

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 188.943 van 18 december 2008
in de zaak A. 86.441/XII-2198.**

In zake : de BVBA PREVOST-TAVERNIER,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. Lindemans
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Keizerslaan 3

tegen :

DE POST, naamloze vennootschap naar publiek recht,
die woonplaats kiest bij
advocaat J.-J. Van Raemdonck,
kantoor houdende te 1170 Brussel,
Terhulpsessesteenweg 187.

tussenkommende partij :

de NV ARWY,
die woonplaats kiest bij
advocaat N. Vandebroek,
kantoor houdende te Leuven,
C. Meunierstraat 111.

D E R A A D V A N S T A T E, X I I e K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de BVBA Prevost-Tavernier op 30 augustus 1999 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing genomen door De Post [op 28 juni 1999] [...] inzake : ref. 4121/PU-EP/01, levering van regenkleidij, waarbij de offerte van de verzoekende partij wordt afgewezen en de opdracht aan een derde wordt gegund”;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 25 februari 2000;

Gelet op de beschikking van 20 maart 2000 die de tussenkomst van de NV ARWY toelaat;

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 memories;

Gelet op de beschikking van 20 oktober 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 18 november 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 advocaat J.-J. Van Raemdonck, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat S. Verachtert, die loco advocaat N. Vandebroek verschijnt voor de tussenkomenende partij;

Gehoord het eensluidend 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 laat op 19 februari 1999 een algemene offerteaanvraag publiceren in het Bulletin der Aanbestedingen betreffende een opdracht voor de levering van regenkledij.

De opdracht bestaat uit één lot, omvattende regenbroeken, regenvesten en schoenbeschermers.

In het bestek worden de volgende gunningscriteria vermeld, in volgorde van afnemend belang :

1. De kwaliteit van de voorgestelde leveringen
2. De prijs van de voorgestelde leveringen
3. De voorgestelde uitvoeringstermijn
4. De dienstverlening na bestelling.

Het bestek voorziet in de mogelijkheid om vrije varianten in te dienen, maar uitdrukkelijk beperkt tot het buitenweefsel van de kledingstukken. Voor het overige moet de ingediende vrije variant conform het basismodel zijn. Daarnaast dienen de door de inschrijver voorgestelde leveringen strikt conform de technische specificaties te zijn zoals vermeld in bijlage I van het bestek. Deze bijlage somt een groot aantal technische normen op waaraan de grondstoffen, de accessoires en de confectie van de regenkledij minimaal moeten voldoen.

Het bestek bepaalt verder: “De kwaliteit van de voorgestelde leveringen zal onder meer worden beoordeeld op basis van de door de inschrijver ingediende modellen”.

Nog bepaalt het bestek: “De inschrijving dient op straffe van nietigheid te zijn vergezeld van de documenten, monsters en stalen opgesomd in bijlage 2”. Het gaat te dezen om stalen van de door de inschrijvers voorgestelde weefsels en afgewerkte modellen van de voorgestelde kledingstukken.

Er zijn dertien inschrijvers, waaronder de verzoekende partij met een basisofferte (Preta-Sofileta) en twee varianten (Preta-Finlayson en Preta-Dickson).

De stalen van de door de inschrijvers voorgestelde weefsels worden door de verwerende partij aan het laboratorium textiel van de Hogeschool Gent bezorgd voor een onderzoek. De stalen worden voorzien van een codenummer. De offertes van de verzoekende partij krijgen de volgende codes: 13a voor de basisofferte Sofileta, 13b voor de variante Finlayson en 13c voor de variante Dickson.

Op 28 juni 1999 neemt de verwerende partij de gemotiveerde beslissing tot toewijzing van de opdracht. Deze beslissing luidt onder meer als volgt :

“II. Inschrijvingen die technisch niet conform zijn

Alle ingediende offertes vertonen minimale afwijkingen t.o.v. de technische vereisten van het bijzonder bestek. Er wordt echter besloten om alle offertes technisch conform te verklaren.

