

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 124.215 van 14 oktober 2003
in de zaak A. 96.058/XII-2775.**

In zake : het OCMW GENT

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat G. Lambert,
kantoor houdende te Oostende,
Batterijstraat 16.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat het OCMW Gent op 27 september 2000 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “het besluit d.d. 4.08.2000 [...] van de Vlaamse minister van Binnenlandse Aangelegenheden, Ambtenarenzaken en Sport houdende vernietiging van het besluit van de raad van Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Gent van 22 februari 2000 houdende gunning van de levering van los meubilair, perceel 9, voor het welzijnsbureau Nieuw Gent aan de NV Ahrend te Zele voor het bedrag van 6.904.611 BEF, excl. BTW”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 11 februari 2003 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memorie van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 16 juni 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 9 september 2003;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat P. Lagae, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat G. Lambert, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur L. Vermeire;

Gelet op 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 gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. De verzoekende partij schrijft ten behoeve van het welzijnsbureau Nieuw Gent een algemene offerteaanvraag uit voor de levering van “los meubilair-bureaumeubilair” voor.

1.2. Bij de opening van de offertes op 11 januari 2000 blijken twee inschrijvers een offerte te hebben ingediend : de NV Ahrend met een bedrag van 8.354.216 BEF, BTW inbegrepen en de NV Willy De Moor met een bedrag van 6.391.111 BEF, BTW inbegrepen : de raming beliep 8.689.591 BEF, BTW inbegrepen.

1.3. De ontwerpers stellen in hun verslag voor de opdracht toe te wijzen aan de NV Ahrend.

1.4. De raad van de verzoekende partij beslist op 22 februari 2000 de opdracht toe te wijzen aan de NV Ahrend.

1.5. De NV Willy De Moor dient klacht in bij de gouverneur van de provincie Oost-Vlaanderen.

Bij besluit van 2 mei 2000 schorst de gouverneur de uitvoering van het voormelde besluit van 22 februari 2000.

1.6. Op 6 juni 2000 beslist de raad zijn beslissing van 22 februari 2000 te handhaven en te rechtvaardigen op grond van motieven, uiteengezet in een bijgevoegde memorie van toelichting.

In die memorie van toelichting betwist de verzoekende partij de indruk die ontstaan was bij de gouverneur dat een aantal beschrijvingen in het bestek in de richting van één fabricaat wezen. Op uitvoerige wijze wordt betreffende organisatiewand, bureautafel, jaloeziedeurenkast, cafetariastoel, cafetariatafel en RAL-kleur geargumenteed om de voormelde indruk tegen te gaan.

1.7. Bij besluit van 4 augustus 2000 vernietigt de voormelde minister met de bestreden beslissing het besluit van 22 februari 2000 van de raad van verzoekende partij.

Deze beslissing luidt als volgt :

“Overwegende dat de gouverneur onder meer tot schorsing overging om volgende redenen :

'Overwegende dat uit het onderzoek van de besteksbepalingen, her en der beschrijvingen werden opgenomen die zeer expliciet wijzen in één richting van fabricaat; dat meer specifiek met betrekking tot de te leveren artikelen, mn. 1. organisatiewand, 2. bureautafels, 3. trolley, 4. jaloeziedeurkast, 9. cafetariatafel, 10. cafetariastoel, de indruk bestaat dat de mededinging door diverse fabrikanten verstoord, zelfs onmogelijk werd;

dat de maatgeving steevast de exact gevraagde dimensies vermeldt, zonder enige speling toe te laten;

dat voor bepaalde posten (o.a. de trolley) duidelijk gekozen wordt voor een welbepaald RAL-kleur, eigen aan een gamma van een welbepaalde fabrikant; overwegende dat deze werkwijze een schending betekent van artikel 85 van voormeld k.b. van 8 januari 1996, dat stelt dat technische specificaties die bijzondere werkwijzen vermelden, waardoor bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld of uitgeschakeld, niet mogen gebruikt worden, tenzij deze specificaties onontbeerlijk zijn t.o.v. het voorwerp van de opdracht;

