

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 185.241 van 8 juli 2008
in de zaak A. 188.649/XII-5473.**

In zake : de NV MEWAF INTERNATIONAL,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. Van Heuven,
kantoor houdende te Kortrijk,
President Kennedypark 6/24

tegen :

1. het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering,
2. de VLAAMSE GEMEENSCHAP, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering,
die woonplaats kiezen bij
advocaat K. Ronse,
kantoor houdende te Brussel,
G. Macaulaan 33.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Mewaf International op 20 juni 2008 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van :

- "1. De gemotiveerde beslissing genomen door Kristel Gevaert, Administrateur-generaal van het Agentschap voor Facilitair Management, namens de Vlaamse Minister van Bestuurszaken, Buitenlands Beleid, Media en Toerisme, Geert Bourgeois dd. 11 juni 2008 houdende gunning van de overheidsopdracht voor de aanneming van leveringen, bestek nr. 2008/GV/AO/GB/015 voor de levering en plaatsing van modulair bureaumateriaal aan Ahrend Furniture.
2. De beslissing van zelfde datum waardoor verwerende partij de offerte van verzoekende partij als onregelmatig verwerpt";

Gezien de nota van de verwerende partijen;

Gelet op de beschikking van 23 juni 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 3 juli 2008, om 10.30 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat D. Van Heuven, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat K. Ronse, die verschijnt voor de verwerende partijen;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur P. Barra;

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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. Het Agentschap voor Facilitair Management, een intern verzelfstandigd agentschap zonder rechtspersoonlijkheid, opgericht bij besluit van de Vlaamse regering van 11 juni 2004, schrijft een opdracht uit "leveren en plaatsen van modulair bureaumeubilair voor een periode van 3 jaar" met als gunningswijze de algemene offerteaanvraag.

Deze opdracht wordt aangekondigd op 16 februari 2008 in het Publicatieblad van de Europese Unie en op 18 februari 2008 in het Bulletin der Aanbestedingen en wordt beheerst door het bijzonder bestek nr. 2008/GV/AO/GB/015.

Wat de aard van de opdracht betreft vermeldt het bestek :

"Deze opdracht is een klantenopdracht, d.w.z. dat de opdracht uitgevoerd wordt d.m.v. deelbestellingen naargelang van de werkelijke behoeften.

Het sluiten van een overeenkomst op basis van onderhavig bestek geeft de leverancier evenwel geen exclusiviteitsrecht. Gedurende de geldigheidsduur van het contract kunnen prestaties, identiek of analoog aan deze beschreven in onderhavig bestek, (...) door andere leveranciers worden uitgevoerd. De leverancier kan uit dien hoofde geen aanspraak maken op enigerlei vergoeding.

Het betreft de levering en plaatsing van modulair bureaumeubilair bij diverse diensten van de Vlaamse overheid voor een periode van 3 jaar, gerekend vanaf de datum van gunning van de opdracht. De productspecificaties voor het (..) leveren van deze borden worden in dit bestek nader omschreven onder Deel II: technische kenmerken.

[...]

Het agentschap voor Facilitair Management treedt in deze opdracht in hoofde van de Vlaamse Gemeenschap / het Vlaamse Gewest op als opdrachtcentrale cfr. Artikel 2,4 van de Wet van 15 juni 2006. Dit betekent dat alle entiteiten van de Vlaamse Overheid op basis van deze overeenkomst kunnen bestellingen plaatsen".

Het bestek vermeldt sub "5.4. art. 90 § 2 - Bij de offerte te voegen documenten" hetgeen volgt :

"De inschrijvers voegen bij hun offerte :

1. een gedetailleerde Nederlandstalige, technische documentatie van het aangeboden meubilair;
2. de volledige catalogus + prijslijst van het aangeboden meubilair met aanduiding van de eventuele korting die van toepassing is;

Om tot de keuze van de leverancier te kunnen overgaan kan het bestuur, na de opening van de offertes, schriftelijk één of meerdere proefmodellen opvragen.

De proefmodellen moeten:

1. binnen de opgegeven termijn (ca 2 weken);
2. op het opgegeven adres, vermeld in de brief, worden aangeboden;
3. de exacte weergave (vorm, afmetingen, materialen, technische specificaties...) zijn van de modellen beschreven in de offerte.

Indien aan deze voorwaarden niet wordt voldaan, kan het betreffende bureaumeubilair uitgesloten worden van verdere beoordeling".

