

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 139.298 van 13 januari 2005
in de zaak A. 158.616/XII-4338.**

In zake : de SA FINSAM CONTAINER SYSTEMS, vennootschap naar
Noors recht,
die woonplaats kiest bij
advocaten W. Timmermans en K. Pittoors,
kantoor houdende te 1080 Brussel,
Havenlaan 16

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Landsverdediging.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de SA Finsam Container Systems, vennootschap naar Noors recht, op 24 december 2004 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van :

- “- de beslissing van 15 december 2004 van de Belgische Staat, Ministerie van Landsverdediging tot verwerping van de offerte van verzoekster als onregelmatig, waarvan deze laatste kennis heeft gekregen op 18 december 2004;
- het toewijzingsbesluit van ongekende datum aan een ongekende inschrijver”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 28 december 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 11 januari 2005, om 11.30 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat W. Timmermans, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van Majoor Militair Administrateur A. De Decker, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur L. Vermeire;

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;

Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

Overwegende, wat de eerste en de derde voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij betreffende het nadeel betoogt dat het niet zelf kunnen uitvoeren van de in het geding zijnde opdracht haar een belangrijke opdracht van meer dan vijf miljoen euro met referentiewaarde doet mislopen; dat de verzoekende partij het beroep op de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid verantwoordt door te verwijzen naar het risico, dat de bestreden toewijzingsbeslissing aan de gekozen inschrijver zou worden betekend en aldus een overeenkomst tot stand zou komen;

Overwegende dat de verzoekende partij zich in wezen beroept op de mogelijkheid om zelf de opdracht te kunnen uitvoeren, hetgeen zij door de gevraagde schorsing wil vrijwaren; dat door de betekening van de tweede bestreden beslissing, tussen de verwerende en de gekozen inschrijver inderdaad een overeenkomst zou tot stand komen tengevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, gevestigd bij arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de Algemene vergadering van de afdeling administratie, een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen; dat het bestaan van die overeenkomst de ambitie van de verzoekende partij om zelf de opdracht nog uit te voeren ernstig zou bemoeilijken en een mogelijk herstel in natura verderaf zou brengen; dat aldus moet worden aanvaard dat de verzoekende partij, mede gelet op de niet geringe omvang van de in het geding zijnde opdracht die door de verwerende partij ten onrechte wordt gerelativeerd, door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan; dat voorts, wegens de dreigende betekening, kan worden aanvaard dat zij een beroep deed op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende

noodzakelijkheid, die zij met bekwame spoed blijkt te hebben ingesteld; dat aldus aan de eerste en aan de derde voorwaarde van het voormelde artikel 17 is voldaan;

Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij een eerste middel afleidt uit onder meer de schending van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen; dat zij daarbij nader betoogt hetgeen volgt :

“12. De brief van 15 december 2004 bevat enkel een opsomming van bepaalde -beweerde- afwijkingen op bepalingen uit de bijlagen bij het bestek. Het betreft meer bepaald de volgende drie categorieën van 'onregelmatigheid' [...] :

- lijn 93 uit bijlage C; de poedersnelblusser die aanwezig moet zijn;
- lijnen 4, 6, 8, 10 en 12 uit bijlage C/7: de vereiste m.b.t. de inslag in tenten;
- lijn 27 uit bijlage D: de notificatie 'beroep tot waarborg'.

Dit is de opsomming van de 7 punten waarover verwerende partij een toelichting heeft gevraagd. Verzoekende partij heeft hier ondubbelzinnig telkens 'ja' op geantwoord.

Door alsnog op deze 7 punten de offerte onregelmatig te verklaren, worden de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen geschonden.

13. Ten eerste tast verzoekende partij geheel in het duister waarom op deze 7 punten haar offerte onregelmatig zou zijn. Een eenvoudige opsomming van 7 punten in een tabel volstaat geheel niet als formele motivering.

14. Ten tweede is het zo dat een aanbestedende overheid slechts op de procedure van de vraag om toelichting beroep kan doen als er bij haar enige 'twijfel' bestaat. Als er al enige twijfel kon bestaan in hoofde van de overheid (gelet op de uitdrukkelijke vermelding dat aan deze voorwaarden is voldaan in de offerte zélf), werd deze geheel weggenomen door het antwoord van verzoekster op de vraag om toelichting.

Verwerende partij vermeldt nochtans geenszins in welk opzicht deze twijfel is blijven voortbestaan (ondanks het antwoord van verzoeker) en welke de feitelijke en de juridische motieven zijn die dergelijke twijfel afdoende kunnen schragen. Verzoekster kan haar eigen rechtspositie op dit punt dan ook niet inschatten, hetgeen nochtans het doel is van de formele motiveringsplicht.