Overwegende dat het OCMW als opdrachtgever alsnog werd aangezocht om de indruk, als zou het bestek zich op een bepaalde leverancier/fabrikant, zou oriënteren, te ontcrachten door een lijst op te maken van andere firma's die het gevraagde kunnen leveren;

Dat uit nazicht en steekproefsgewijze onderzoek van de ontvangen lijst en de ingewonnen commentaren van de geraadpleegde firma's gebleken is dat de beschrijving zodanig specifiek is, dat slechts één groep, m.n. Ahrend, kon mededingen';

Overwegende dat de OCMW-raad van Gent in zijn handhavingbesluit van 6 juni 2000 verwijst naar een memorie van toelichting dat bij het handhavingbesluit is gevoegd; dat zij in deze memorie onder meer uiteenzet dat de organisatiewanden, de bureltafels, de jaloeziedeurkasten en de cafetariastoelen kunnen geleverd worden door verschillende leveranciers die met naam worden geciteerd; dat zij voor wat betreft de cafetariastoelen zich beperkt tot het vermelden dat het door de firma De Moor aangeboden niet voldeed aan het bestek en niet in harmonie was met de cafetariastoelen; dat zij, met betrekking tot de ralkleuren, stelt dat het hier een kleuraspect betreft dat bepaald werd uit

het oogpunt van interieuraspecten en het samengaan met het omliggend aluminium schrijnwerk;

Overwegende dat in de bijgevoegde memorie tevens formeel wordt gesteld dat nergens melding gemaakt werd van een fabrikant; dat zij daarentegen wel erkennen dat inderdaad afmetingen werden vermeld maar daaromtrent stellen dat die louter richtinggevend zijn te interpreteren maar dat zij van enige toegelaten speling in dit dossier moeilijk argumenten naar voren kunnen brengen aangezien er maar 2 offerten werden ingediend;

Overwegende dat in de bijgevoegde memorie tevens nog gesteld wordt dat de firma Ahrend, hoewel producent, voor de bureaustoelen en bezoekerstoelen een beroep doet op de firma Wilkhahn hoewel de firma Ahrend zelf stoelen ontwerpt en fabriceert; dat zij hiermee poogt aan te tonen dat er op dat vlak evenmin sprake was van exclusiviteit; dat zij bovendien stelt dat de firma De Moor zelf geen fabrikant is van meubelen maar louter meubelen verdeelt van door hem geselecteerde fabrikanten en derhalve perfect in de mogelijkheid verkeerde voor het geheel aanbiedingen te doen die beantwoorden aan de geest van het bestek om te besluiten dat het niet aan de leverancier toekomt om te bepalen wat de overheid moet aankopen;

Overwegende dat, al deze motieven in het rechtvaardigingsbesluit ten spijt, de argumentatie in het schorsingsbesluit van de gouverneur ten gronde niet weerlegd wordt;

Overwegende dat weliswaar niet alle posten van het bestek in even grote mate naar een specifiek product verwijzen, maar dat wanneer evenwel alle posten van de offerte die aan de noemer exclusief beantwoorden samengeteld worden dit voor gevolg heeft dat de offerte De Moor niet in aanmerking kon komen voor gunning;

Overwegende dat artikel 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten onder meer bepaalt dat technische specificaties die ... bijzondere werkwijzen vermelden waardoor bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld of uitgeschakeld niet mogen gebruikt worden tenzij deze technische specificaties onontbeerlijk zijn t.o.v. het voorwerp van de opdracht;”

1.8. Bij brief van 4 augustus 2000 wordt dat besluit aan de verzoekende partij gezonden;

2. Over de gegrondheid van het beroep.

2.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een eerste middel stelt hetgeen volgt :