Wat de test betreft inzake de waterafstotingsgraad na wassen Bundesmann, wordt opgemerkt dat met deze resultaten voor geen van de offertes rekening werd gehouden gezien de aard van de door De Post gevraagde kwaliteit van de textielstof.

III. Analyse van de offertes en de variantes

[...]

1. Kwaliteit:

De kwaliteitsbeoordeling is gebaseerd op:

- testen uitgevoerd door een erkend labo in opdracht van ‘De Post’ en gebaseerd op de textiel technische normen beschreven en geëist in de bestekken.
- visuele confectiecontrole.
- de offertes van [...] Prevost-Tavernier variant Dic voldoen niet qua waterdichtheid van de gelaste naden.

[...]

- de offertes van [...] Prevost-Tavernier variant Fin scoren minder wat absorptievermogen (Bundesmann) betreft tov. de gestelde normen en de andere inschrijvers.

[...]

- de offertes van [...] Prevost-Tavernier variëte hebben onaanvaardbare afwijkingen van de kwaliteit van de accessoires, kleur- en kwaliteitsverandering na het wassen.

[...]

- de offertes van Arwy, Prevost-Tavernier basisofferte vertonen weefseltechnisch, confectietechnisch geen noemenswaardige afwijkingen t.o.v. de gestelde normen in het bestek.

- de offertes van [...] Arwy, Prevost-Tavernier basisofferte zijn degenen die textiel technisch aanvaardbare normen halen qua regenbestendigheid voor het weefsel en de naadafwerking.

- de offertes van de firma’s Arwy en Prevost-Tavernier voldoen confectietechnisch. De leveringstermijn en dienstverlening zijn gelijkwaardig bij deze laatste twee firma’s.

Op basis van de vastgestelde afwijkingen van de tekortkomingen wordt de volgende rangschikking gemaakt :

1. Arwy

1. Prevost Sof basisofferte

[...]

3. Prevost-Fin

[...]

4. Prevost Dick.

2. Prijs laagste naar hoogste:

[...]

4. Prevost Dick;

5. Prevost-Fin;

[...]

9. Arwy;

[...]

11. Prevost Sof basisofferte;

3. Leveringstermijn:

[...]

2. Prevost Soft basisofferte 16 weken

2. Prevost Fin 16 weken

2. Prevost Dick 16 weken
[...]
3. Arwy 17 weken
4. Dienstverlening na bestelling
De firma's Michielsens-Sterck en Loventex geven geen gedetailleerde beschrijving van de dienstverlening na bestelling.
5. Samenvattend overzicht :
Wat de kwaliteit betreft wordt uit het voorgaande afgeleid dat de voorstellen van Arwy en Prevost-Tavernier (basisofferte) best worden beoordeeld.
De firma Arwy is gunstiger in prijs dan [...] Prevost-Tavernier basisofferte”.

Op grond van deze vaststellingen wordt de opdracht toegewezen aan de inschrijver NV Arwy, aangezien de verwerende partij van oordeel is dat deze de meest voordelige offerte heeft ingediend.

Op 29 juni 1999 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat de opdracht aan een derde werd gegund. Met een brief van 6 juli 1999 vraagt de verzoekende partij de gemotiveerde beslissing.

De gegrondheid

2. In een *eerste middel* voert de verzoekende partij de schending aan van “artikel 16 W. 24 december 1993, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel patere legem quam ipse fecisti”.

Zij betoogt daartoe dat de verwerende partij de gunningscriteria, die volgens het bestek in volgorde van afnemend belang worden opgegeven, in feite “in cascade” heeft toegepast, “zonder enige onderliggende weging”. De aanbestedende overheid heeft aldus, volgens de verzoekende partij, haar eigen bestek allerminst gevolgd en een willekeurige beslissing genomen.

3. Inzake kwaliteit worden de basisofferte van de verzoekende partij en de offerte van de tussenkomende partij gelijk gerangschikt in de eerste categorie. De varianten Finlayson en Dickson van de verzoekende partij komen respectievelijk onderaan de derde en onderaan de vierde kwaliteitscategorie.