15. Ten derde vermeldt de eerste bestreden beslissing niet de motieven op grond waarvan de offerte van de verzoekende partij onregelmatig werd verklaard. Dit gebrek aan formele motivering klemmt des te meer nu verzoekster er -gelet op de vraag om toelichting- mocht van uitgaan dat verwerende partij deze 7 punten als een 'materiële vergissing' beschouwde en niet als een onregelmatigheid. Onregelmatigheden kunnen immers niet worden rechtgezet door een toelichting van de inschrijver. Indien de aanbestedende overheid hangende de procedure het geweer van schouder zou hebben veranderd (van een kwalificatie als mogelijke materiële fout naar een onregelmatigheid), dient zulks uitdrukkelijk en omstandig gemotiveerd te worden. Anders kan verzoekster op dat punt zijn rechtspositie niet nuttig inschatten, zoals te dezen het geval is.

16. Ten vierde blijkt niet uit de bestreden beslissing of de offerte volgens verwerende partij was aangetast door een substantiële dan wel een relatieve onregelmatigheid, en, desgevallend, waarom deze laatste niet gedekt kon worden. Dit is nochtans een essentiële vereiste inzake de formele motiveringsplicht, die verzoekster in staat moet stellen zijn rechtspositie in te

schatten gelet op het fundamentele verschil tussen deze beide onregelmatigheden. Opnieuw werd de formele motiveringslicht niet nageleefd”;

Overwegende dat de verwerende partij in haar nota daaromtrent eerst de brief van 15 december 2004 aanhaalt, waarmee de eerste bestreden beslissing ter kennis werd gebracht aan de verzoekende partij; dat die brief als volgt luidt :

“[...]

Onderwerp : Opdracht 4MP101

Refertes : 1. Bestek MRMP M/P 4MP101 van 15 juli 2004

2. Uw offerte van 05 oktober 2004

Naar aanleiding van uw offerte vermeld in referentie 2 en in toepassing van artikel 51 van het koninklijk besluit van 25 maart 1999, breng ik u op de hoogte van het feit dat deze als niet regelmatig wordt beschouwd :

In bijlage vindt U de redenen van verwerping”;

dat de bijlage behelst hetgeen volgt :

“Lijst van de niet-gelijkvormigheden voor de offerte van FINSAM

Bijl.	Aanh.	Par.	Lijn	Tekst
C	-	4.b.(7)	93	Per container (behalve de zone F) zal er een poedersnelblusser type ABC 6 kg BENOR aanwezig zijn. Hij zal in een gemakkelijk toegankelijke houder geplaatst zijn. Alle brandblussers zullen maximum twee maanden voor de leveringsdatum van het materieel gecontroleerd geweest zijn door een geaccrediteerd organisme. Het controlecertificaat moet geleverd worden.
C	7-B	1.a.(1)	4	Trame/Inslag : Min 2.500 N
C	7-B	1.a.(2)	6	Trame/Inslag : Min 2.000 N
C	7-B	1.a.(3)	8	Trame/Inslag : Min 2.000 N
C	7-B	1.a.(4)	10	Trame/Inslag : Min 2.000 N
C	7-B	1.a.(5)	12	Trame/Inslag : Min 140 N
D	2	4.a.	27	Na notificatie zal een procedure opgesteld worden in samenwerking met de Administratie teneinde de modaliteiten 'Beroep op waarborg' vast te leggen. De Leidende Ambtenaar zal de bevoegde autoriteit zijn inzake het behandelen van de beroepen op waarborg.

”;

dat de verwerende partij omtrent de brief en de bijlage betoogt :

“In voormelde beslissing wordt o.m. verwezen naar de Bijlage C van het bestek. Deze bijlage van het bestek vermeldt o.m. het volgende [...] :

'Conformiteitabel - Technische specificaties / Matrice de conformité - spécifications techniques

invullen verplicht (Bijlage R) / à compléter impérativement (Annexe R)'

Voormelde Bijlage R van het bestek [...] verschaft richtlijnen m.b.t. het invullen van de conformiteitabellen. In deze bijlage wordt o.m. gesteld dat de conformiteitabellen 'volledig, correct en ondubbelzinnig' dienen te worden ingevuld en dat ze 'verplichtend' deel dienen uit te maken van de offerte.

