

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 185.219 van 8 juli 2008
in de zaak A. 83.306/XII-1984.**

In zake : de BVBA PREVOST-TAVERNIER,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. Lindemans,
kantoor houdende te Brussel,
Keizerslaan 3

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Landsverdediging.

tussenkommende partij :

de NV SEYNTEX,
die woonplaats kiest bij
advocaat V. Van Houtte,
kantoor houdende te Brussel,
Loksumstraat 25.

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

Gezien het verzoekschrift dat de BVBA Prevost-Tavernier op 1 april 1999 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing genomen door : het Ministerie van Landsverdediging, [...], Ondersectie Aankopen Uitrustingen, Leder- en Textielwaren, Inzake : Ref. SAE nr. 849220, driejarige open levering van brandvertragende werkbrokken voor de marine, beslissing volgens notificatie aan verzoekende partij genomen op 2 februari 1999 [waarbij] de offerte van verzoekende partij als technisch onregelmatig niet [wordt] weerhouden en de opdracht aan een derde [wordt] gegund”;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 29 oktober 1999;

Gelet op de beschikking van 26 november 1999 die de tussenkomst van de NV Seyntex toelaat;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 22 oktober 2002 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 memories;

Gelet op de beschikking van 10 maart 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 22 april 2008;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. Honnay, die loco advocaat D. Lindemans verschijnt voor de verzoekende partij, van luitenant-kolonel militair administrateur A. De Decker, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat F. Vlassembrouck, die loco advocaat V. Van Houtte verschijnt voor de tussenkommende partij;

Gehoord het advies van eerste auditeur J. Stevens;

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

OVERWEEGT WAT VOLGT:

De gegevens van de zaak.

1. De verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een opdracht met als voorwerp een driejarige open overeenkomst voor het leveren van brandvertragende werkbroeken voor de marine.

Het gunningscriterium is de prijs/kwaliteit verhouding, waarvoor een formule zal worden toegepast die in het bestek wordt bepaald onder punt l2.-Gunningscriteria.

2. Het bericht van aankondiging wordt op 28 augustus 1998 in het Bulletin der Aanbestedingen gepubliceerd en op 9 september 1998 in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen.

3. Bij fax van 4 september 1998 meldt de verzoekende partij dat zij de modellen op 9 september 1998 zal komen bekijken.

4. Het openen van de offertes wordt eerst bepaald op 16 oktober 1998, maar wordt later verschoven naar 23 oktober 1998. Acht inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, dienen een offerte in.

In het gunningsverslag worden zeven van de acht offertes technisch niet conform verklaard.

Inzake de offerte van de verzoekende partij wordt gesteld: “technisch niet conform met de matentabel opgenomen in het bestek SAE 849220, Bijl F §3. (de broek moet zonder zoom zijn) Het etiket is niet meegenomen in de broeksband (bestek SAE 849220, Bijl F § 5.4.1.2.)”.

Op 23 december 1998 wordt beslist in navolging van het voorstel uit het gunningsverslag de opdracht toe te wijzen aan de enige regelmatige inschrijver, de tussenkommende partij.

5. Bij brief van 2 februari 1999 wordt de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte “niet in aanmerking werd genomen” en dat de bestelling bij de tussenkommende partij werd geplaatst.

Bij brief van 5 februari 1999 vraagt de verzoekende partij “de gemotiveerde beslissing voor het toekennen van de order”.

Bij brief van 9 februari 1999 wordt de gemotiveerde toewijzingsbeslissing meegedeeld waaruit enkel blijkt dat de offerte van de verzoekende partij technisch onregelmatig wordt verklaard. In dat stuk is de reden daarvoor niet vervat.

6. Op 1 april 1999 dient de verzoekende partij een beroep tot nietigverklaring in.

7. Bij faxbericht van 8 april 1999 vraagt de verzoekende partij naar de motieven “waarom [zij] technisch niet weerhouden zijn”. Bij brief van 14 april 1999 wordt hierop geantwoord, met mededeling van de motieven van de onregelmatigverklaring zoals ze in het gunningsverslag zijn vervat.

De gegrondheid van het beroep

8. De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift twee middelen aan. Zij doet in haar memorie van wederantwoord evenwel afstand van het tweede middel.

