laadschoppen betreft voor de genie van het Belgisch leger. Er kan niet in redelijkheid worden voorgehouden dat deze laadschoppen voor andere losse materialen zou worden aangewend dan voor zand. Het feit daarenboven diende rekening te worden gehouden met 'nat zand' waarvan de densiteit (soortelijk gewicht) nog iets hoger dan droog zand, blijkt duidelijk uit het bestek waarin wordt vermeld dat de laadschoppen in kalm water met een diepte van 90 centimeter moeten kunnen worden ingezet. Daarenboven zal bij alle graafwerken rekening moeten worden gehouden met nat zand omwille van het grondwater. Bij het bepalen van de kiplast van de bak kon dan ook in redelijkheid met geen andere densiteit rekening worden gehouden dan met deze van nat zand.

Het feit dat het koninklijk besluit van 5 mei 1995 een beperking van 50% oplegt van de kiplast is enerzijds een reglementaire verplichting en anderzijds in de 'markt' algemeen bekend.

Er kon dus in redelijkheid geen machine aangeboden worden waarvan de kiplast minder bedroeg dan 8,740 ton. Dit wordt bevestigd door het feit dat de offerte van verzoekende partij als 'regelmatig' werd beschouwd. Het motief aangehaald in de gemotiveerde

beslissing namelijk dat de densiteit van de losse materialen niet expliciet in het bestek werd vermeld en dat dit heeft aanleiding gegeven tot niet-conforme inschrijvingen, kan dan ook onmogelijk als een rechtsgeldig motief worden weerhouden";

2.3. Overwegende dat over de feitelijke juistheid van de in het geding zijnde motieven geen betwisting lijkt te bestaan; dat de verzoekende partij immers niet tegenspreekt dat, wat de densiteit van de te verplaatsen materialen betreft, het bestek geen enkele bepaling bevatte; dat evenmin wordt betwist dat de reden van de niet-conformiteit van alle inschrijvers, de verzoekende partij uitgezonderd, het feit was dat de voertuigen volgens de evaluatiecommissie dienden te kunnen bewegen met de laadbak van 2,30 m³ geladen met materialen van een densiteit 1,9; dat echter de inspecteur van financiën en met hem de verwerende partij hebben gemeend dat de evaluatiecommissie niet mocht uitgaan van een densiteit van 1,9 als criterium om offertes technisch niet-conform te verklaren, nu deze densiteit nergens expliciet in het bestek was verduidelijkt; dat de verzoekende partij daarentegen meent dat de evaluatiecommissie daartoe wel gerechtigd was, nu duidelijk uit het bestek zou blijken dat rekening diende te worden gehouden met te verplaatsen "nat zand", een materiaal met hoge densiteit, zoals zijzelf had gedaan; dat zij daaruit afleidt dat de vermeende onduidelijkheid rond de densiteit geen rechtsgeldig motief kon vormen om van de gunning af te zien;

Overwegende dat de verzoekende partij, om een offerte op te stellen die uitging van een materialendensiteit van 1,9, rekening lijkt te hebben gehouden met de bedoeling van de opdracht, de besteksbe-
palingen en hetgeen zij als het normale gebruik van de bedoelde laadschoppen beschouwde; dat deze benadering verdedigbaar lijkt; dat echter de optie van de inspecteur van financiën, overgenomen in de bestreden

beslissing, evenzeer in rechte aanvaardbaar lijkt; dat die zienswijze immers door de volgende elementen kan worden ondersteund : doordat vooreerst het bestek of zijn bijlagen geen expliciete of cijfermatige voorschriften bevatten betreffende de densiteit, voorts in de hoger aangehaalde Nederlandse tekst van de bijlage A, punt I-2.1.3. sprake is van "met volle bak (2,5 ton) ..", wat niet lijkt overeen te komen met de Franse tekst ("avec le godet chargé de 2,5 tonnes...") en aldus uiteenlopende interpretaties van het bestek niet denkbeeldig lijken, waarvan overigens de diverse vragen om verduidelijking getuigen - overigens ook van de verzoekende partij; dat aldus in de huidige stand van de procedure moet worden vastgesteld dat het in het middel bekritiseerde motief een rechtsgeldig motief is dat de beslissing kan verantwoorden; dat het middel niet ernstig is;

2.4. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel schending aanvoert van artikel 3 van de wet 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, luidens welke bepaling de opgelegde motivering "afdoende" moet zijn, terwijl de bestreden beslissing is gemotiveerd met verwijzing naar het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers en dit beginsel hier geen toepassing vindt;

Overwegende dat de vraag rijst of de verzoekende partij wel belang heeft om schending in te roepen van een uitdrukkelijke motiveringsverplichting, nu zij reeds in een ander middel de materiële motieven van de bestreden beslissing heeft bekritiseerd; dat die vraag te dezen echter niet moet worden onderzocht, nu het hier besproken middel zich richt tegen een overweging die, mocht deze al bedoeld zijn als een afzonderlijk motief en niet eerder als een gevolgtrekking uit reeds gegeven motieven, in elk geval

overtollig lijkt; dat immers bij de bespreking van het eerste middel is vastgesteld dat de bestreden beslissing lijkt te kunnen steunen op een motief dat in feite en in rechte aanvaardbaar is, meer bepaald een leemte in het bestek; dat dienvolgens het gegrond bevinden van het tweede middel niet tot vernietiging van de bestreden beslissing lijkt te kunnen leiden; dat het middel niet ernstig is;

2.5. Overwegende dat geen van de middelen ernstig is; dat dienvolgens aan de eerste door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden niet is voldaan; dat die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 2.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare
terechtzitting, op veertien november 2000, door :

de H.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.