[...] Na analyse van de conformiteitabellen van verzoeksters offerte [...] moet vastgesteld worden dat :

- de posten zoals deze vermeld staan in de lijst van de eerste bestreden beslissing [...] ofwel ontbreken (in het geval van de posten m.b.t. Bijlage C en Bijlage D, aanhangsel 2), ofwel niet zijn ingevuld (in het geval van de posten m.b.t. Bijlage C, aanhangsel 7, B);
- verzoekster op de voormelde bijlagen van haar offerte eveneens melding maakt van het feit dat de conformiteitabellen verplichtend dienen te worden ingevuld;
- verzoekster deze verplichting, m.b.t. de voormelde posten, om welke reden dan ook niet heeft nagekomen;
- de opgesomde posten, van de eerste bestreden beslissing, rekening houdend met de voormelde gebreken uit verzoeksters offerte, door de aanbestedende overheid bijgevolg als 'niet-gelijkvormigheden' dienen te worden beschouwd;
- de door verzoekster verschaft informatie m.b.t. de voormelde gebreken uit haar offerte [...], door de aanbestedende overheid niet als verduidelijkingen of toelichtingen kunnen worden aanvaard (zie hiervoor de bespreking van het tweede middel);
- conform de bepalingen uit het bestek (3), de aanbestedende overheid bijgevolg zich het recht heeft voorbehouden om verzoeksters offerte onregelmatig te verklaren;
- verzoekster wordt geacht om de bepalingen van het bestek te kennen;
- uit wat voorafgaat redelijkerwijze kan worden aangenomen dat verzoekster wel degelijk de draagwijdte van de overwegingen vermeld in de eerste bestreden beslissing dient te begrijpen, wat haar bijgevolg wel degelijk toelaat haar eigen rechtspositie nuttig in te schatten;
- redelijkerwijze kan worden gesteld dat de overwegingen uit de eerste bestreden beslissing verzoekster een zodanig inzicht in de beslissing verschaft waardoor zij in staat moet zijn terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen deze beslissing op het stuk van haar motieven te verweren met de middelen die het recht verschaft;

(3) *Het bestek luidt o.m. als volgt [...] :*

'De aanbestedende overheid behoudt zich het recht voor om de offerte onregelmatig te verklaren, bij gebrek aan het bijvoegen van een geordende lijst aan het technisch luik, duidelijk beantwoordend en dit zonder enige dubbelzinnigheid aan elke specificatie opgenomen in de Bijl C, D en T. Deze lijst zal alle operationele, technische en logistieke eisen overnemen in dezelfde volgorde als in de Bijl C, D en T'';

Overwegende, wat de schending van de formele motiveringsverplichting betreft, dat de motivering in een bestreden beslissing, teneinde te voldoen aan de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; dat die motivering afdoende moet zijn teneinde een belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt; dat zulks inhoudt dat een verzoekende partij, als inschrijver waarvan de offerte als niet regelmatig wordt aangemerkt, uit de motivering zelf van die beslissing moet kunnen afleiden om welke redenen zulks gebeurt;

Overwegende dat de in het geding zijnde opdracht voor levering met de procedure van de algemene offerteaanvraag is uitgeschreven, waarop artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van toepassing is; dat dit artikel bepaalt dat “onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële bestekbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande [kan] beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”; dat aldus deze bepaling een onderscheid maakt tussen de gevallen waarin de inschrijvingen nietig zijn -dit is de substantiële onregelmatigheid- omdat ze afwijken van de voornaamste bepalingen van het bestek, onder meer degene die betrekking hebben op de prijs, de termijnen en de technische voorwaarden, en de gevallen van betrekkelijke nietigheid- de relatieve onregelmatigheid, waarin het bestuur het recht heeft om de inschrijvingen als onregelmatig te beschouwen; dat de vraag of een bepaling van het bestek essentieel is, namelijk dermate belangrijk dat de afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg moet hebben dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, dan ook in concreto in elk geval afzonderlijk in het licht van het dossier moet worden beantwoord; dat, indien een offerte substantieel onregelmatig is, het bestuur die offerte buiten beschouwing moet laten; dat het ter zake niet over een discretionaire bevoegdheid beschikt; dat de vraag zelf of een afwijking substantieel is daarentegen wel tot diverse antwoorden kan leiden; dat het daarbij in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid is om te bepalen of de afwijking al dan niet een essentiële bestekbepaling betreft; dat, indien de offerte

enkel relatieve onregelmatigheden bevat, de aanbestedende overheid vrij is om de offerte om die reden al dan niet als onregelmatig te weren, zij het dat die beoordelingsbevoegdheid steeds in het licht van de concrete beschikbare gegevens moet worden uitgeoefend; dat in het ene en het andere geval de bedoelde beoordeling moet blijken uit de formele motivering;