Sub "5.11. art. 115 - De gunning" wordt het volgende vermeld :

"De inschrijvers mogen maximum 1 basisvoorstel indienen dat voldoet aan de technische kenmerken beschreven in deel II van het bestek.

Vrije varianten zijn niet toegestaan.

[...]

Onder de overblijvende biedingen duidt het bestuur vervolgens de voordeligste aan rekening houdend met de volgende gunningscriteria

criterium	belangrijkheid
1. ergonomie - gebruiksvriendelijkheid	20 punten
2. technische kwaliteit	30 punten
3. prijs	30 punten
4. vormgeving	10 punten
5. milieu	10 punten

".

In deel II van het bestek ("technische kenmerken") wordt er vermeld :

"De kenmerken aangeduid met een [symbool voor een bommetje] zijn minimumeisen die door het bestuur worden opgelegd, dus essentiële criteria. De andere kenmerken moeten geïnterpreteerd worden als eigenschappen die het bestuur positief zal evalueren, dus wensen".

Alsdan volgen de minimumeisen en wensen van het bestuur. Zo wordt bepaald inzake ladeblok :

"[symbool bommetje] De ladeblok is uitgerust met een gepast anti-kantelsysteem (ladeblokkering, tegengewicht, steunwiel,....)".

2. De verzoekende partij dient een offerte in en als bijlage bij haar offerte voegt ze een technische fiche betreffende een ladeblok.

3. De offertes worden geopend op 3 april 2008. Er blijken zeven inschrijvingen te zijn ingediend. De verzoekende partij wordt uitgenodigd voor een proefopstelling op 15 en 16 mei 2008. Uit het toewijzingsverslag blijkt dat drie offertes niet conform worden bevonden, waaronder die van de verzoekende partij.

Bij deze offerte wordt het volgende vermeld :

"Mewaf International

Offerte pag. 36 : De verrolbare ladeblok is uitgerust met een anti-kantelsysteem nl. extra steunwiel op onderste lade.

Proefopstelling : De aangeboden verrolbare ladeblok is niet uitgerust met een anti-kantelsysteem of bijkomend steunwiel

[foto onderkant ladeblok]

besluit
niet conform".

De twee conform bevonden offertes (van de NV Ahrend Furniture en de NV Pami) worden alsdan getoetst aan de gunningscriteria. De NV Ahrend Furniture krijgt 88,5 op 100 punten, de NV Pami 75,37. Voorgesteld wordt de opdracht toe te wijzen aan de NV Ahrend Furniture voor een bedrag van 911.928,05 euro.

4. Op 11 juni 2008 beslist de administrateur-generaal van het Agentschap voor Facilitair Management de opdracht toe te wijzen aan de NV Ahrend Furniture onder verwijzing naar "het gemotiveerde gunningsverslag dat als bijlage bij deze beslissing is gevoegd en er integraal deel van uitmaakt".

Deze beslissing wordt samen met het gunningsverslag aan de verzoekende partij ter kennis gebracht met een brief van 11 juni 2008. In deze brief

wordt verwezen naar de mogelijkheid om onder andere een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te dienen.

De grondvoorwaarden voor de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid 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.

De eerste en derde voorwaarde

6. Wat de eerste en de derde in het voormelde artikel gestelde voorwaarden betreft, beroept de verzoekende partij zich inzake het nadeel op de mogelijkheid om zelf de in het geding zijnde opdracht te kunnen uitvoeren, die zij door de gevraagde schorsing wil vrijwaren. Zij verwijst daarbij ook naar de grote financiële waarde van de opdracht - toegewezen voor 911.928,05 euro. Voorts motiveert zij haar keuze voor de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid door te verwijzen naar het risico dat de bestreden toewijzingsbeslissing aan de gekozen inschrijver zou worden betekend, uitgedrukt in de wachttermijn van tien dagen waarvan in de voormelde brief van 11 juni 2008 gewag werd gemaakt.

Betreffende de eerste en derde voorwaarde geeft de verwerende partij geen opmerkingen.