“De motivering van het ministerieel besluit laat in het ongewisse welke posten van het bestek, ondanks de rechtvaardiging die verzoeker voegde bij zijn raadsbesluit dd° 06.06.2000, naar oordeel van de Minister nog aan de noemer 'exclusief' beantwoorden. A fortiori preciseert deze motivering niet in welke mate ieder van deze posten naar oordeel van de Minister aan de noemer 'exclusief' bleef beantwoorden. Niet enkel worden de posten die de Minister als 'exclusief' weerhoudt, niet opgesomd, maar bovendien toont de Minister niet aan, noch via een vergelijking van de beschrijving in het bestek met de eigen technische documentatie van de n.v. Ahrend, noch op enige andere manier, in

welke mate en in welk opzicht de beschrijving van het bestek m.b.t. die posten geschreven werd 'op het lijf' van de n.v. Ahrend, zoals wordt gesteld.

Vermits de ministeriële beslissing noch het aantal zgn. 'exclusieve' posten, noch de graad van zgn. 'exclusiviteit' preciseert, laat staan bewijst, is bijgevolg ook niet aangetoond hoe door een zgn. 'cumulatief' effect van deze factoren de offerte De Moor 'niet in aanmerking kon komen voor gunning'.

Vastgesteld moet worden dat verzoeker in de motivering van de bestreden beslissing geen concreet antwoord vindt op de argumentatie die hij voorbracht in de bijlage bij zijn rechtvaardigings- of handhavingsbesluit dd° 06.06.2000. De motivering van het ministerieel besluit is op het vlak van de feiten niet uitgewerkt, niet onderbouwd; het blijft bij een vage, abstracte, algemene affirmatie betreffende een zekere 'exclusiviteit'. Het feit dat de Minister de faktor 'exclusiviteit' niet preciseert en verduidelijkt per post, laat verzoeker niet toe om met nuttig gevolg, doelgericht en ad rem op te komen tegen de beslissing van de Minister, en maakt het ook de Raad van State onmogelijk zijn legaliteitscontrole uit te oefenen”;

2.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord tegenwerpt dat de bewoordingen van het ministerieel besluit houdende vernietiging geen twijfel laten bestaan over het feit dat de Vlaamse minister vooreerst de door de gouverneur van de provincie Oost-Vlaanderen opgesomde artikelen verder onderzocht, dat hij vervolgens nakeek in welke mate de memorie van toelichting eenduidig de opinie van de gouverneur kon doen wijzigen, dat hij duidelijk is in zijn oordeel : hoewel hij de memorie van toelichting uitvoerig bekeek, vindt hij geen enkel antwoord op de argumenten die door de gouverneur werden opgenomen, dat bijgevolg de minister zijn besluit meer dan afdoende motiveert gezien hij de motivering van de gouverneur evenzeer volledig in zijn eigen besluit opneemt, dat de minister in zijn besluit niet de volledige memorie van toelichting bij het raadsbesluit punt per punt dient te beantwoorden, dat een verwijzing naar een beslissing van een adviesorgaan kan volstaan mits dat advies gekend en duidelijk is, dat te dezen de Vlaamse minister dus kan verwijzen naar onder andere de beslissing van de gouverneur, dat weliswaar de Vlaamse minister redenen bijvoegt om ook de bekrachtiging, waarover de gouverneur zich natuurlijk niet uitsprak, en de daarbij gevoegde argumentatie te verwerpen, dat aldus het besluit op zich zekerlijk voldoende is gemotiveerd;

2.3. Overwegende dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord betoogt dat uit de stukken die “thans voor het eerst ter kennis van verzoeker worden gebracht”, meer bepaald het stuk 3 “nota aan de gouverneur”, gevoegd bij de memorie van antwoord, blijkt dat de minister zich voor zijn beslissing gesteund heeft op de motieven van de schorsingsbeslissing van de gouverneur én op een nota van 26 april 2000 van de 3e directie, dienst 35 “Lokale Besturen :