Overwegende dat te dezen dient te worden vastgesteld dat aan de verzoekende partij in de voormelde brief van 15 december 2004 wordt meegedeeld dat haar offerte als niet regelmatig werd beschouwd, enkel onder verwijzing naar zeven punten van niet-gelijkvormigheid; dat in de voornoemde brief nergens wordt bepaald of het gaat om een materiële onregelmatigheid, erin bestaande dat de offerte op die punten inhoudelijk niet conform wordt geacht, dan wel om een formele onregelmatigheid zoals verwerende partij in de nota lijkt aan te nemen, namelijk dat op die punten de bijlagen gebrekkig waren ingevuld; dat die vraag des te meer klemmt aangezien in het gunningsverslag alvast sprake is van zowel van administratieve conformiteit als van technische conformiteit; dat in de voormelde brief evenmin wordt verduidelijkt waarom het te dezen een substantiële onregelmatigheid zou betreffen, noch waarom geen rekening werd gehouden met de antwoorden van de verzoekende partij op de zeven haar gestelde vragen; dat het gunningsverslag weliswaar stelt dat uit de antwoorden blijkt dat deze “als aanvullingen moeten [worden] beschouwd”; dat echter dit verslag blijkbaar niet werd meegedeeld zodat het niet kan bijdragen tot de formele motivering; dat bovendien de vraag rijst of dit een afdoende motivering zou zijn, nu de vragen zelf lijken te zijn geformuleerd als vragen om verduidelijking;

Overwegende dat de verwerende partij in haar nota wel naar de bijlage R bij het bestek verwijst, die bepaalt dat de conformiteitstabellen in bijlage C, D en T “volledig, correct en ondubbelzinnig” ingevuld dienen te worden en “verplichtend” deel uitmaken van de offerte, en naar het bestek, waarin is bepaald dat de aanbestedende overheid zich het recht voorbehoudt om de offerte onregelmatig te verklaren “bij gebrek aan het bijvoegen van een geordende lijst aan het technisch luik, duidelijk beantwoordend en dit zonder enige dubbelzinnigheid aan elke specificatie opgenomen in bijlagen C, D en T” en dat de lijst alle operationele, technische en logistieke eisen overneemt in dezelfde volgorde als in bijlage C, D en T; dat te dezen inderdaad twee punten ontbreken en bij vijf andere punten geen “ja” werd vermeld, zodat op het eerste gezicht aangenomen kan worden dat de technische conformiteitstabellen niet volledig werden ingevuld; dat echter

alsdan de vraag nog steeds onbeantwoord blijft waarom dit, op een lijst met in bijlage C alleen al 718 punten waarvan de meeste moeten worden ingevuld, leidt tot een substantiële onregelmatigheid of een relatieve onregelmatigheid die gesanctioneerd wordt door de offerte uit te sluiten, zeker zoals in dit geval, wanneer twee punten (punt 93 van bijlage C en punt 27 van bijlage D, deel 2) weggefallen waren, uit een doorlopend genummerde reeks wat eerder wijst op een ongewilde verschrijving, en wanneer zoals te dezen uit andere delen van de offerte lijkt te kunnen blijken dat een poederblusapparaat BENOR 6 kg aanwezig is -dit is de essentie van punt 93-, terwijl voor de punten 4, 6, 8, 10 en 12 van bijlage C/7, waarop niet uitdrukkelijk ja werd geantwoord, de verwante punten 3, 5, 7, 9 en 11 wel met ja werden beantwoord en andere delen van de offerte gegevens bevatten betreffende dat vereiste; dat voorts in de huidige stand van de procedure niet blijkt dat na de ontvangen antwoorden op de gestelde vragen, geen evaluatie van de betrokken offerte mogelijk was;

Overwegende dat aldus met de verzoekende partij lijkt te moeten worden aangenomen dat de bij brief van 15 december 2004 medegedeelde beslissing niet afdoende is gemotiveerd; dat de loutere mededeling aan de hand van een “lijst van niet-gelijkvormigheden” daartoe immers niet volstond, nu daarbij niet wordt aangegeven om welke reden die “niet-gelijkvormigheden” dienden te leiden tot een onregelmatigverklaring van de offerte, daarbij rekening gehouden met de gevraagde en verkregen verduidelijkingen; dat aldus de eerste bestreden beslissing lijkt te zijn genomen met schending van de formele motiveringsverplichting en het middel op dat punt ernstig is; dat meteen ook de rechtmatigheid van de tweede bestreden beslissing niet meer volstaat, nu de offerte van de verzoekende partij ten onrechte lijkt te zijn geweerd als onrechtmatig hetgeen de toewijzingsbeslissing vitieert;

Overwegende dat aldus voldaan is aan de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van

- de beslissing van 14 december 2004 waarbij de minister van Landsverdediging akkoord gaat met het niet conform verklaren van de offerte van de SA FINSAM CONTAINER SYSTEMS bij toepassing van bestek MRMP-M/P nr. 4MP101 betreffende de levering van keukencomplexen;
- de beslissing van 14 december 2004 van dezelfde minister om de aankoop van de voormelde keukencomplexen toe te wijzen aan SA EURO-SHELTER.

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 dertien januari 2005, door :

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

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.