7. Door de betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing zou tussen de verwerende partij en de gekozen inschrijver een overeenkomst tot stand komen tengevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak, een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen. Het bestaan van die overeenkomst zou de betrachting van de verzoekende partij om zelf de opdracht nog uit te voeren, ernstig bemoeilijken en zou een mogelijk herstel in natura verder af brengen. Aldus moet worden aanvaard dat de verzoekende partij door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden toewijzingsbeslissing het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan

ondergaan, mede gelet op de aard en de waarde van de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Voorts, wegens de betekening na tien kalenderdagen die door de verwerende partij in haar brief van 11 juni 2008 wordt aangekondigd en de verplicht gestelde procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid overeenkomstig artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, wordt te dezen aanvaard dat de verzoekende partij een beroep deed op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

De tweede voorwaarde

Standpunt van de partijen

8. Wat de tweede voorwaarde betreft, voert de verzoekende partij in een enig middel de schending aan van de artikelen 1, § 1, en 16 van de voormelde wet van 24 december 1993, van de artikelen 110, § 2, 114, § 1, en 115, vijfde lid, 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 het gelijkheidsbeginsel, van het redelijkheidsbeginsel, van het evenredigheidsbeginsel, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van het "algemeen rechtsbeginsel dat elke overheid verplicht om haar beslissingen op deugdelijke materiële motieven te steunen".

Zij betoogt daartoe :

- het door haar voorgestelde mobiele ladeblok, ook in de proefopstelling, is zonder meer voorzien van een anti-kantelsysteem, in het bijzonder van een ladeblokkeringsysteem. Dit wordt tot driemaal aangegeven in de technische fiche, zoals gevoegd bij haar offerte en zoals gekleefd op het meubel ter gelegenheid van de proefopstelling;
- inzake de technische fiche zijn volgende passages relevant :

"De laden zijn volledig (100 %) uittrekbaar en zijn voorzien van een systeem om het onvrijwillig uittrekken van de laden te verhinderen en zijn tevens voorzien van een systeem dat het openen van meer dan één lade niet toelaat.

(...)

De laden zijn voorzien van een ladeblokkering en tegengewicht.

(...)

De ladenblok is voorzien van een anti-kantelsysteem";

- door een loutere vergissing is op bladzijde 36 van de offerte echter aangegeven dat de ladeblok uitgerust is met een "extra steunwiel op onderste lade", hetgeen weliswaar een mogelijkheid is, maar niet het geval was op het proefmodel; zulks belet evenwel niet dat op het voorgestelde ladeblok én op het proefmodel een ander, door de verwerende partij als gepast benoemd anti-kantelsysteem voorhanden was, meer in het bijzonder een ladeblokkering, hetgeen de verwerende partij niet kon ontgaan;
- de verwerende partij mocht dus opmerken dat het proefmodel niet uitgerust was met een bijkomend steunwiel, doch mocht de offerte niet verwerpen om reden dat de ladeblok niet uitgerust was met een anti-kantelsysteem - het tegendeel was waar. De motivering in de bestreden beslissing is dan ook foutief;
- dat het proefmodel niet overeenstemde met het model beschreven in de offerte kon aanleiding gegeven hebben tot uitsluiting doch er was een appreciatie vereist. De aanduiding van het kantelwiel was een louter materiële vergissing van de verzoekende partij - het proefmodel had inderdaad geen zo'n kantelwiel maar wel zoals gezegd een ander anti-kantelsysteem;
- de waarheid is dat de verwerende partij zich beperkt heeft tot een vergelijking tussen het proefmodel en de offerte en niet onderzocht heeft of er al dan niet effectief een anti-kantelsysteem aanwezig was. Dit was nochtans wel het geval;
- de offerte van de verzoekende partij werd niet geweerd wegens een verschil tussen het proefmodel en de offerte, doch omdat de ladeblok geen anti-kantelsysteem zou hebben; dit laatste is dus onjuist;
- de bijkomende steunwielen maken slechts een marginaal deel uit van de totale opdracht;
- het is te dezen onredelijk geen vragen te stellen aan de verzoekende partij.