Betreffende de prijs komen de twee varianten van de verzoekende partij op de vierde en vijfde plaats. De basisofferte van de verzoekende partij komt op de elfde plaats. De offerte van de tussenkomende partij wordt op de negende plaats gerangschikt.

Inzake leveringstermijn worden de verscheidene offertes van de verzoekende partij in de tweede categorie geplaatst met een leveringstermijn van 16 weken. De offerte van de tussenkomen­de partij met een leveringstermijn van 17 weken wordt in de derde categorie gerangschikt.

Wat betreft de dienstverlening na bestelling worden klaarblijkelijk geen noemenswaardige verschillen vastgesteld tussen de offertes: de verwerende partij beperkt zich tot de vaststelling dat twee ‘andere’ inschrijvers geen gedetailleerde beschrijving geven van de dienstverlening na bestelling.

In het samenvattend overzicht van de analyse van de offertes wordt de keuze voor de offerte van de tussenkomen­de partij verantwoord doordat deze gunstiger in prijs was, nadat die offerte en de basisofferte van de verzoekende partij als beste offertes inzake kwaliteit worden aangemerkt.

Het voorgaande noopt tot de vaststelling dat de verwerende partij bij de beoordeling van de offertes geen “cascade” heeft toegepast. Dergelijke cascade zou volgens de verzoekende partij inhouden dat enkel de offertes die volgens het eerste criterium in de beste categorie vallen verder in overweging worden genomen bij het volgende criterium en dat de offertes die volgens het eerste criterium in een lagere categorie vallen niet meer zouden worden beoordeeld. Uit de gemotiveerde beslissing blijkt duidelijk dat dit geenszins het geval is: alle offertes, ook al deze van de verzoekende partij, werden aan elk van de vier gunningscriteria getoetst.

Volgens het afnemend belang dat aan elk van de vier criteria werd toegekend diende de verwerende partij uiteindelijk doorslaggevend gewicht toe te kennen aan de kwaliteit en pas in tweede orde de prijs in overweging te nemen. Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat zij dit ook effectief heeft gedaan en dat de verwerende partij dus, al hetgeen voorafgaat in aanmerking genomen, wel degelijk haar eigen bestek heeft gevolgd.

Het eerste middel is bijgevolg ongegrond.

4. In een *tweede middel* voert de verzoekende partij de schending aan van “de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid schending van de gelijkheid onder de inschrijvers”.

De verzoekende partij onderbouwt dit middel als volgt: de technische bepalingen van een bestek zijn essentieel en laten geen afwijking toe, dit om de gelijkheid tussen de inschrijvers maximaal te waarborgen. De bestreden beslissing wijkt af van de normen van het bestek: alle inschrijvers werden technisch conform verklaard terwijl er bij alle offertes “minimale afwijkingen” werden vastgesteld van de technische vereisten van het bestek. Daarenboven wordt er besloten om geen rekening te houden met de resultaten van de testen inzake het waterafstotend vermogen na wassen, hetgeen in het voordeel speelt van een inschrijver die niet aan deze norm zou voldoen en in haar nadeel, want het door haar voorgestelde weefsel “Dickson” scoorde zeer goed.

5.1. Bijlage I van het bestek somt 56 technische normen op waaraan de grondstoffen, de accessoires en de confectie van de regenkledij minimaal moeten voldoen. Eén van deze normen is de waterafstotingsgraad, te meten via de zogenaamde Bundesmann-test. De verzoekende partij voert aan dat door het buiten beschouwing laten van deze Bundesmann-test inzake de waterafstotingsgraad, de gelijkheid tussen de inschrijvers zou zijn geschonden.