overheidsopdrachten en patrimonium” van de provincie Oost-Vlaanderen, waaruit ook de gouverneur zijn motivering geput heeft; dat deze nota op haar beurt verwijst naar een technisch verslag van dienst 31 van hetzelfde provinciebestuur, verslag waaruit deze nota een passus aanhaalt, maar dat niet wordt overgelegd, dat dezelfde dienst 31 “steekproefsgewijze” contact zou hebben genomen “met enkele van de aangeduide leveranciers” die vermeld waren op de lijst die de verzoekende partij aan het provinciebestuur bezorgd had, dat nergens uit blijkt welke ondernemingen werden gecontacteerd, welke vragen precies gesteld werden en wat ieder van hen precies geantwoord heeft, dat dienst 35 enkel aangeeft hetgeen dienst 31 uit deze informatie als algemene “indruk” heeft onthouden : “De algemene commentaar van deze informanten was dat de beschrijving zodanig specifiek is dat slechts een groep (met name werd Ahrend genoemd) kan mededingen”, dat, waar geen concrete, objectieve gegevens worden aangebracht in dit verslag, doch slechts een samenvattende veralgemening onder de vorm van een “algemene commentaar”, de verzoekende partij in de onmogelijkheid is om “ad rem” een concrete tegenargumentatie te voeren of een concreet tegenbewijs te leveren, dat in de nota van 26 april 2000 van dienst 35 aan de gouverneur staat :

“Uit het voormelde technisch verslag (van dienst 31) kon opgemaakt worden dat niet alle posten van het bestek in even grote mate naar een specifiek product verwezen.

Wanneer we evenwel alle posten van de offertes samentellen die aan de noemer 'exclusief' beantwoorden komen we voor de offerte Ahrend op 2.609.044 BEF op een totaal van 6.904.311 BEF (= 38%)”,

dat het genoemde technisch verslag van dienst 31 zelfs op vandaag niet wordt overgelegd, dat hetgeen men als criterium voor de noemer “exclusief” heeft gehanteerd en hoe men tot het percentage van 38% komt, niet wordt gepreciseerd, dat, nu de verzoekende partij kennis krijgt van de nota van 26 april 2000 van de dienst 35 aan de provinciegouverneur, ingevolge de stukken die gevoegd zijn bij de memorie van antwoord, zij bemerkt dat in de beslissing van de minister impliciet gealludeerd wordt op dit percentage van 38% vermits de minister in de motivering van zijn besluit schrijft “dat weliswaar niet alle posten van het bestek in even grote mate naar een specifiek produkt verwijzen, maar dat wanneer evenwel alle posten van de offerte die aan de noemer exclusief beantwoorden samengeteld worden dit voor gevolg heeft dat de offerte De Moor niet in aanmerking kon komen voor gunning”, dat met andere woorden ook de minister zich gesteund blijkt te hebben op dit percentage, dat echter wanneer een administratie een advies heeft uitgebracht dat door de minister wordt gevolgd en door hem als grondslag en motivering voor de te nemen beslissing wordt vermeld, hij dit slechts mag op voorwaarde dat de bestuurde