9. De verwerende partij merkt op :

- dat het bestek uitdrukkelijk stelt dat, indien een proefopstelling gevraagd wordt, deze exact moet zijn als de omschrijving in de offerte;
- dat de verzoekende partij niet betwist dat dit niet het geval was, maar het over een vergissing heeft; in de offerte stond wel dat de ladeblok uitgerust was met een extra steunwiel, hetgeen een mogelijkheid was, maar op het proefmodel was dit niet voorzien;
- dat aldus de verzoekende partij zelf aangeeft dat haar offerte niet conform was, waardoor de aanbestedende overheid terecht de offerte mocht weren als onregelmatig en de verzoekende partij zelf de gevolgen van haar nalatigheid moet dragen;
- dat de tekst van artikel 110, § 2, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 zelf stelt dat elke offerte die afwijkt van essentiële besteksbepalingen

nietig is en dat het niet het bestek is dat moet vermelden dat het afwijken ervan tot nietigheid leidt;

- dat het de discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende overheid is om gebruik te maken van de mogelijkheid om te besluiten tot onregelmatigheid, waarbij de Raad van State slechts een manifeste appreciatievergissing mag censureren;
- dat er ook geen schending van de motiveringsverplichting voorhanden is, nu de bestreden beslissing uitdrukkelijk opmerkt dat in de offerte gesteld wordt dat er een steunwiel is voorzien terwijl dat dit er in de proefopstelling niet is.

Bespreking

10. In de offerte van de verzoekende partij wordt op bladzijde 36 vermeld dat het ladeblok is "uitgerust met een gepast anti-kantelsysteem (ladeblokkering, tegengewicht, steunwielje...)" - er wordt dan gespecificeerd dat het anti-kantelsysteem een "extra steunwiel op onderste lade" is. Op bladzijde 100 wordt nogmaals vermeld dat het ladeblok is uitgerust met "een anti-kantelsysteem" en met "een ladeblokkering en tegengewicht"; tevens wordt gesteld : "De laden zijn volledig (100 %) uittrekbaar en zijn voorzien van een systeem om het onvrijwillig uittrekken van de laden te verhinderen en zijn tevens voorzien van een systeem dat het openen van meer dan één lade niet toelaat". De offerte zelf voorziet dus in de volgende anti-kantelsystemen: extra steunwiel, ladeblokkering en tegengewicht. Tot zover lijkt de offerte conform het bestek, dat zoals hoger opgemerkt het volgende voorschrijft :

"[symbool bommetje] De ladeblok is uitgerust met een gepast anti-kantelsysteem (ladeblokkering, tegengewicht, steunwielje,...)",

waarbij het symbool betekent dat de kenmerken daarmee aangeduid, minimumeisen zijn die door het bestuur worden opgelegd, dus essentiële kenmerken.

11. Zoals hiervoor aangehaald, kan volgens het bestek om tot de keuze van de leverancier te kunnen overgaan, het bestuur, na de opening van de offertes, schriftelijk één of meerdere proefmodellen opvragen. Het doen voorleggen van een proefmodel is facultatief in hoofde van de verwerende partij; het proefmodel moet wel de exacte weergave zijn van het model beschreven in de offerte; indien aan deze voorwaarde niet wordt voldaan "kan" het "betreffende bureaumeubilair" uitgesloten worden van verdere beoordeling. Uit die voorschriften lijkt te kunnen worden afgeleid dat bij afwijking van het proefmodel de sanctie het "betreffende" bureaumeubilair kan treffen. Te dezen lijkt de aanbestedende overheid echter de gehele offerte te hebben uitgesloten op grond van het verschil, wat ladeblok betreft, tussen de offerte (bladzijde 36 : uitrusting met extra steunwiel) en de proefopstelling (geen steunwiel).

Prima facie lijkt de verzoekende partij dan ook niet uitgesloten wegens een van het bestek afwijkende offerte op een essentieel punt (bommetje) namelijk de aanwezigheid van een anti-kantelsysteem; de aanbestedende overheid lijkt te hebben beslist dat het proefmodel niet de exacte weergave is van het model beschreven in de offerte en de mogelijkheid gebruikt om het betreffende bureau-meubilair uit te sluiten van verdere beoordeling. Weliswaar wordt in de beoordeling gewag gemaakt van het feit dat het ladeblok "niet" is uitgerust met een "anti-kantelsysteem", maar deze opmerking wordt enkel gemaakt bij de "proefopstelling".

Aan de verzoekende partij lijkt aldus te kunnen worden verweten dat :

- zij enige onduidelijkheid geschapen heeft in haar offerte : op bladzijde 36 stelt ze in een anti-kantelsysteem te voorzien, namelijk een steunwiel op de onderste lade, terwijl ze op bladzijde 100 van meer dan een anti-kantelsysteem gewag maakt, namelijk een blokkering van de laden, een tegengewicht en een steunwiel op de onderste lade;
- zij een proefmodel heeft bijgebracht dat niet de exacte weergave was van wat in haar offerte was voorzien doordat er een steunwiel ontbrak.