9. De verzoekende partij roept in het eerste middel de schending in van “het gelijkheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel”. Zij stelt dat tussen het publiceren van de aankondiging op 9 september 1998 en de einddatum voor het indienen van de offertes slechts 44 kalenderdagen verstreken, terwijl een volledig nieuw model werkbroek in een weefsel met specifieke brandwerende eigenschappen voor de eerste maal het voorwerp uitmaakte van een offerteaanvraag en de termijnen voor het indienen van offertes zodanig moeten worden bepaald dat alle kandidaat-inschrijvers hun offertes kunnen voorbereiden en tijdig indienen, dat bijgevolg één inschrijver mateloos werd bevoordeeld, dat een termijn van 44 dagen tussen publicatie en einddatum conform de letter van de algemene reglementering van de overheidsopdrachten is, doch niet conform de geest die uit de voorbereidende werken blijkt, dat de grondgedachte immers is dat de vastgestelde termijnen minimumtermijnen zijn, dat derhalve de aanbestedende overheid moet oordelen of een langere termijn moet worden vastgesteld wanneer de omstandigheden zich voordoen, dat bij het vaststellen van deze termijnen krachtens artikel XI.1.a van de GATT-overeenkomst onder meer rekening moet worden gehouden met de complexiteit van de voorgenomen opdracht en de omvang van de voorgenomen onderaanneming, dat te dezen niet kan worden ontkend dat het om een nieuw model werkbroek gaat en de stof zeer specifieke eigenschappen dient te hebben, dat de inschrijvers op zeer korte termijn de offerte moesten afwerken en bij hun leveranciers prijzen bedingen, dat de technische nota inzake het weefsel bovendien bepaalde kenmerken vereist die uitgebreide laboratoriumtesten noodzakelijk maken, dat het bewijs van de ontoereikendheid van de termijn wordt geleverd door het feit dat zeven van de acht inschrijvers, waaronder leveranciers die reeds hebben bewezen overheidsopdrachten in de sector aan te kunnen, als technisch onregelmatig worden geweerd, alsook door het feit dat één inschrijver een product aflevert “dat als 98% conform wordt bejubeld”, dat het overduidelijk is dat de gelijkheid tussen de inschrijvers door de termijn niet werd gewaarborgd, dat wanneer de termijn voor het voorbereiden van de offerte redelijk zou zijn geweest, ook de zeven andere inschrijvers een technisch conform product hadden kunnen aanbieden.

De verwerende partij antwoordt dat de termijn geen 44 maar 57 dagen bedroeg, namelijk van 28 augustus 1998 tot 23 oktober 1998, zodat de vereiste minimumtermijn van 52 dagen, bepaald in artikel 31 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, werd nageleefd, dat niet enkel de minimumtermijn werd nageleefd, doch bovendien alle potentiële kandidaten reeds bijna een jaar op de hoogte waren van de geplande opdracht, waarvan de technische notitie reeds lang werd verspreid en gekend was in de textielsector, dat de verzoekende partij weet dat de aanbestedende overheid telkens er een nieuwe technische notitie uitkomt, dit bericht aan de betrokken sector meedeelt, dat bijgevolg niet kan worden beweerddat één inschrijver “mateloos bevoordeeld” zou zijn geweest, dat het integendeel onbegrijpelijk is dat de overgrote meerderheid van de inschrijvers blijkt heeft gegeven van totale onachtzaamheid bij het voorbereiden van offertes en modellen door modellen in te dienen die niet aan de meest elementaire eisen, namelijk de matentabel, voldeden, dat de verzoekende partij nergens aantoont dat de gevolgde procedure de gelijkheid tussen de inschrijvers zou hebben geschaad.

In haar memorie van wederantwoord argumenteert de verzoekende partij dat zij haar middel staande houdt en dat de minimumtermijn misschien is gerespecteerd, doch dat “dat [...] dan ook alles [is]”.

De verzoekende partij wijdt in haar laatste memorie geen beschouwingen meer aan de voormelde en door haar bekritiseerde termijn maar gaat enkel nog in op de problemen van de confectie.

10. Het voormelde artikel 31 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt dat de termijn voor de ontvangst van de offertes bij een algemene offerteaanvraag niet korter mag zijn dan 52 dagen, te rekenen vanaf de datum van verzending van de aankondiging. Bijgevolg is, in tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partij stelt, niet het publiceren, maar het verzenden van de aankondiging het vertrekpunt van deze termijn van 52 dagen. Die termijn werd te dezen niet miskend. De publicatie in het Bulletin der Aanbestedingen gebeurde immers niet op 9 september 1998, zoals de verzoekende partij aanneemt, doch op 28 augustus 1998. De tussenkomen de partij merkt overigens terecht op dat de verzoekende partij deze aankondiging van 28 augustus 1998 zeker moet hebben gezien, zoniet zou zij op 4 september 1998 niet hebben kunnen schrijven dat zij de modellen op 9 september 1998 zou komen inzien.

Voorts wordt niet aangetoond hoe de beweerd onredelijke termijn één kandidaat zou kunnen hebben bevoordelen. Uit het administratief dossier blijkt daarentegen dat alle kandidaten doorheen de procedure dezelfde informatie ontvingen en dezelfde termijn voor alle kandidaten gold. De aangevoerde schending van het gelijkheidsbeginsel of het redelijkheidsbeginsel is aldus niet aangetoond.

Het eerste middel is niet gegrond.