volledige kennis heeft of krijgt van dat advies, dat zulks hier niet het geval is zodat de loutere zinspeling op een percentage dat zou vermeld zijn in een technisch verslag van een provinciale dienst waarvan de verzoekende partij geen kennis heeft, “geen uitdrukkelijke motivering uitmaakt”; dat de verzoekende partij vervolgt met te stellen dat de verwerende partij desondanks betoogt dat zij haar beslissing voldoende gemotiveerd heeft, dat echter voor zijn schorsingsbeslissing de gouverneur geput heeft uit de reeds vermelde nota van 26 april 2000, dat de gouverneur dit doet zonder het bestaan van deze nota te vermelden, ernaar te verwijzen of de volledige inhoud ervan weer te geven, dat de minister er eveneens uit put voor de motivering van zijn beslissing tot vernietiging, eveneens zonder het bestaan en de inhoud van die nota te vermelden, dat de motivering van de ministeriële beslissing tweeledig is, dat de minister enerzijds impliciet de motivering van de schorsingsbeslissing van de gouverneur overneemt en die tot de zijne maakt, nu hij stelt dat de verzoekende partij de argumentatie in het schorsingsbesluit van de gouverneur ten gronde niet weerlegt, en dat hij anderzijds er een overweging aan toevoegt, rechtstreeks gehaald uit de nota van 26 april 2000, dat in het licht van de nota van 26 april 2000 aan de gouverneur het op vandaag duidelijk is dat de leemten of gebreken in de motivering van de bestreden ministeriële beslissing teruggaan naar of samenvallen met de leemten of gebreken in de nota van 26 april 2000 die op haar beurt zelf verwijst naar een “technisch verslag” van een dienst 31, dat niet wordt overgelegd, dat, vermits niet blijkt hoe de steekproef verricht werd, welke leveranciers gecontacteerd werden, of ze schriftelijk of telefonisch gecontacteerd werden, welke concrete informatie er aan de leveranciers verstrekt werd bij hun ondervraging, welke concrete vragen gesteld werden, welke de concrete antwoorden waren, de als “algemene commentaar” geformuleerde samenvatting uit de bekomen antwoorden niet gesteund is op concrete, verifieerbare gegevens, dat ook de affirmatie als zou 38% van de posten van het bestek beantwoorden aan de noemer “exclusief”, niet verduidelijkt wordt zodat evenmin blijkt op welke concrete, verifieerbare gegevens die affirmatie steunt;

2.4. Overwegende dat de verwerende partij in haar laatste memorie nog betoogt dat de minister duidelijk heeft aangegeven dat er te vaak een exclusief product werd geëist, zodat nooit door een derde kon worden voldaan aan de offerte, hetgeen een verregaande, doch zeer duidelijke argumentatie is;

2.5. Overwegende dat de schorsingsbeslissing van de gouverneur steunde op de vaststelling “dat uit nazicht en steekproefgewijze onderzoek van de ontvangen lijst en de ingewonnen commentaren van de geraadpleegde firma's gebleken is dat de beschrijving zodanig specifiek is, dat slechts één groep, met name Ahrend, kon mededingen”; dat daaromtrent geen nadere details of stukken voorhanden zijn; dat in zijn memorie bij zijn handhavingsbesluit de raad van de verzoekende partij alvast een ernstige poging heeft ondernomen om op gedetailleerde wijze die algemene vaststelling in het schorsingsbesluit te ontkrachten; dat daarop in het bestreden besluit enkel wordt aangegeven dat “al deze motieven in het rechtvaardigingsbesluit ten spijt, de argumentatie in het schorsingsbesluit van de gouverneur ten gronde niet weerlegd wordt”; dat daarmee over de waarde van de argumenten van de gouverneur en van de verzoekende partij niets wordt gezegd; dat om het standpunt van de gouverneur bij te treden de Vlaamse minister overweegt dat “weliswaar niet alle posten van het bestek in even grote mate naar een specifiek product verwijzen, maar dat wanneer evenwel alle posten van de offerte die aan de noemer exclusief beantwoorden samengeteld werden dit voor gevolg heeft dat de offerte De Moor niet in aanmerking kon komen voor gunning”; dat daarbij niet wordt gespecificeerd welke posten aan de kwalificatie “exclusief” beantwoorden; dat zulks ook niet uit het administratief dossier blijkt; dat de verzoekende partij aldus het bestreden besluit terecht verwijt uitgewerkt noch onderbouwd te zijn; dat het middel gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van 4 augustus 2000 van de Vlaamse minister van Binnenlandse Aangelegenheden, Ambtenarenzaken en Sport houdende vernietiging van het besluit van de raad van het Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Gent van 22 februari 2000 houdende toewijzing van de opdracht tot levering van los meubilair-bureaumeubilair, perceel 9, voor het welzijns-bureau Nieuw Gent aan de NV Ahrend te Zele voor het bedrag van 6.904.611 BEF.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op veertien oktober 2003, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.