In het voordeel van de verzoekende partij moet echter worden vastgesteld dat :

- zij een offerte lijkt te hebben bijgebracht die conform het bestek was; al lijkt ze niet volledig hetzelfde te stellen op de bewuste twee plaatsen van de offerte, ze heeft hoe dan ook in een anti-kantelsysteem in haar offerte voorzien;
- zij een proefmodel lijkt te hebben aangeboden dat weliswaar in een bepaald anti-kantelsysteem (steunwiel) niet voorzag, doch wel in andere in de offerte (en het bestek) voorziene anti-kantelsystemen, namelijk de ladeblokkering en het tegengewicht; dit laatste lijkt niet te worden tegengesproken door de aanbestedende overheid.

De verwerende partij kan worden aangewreven dat :

- ze enkel het anti-kantelsysteem vermeld op bladzijde 36 van de offerte in de beoordeling lijkt te hebben betrokken en niet deze op bladzijde 100 : aldus lijkt ze het proefmodel niet volkomen te hebben getoetst, temeer omdat het bestek slechts één anti-kantelsysteem voorschreef;

- ze de offerte van de verzoekende partij uitsluit wegens een verschil tussen de offerte en het proefmodel, niet wegens een afwijking van het bestek door de offerte - al spreekt ze thans in haar nota van afwijking van essentiële besteksbepalingen zoals technische specificaties;
- een afwijking tussen offerte en proefmodel in elk geval niet tot uitsluiting lijkt te verplichten, nu het bestek enkel voorziet in de mogelijkheid tot uitsluiting maar nergens lijkt de aanbestedende overheid dergelijke appreciatie te hebben verricht;
- ze de gehele offerte uitsluit terwijl het bestek daartoe niet noodzakelijk lijkt te verplichten, want dit spreekt enkel van mogelijke uitsluiting van het "betreffende" bureau-meubilair.

12. De verzoekende partij, de gehele offerte in ogenschouw nemend, lijkt te dezen besteksconform. De verwerende partij past hier een uitsluiting toe die volgens het bestek slechts als een mogelijkheid verschijnt. Enige appreciatie lijkt hier afwezig. Ook lijkt de conclusie zelf verkeerd : de aangeboden ladeblok lijkt ook in de proefopstelling wel over een anti-kantelsysteem te beschikken.

Terecht lijkt de verzoekende partij aldus aan te klagen dat haar offerte is beoordeeld met schending van de verplichting tot zorgvuldige motivering :

- ze lijkt onvolkomen beoordeeld nu ze uitgesloten is, niettegenstaande ze besteksconform was;
- voorts is ze uitgesloten op grond van het feit dat het proefmodel afweek van de offerte, zonder dat blijkt dat deze afwijzing aan enige appreciatie werd onderworpen, hoewel de betrokken besteksbepaling betreffende proefmodellen slechts in een mogelijkheid, en niet in een verplichting tot uitsluiting voorziet;
- er is evenmin gemotiveerd waarom de gehele offerte diende te worden uitgesloten en niet enkel, bij toepassing van de voornoemde besteksbepaling, "het betreffende bureau-meubilair".

Het middel is in zoverre ernstig. Het lijkt niet vast te staan dat de offerte van de verzoekende partij op rechtmatige grondslag is uitgesloten van nadere beoordeling, zodat de tweede bestreden beslissing onrechtmatig lijkt. Die omstandigheid brengt met zich mee dat ook de rechtmatigheid van de vergelijking tussen de inschrijvers en van de daarop steunende toewijzingsbeslissing, te dezen eerste voorwerp van de vordering, niet lijkt vast te staan.

Conclusie

13. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat is voldaan 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.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Bevolen wordt de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 11 juni 2008 van de administrateur-generaal van het Agentschap voor Facilitair Management waardoor de offerte van de NV Mewaf International als niet conform wordt aangemerkt, en de overheidsopdracht voor de aanneming van leveringen, bestek nr. 2008/GV/AO/GB/015 voor de levering en plaatsing van modulair bureaumeubilair wordt toegewezen aan de NV Ahrend Furniture te Sint-Stevens-Woluwe.

Artikel 2.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, wordt uitgesteld.

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

de H.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
Mevr.	E. IMPENS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

E. IMPENS.

D. VERBIEST.