11. De verzoekende partij voert in haar memorie van wederantwoord een nieuw middel aan. Zij stelt daarin dat artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel “patere legem quam ipse fecisti” en “voor zover nodig” het “proportionaliteitsbeginsel” werden geschonden. In het eerste onderdeel van het middel roept zij daartoe in dat de motivering van de weigering van haar offerte steunt op een verkeerde uitlegging van de gunningscriteria, meer bepaald de matentabel. In het tweede onderdeel voert zij aan dat er geen redelijke proportie bestaat tussen de beweerde tekortkoming en de sanctie. In het derde onderdeel doet zij gelden dat de bestreden beslissing geen rekening houdt met de grove tekortkomingen van de gekozen inschrijver zodat iedere redelijke belangenafweging zoek is. In het vierde onderdeel betoogt zij dat het bestek een zodanige onduidelijkheid laat bestaan dat elke vergelijking tussen de inschrijvers onmogelijk is aangezien het al dan niet vereisen van een zoom een zeer grote invloed had op de prijs. Voorts stelt zij dat “het derde middel [...] ten tijde van het indienen van het oorspronkelijke verzoekschrift niet [kon] worden opgeworpen, aangezien het berust op het administratief dossier en de eerste sporen ervan (de motieven waarom verzoekende partij technisch niet conform werd verklaard) slechts te ontdekken waren in de gemotiveerde beslissing zoals deze op 13 [lees : 14] april 1999, dus na de indiening van het verzoekschrift, aan verzoekende partij werden medegedeeld”.

De tussenkomende partij betoogt dat het derde, nieuwe middel onontvankelijk is, dat de verzoekende partij immers dat middel betreft op de motivering van de bestreden beslissing, die zij reeds vóór het indienen van haar verzoekschrift had kunnen opvragen en daarvan kennis had kunnen nemen zodat het middel reeds in het verzoekschrift had kunnen worden geformuleerd.

In haar laatste memorie argumenteert de verzoekende partij nog dat de betrokken beslissing, “gemotiveerde beslissing” genoemd, haar op 9 februari

1999 werd toegestuurd en het ontvangen van deze beslissing de termijn om een beroep tot nietigverklaring in te stellen deed lopen, dat uit de bewoordingen van de memorie van antwoord blijkt dat de verwerende partij meende dat de verzoekende partij geen recht had op kennisname van de gemotiveerde beslissing, dat bovendien pas op 14 april 1999 “op basis van een vraag van verzoekende partij die van 26.01.1999 dateert (cf. aanhef van de brief)” toelichting wordt verschaft omtrent de beweerde onregelmatigheid op technisch gebied van haar offerte, dat haar in deze omstandigheden moeilijk kan worden verweten dat zij het zekere voor het onzekere heeft genomen en niet heeft gewacht “tot het verwerende partij belieft een nieuwe termijn te laten lopen door een nieuwe gemotiveerde beslissing”.

12. De regelgeving inzake overheidsopdrachten bepaalt een regeling inzake informatie. Overeenkomstig artikel 51, §1, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 wordt de inschrijver op een opdracht voor aanneming van leveringen van wie de offerte als niet regelmatig wordt beschouwd door de aanbestedende overheid onverwijld van dit feit op de hoogte gebracht en kan die inschrijver met een schriftelijk verzoek de motieven voor de verwerping vragen aan de aanbestedende overheid die binnen vijftien dagen na ontvangst van dat schriftelijk verzoek die motieven moet meedelen.

Te dezen werd de verzoekende partij bij brief van 2 februari 1999 op de hoogte gebracht van het feit dat haar offerte “niet in aanmerking werd genomen”. Zij vraagt bij brief van 5 februari 1999 “de gemotiveerde beslissing voor het toekennen van de order”. Bij ontvangst van het antwoord van 9 februari 1999 weet zij wel dat haar offerte technisch onregelmatig is verklaard doch op dat ogenblik kent zij de motieven daarvan nog niet. Op 1 april 1999 dient zij een beroep tot nietigverklaring in tegen de beslissing waarbij haar offerte technisch onregelmatig wordt verklaard.

Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat de verzoekende partij -vooraleer haar verzoekschrift in te dienen- gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid die door het voormelde artikel 51, §1, wordt geboden. Het mag haar dan ook niet worden aangerekend dat het opdrachtgevend bestuur op haar brief van 5 februari 1999 gebrekkig heeft geantwoord. Het middel mocht bijgevolg nog op ontvankelijke wijze worden aangevoerd na kennisname van het administratief dossier.

Het derde middel is ontvankelijk. De exceptie van de tussenkommende partij wordt niet aanvaard.

13. Het is passend het bevoegde lid van het auditoraat met een onderzoek ten gronde van het middel te gelasten.

**OM DEZE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE:**

Artikel 1.

De debatten worden heropend.

Artikel 2.

Het door de auditeur-generaal aangestelde lid van het auditoraat wordt belast met een aanvullend onderzoek.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op acht juli 2008, 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.