5.2. Bij alle offertes werden afwijkingen vastgesteld van de technische normen van het bestek. De verwerende partij heeft daarom besloten om alle offertes technisch conform te verklaren en ze alle te beoordelen aan de hand van de gunningscriteria. Meer bepaald werd geoordeeld, gelet op de onvoldoende resultaten voor alle offertes, met de waterafstotingsgraad geen rekening te moeten houden “gezien de aard van de door de Post gevraagde textielstof”. De verzoekende partij toont niet aan dat deze motivering ondeugdelijk is. Geen enkele van de ingediende offertes werd door deze handelwijze op voorhand uitgesloten. Alle offertes werden door de verwerende partij ook daadwerkelijk onderworpen aan een kwaliteits-beoordeling. Door op die wijze te handelen werd de gelijkheid tussen de inschrijvers niet geschonden.

Het tweede middel is ongegrond.

6. In een *derde middel* voert de verzoekende partij de schending aan van “de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel patere legem quam ipse fecisti, alsmede, voor zover nodig, van het proportionaliteitsbeginsel”. In het eerste middelonderdeel doet zij gelden dat haar variante Dickson ten onrechte als onvoldoende werd beoordeeld inzake de

waterdichtheid van de stof en de gelaste naden. Zij wijst op een tegenstrijdigheid: volgens een laboratoriumtest van de Hogeschool Gent voldeed de variëteit wel aan de normen. In het tweede middelonderdeel betoogt de verzoekende partij dat haar variëteit Finlayson ten onrechte werd afgewezen omwille van een mindere score inzake waterabsorptie. Zij voegt daar aan toe: “het basisweefsel Sofileta (25%) wordt conform verklaard, terwijl de norm oorspronkelijk 10% bedroeg. De redelijkheid vereist dat 25% en 31% over dezelfde kam worden geschoren”.

In haar verzoekschrift tot nietigverklaring stelt zij dat zij zich “in dit stadium slechts tot vermoedens [kan] beperken” en dat zij haar middel verder zal uitwerken na inzage van het administratief dossier. Noch het eerste middelonderdeel, noch het tweede middelonderdeel, worden echter nadien op klare wijze ontwikkeld in de memorie van wederantwoord, waarin zij zich beperkt tot het stellen :

“Men behoeft slechts de offerte van de uiteindelijk weerhouden inschrijver ARWY na te slaan om te zien dat een en ander geen hout snijdt.

Wat de Bundesmann-test betreft haalt de geweigerde offerte Preta-Sofileta een score van 28%, wat onvoldoende is.

De uiteindelijk weerhouden inschrijver ARWY behaalt een score van 52,4% en blijkt van voldoende kwaliteit te zijn, spijts 5-10% de norm is”.

Ondanks het auditoraatsverslag waarin geen van de middelen wordt aanvaard, beperkt de verzoekende partij zich ten slotte, in haar laatste memorie tot twee “opmerkingen”, zonder deze nog aan het ene of andere middel te relateren, zij het dat deze opmerkingen klaarblijkelijk op het hier besproken derde middel kunnen worden betrokken. In een eerste opmerking stelt zij -als nieuwe grief- dat de gekozen offerte had dienen te worden geweerd als niet-conform. Daartoe bespreekt zij opnieuw de scores voor die offerte. In een tweede opmerking betoogt ze :

“Wat de offerte Preta variëteit Dickson betreft, tonen de laboverslagen aan dat het weefsel de beste kwaliteit had qua ondoorlaatbaarheid en waterabsorptie. Het probleem i.v.m. de lasnaden is irrelevant m.b.t. de beoordeling van de grondstoffen zelf, gelet op het feit dat het een element is van het productieproces dat tijdens de productie dient te worden gecontroleerd en aangepast”.

7. In het inleidend verzoekschrift is het middel summier aangebracht en wordt nadere uitwerking in het vooruitzicht gesteld. Na inzage in het administratief dossier had de verzoekende partij het middel kunnen verduidelijken

in haar memorie van wederantwoord. Zij beperkte zich daar echter tot een nog meer summiere benadering. Pas nadat in het auditoraatsverslag het middel als niet ontvankelijk wordt aangemerkt wegens die werkwijze, komt de verzoekende partij, dan toch, zij het op één bladzijde, tot enkele nieuwe vaststellingen. Daarvan blijkt echter niet dat deze niet reeds in de memorie van wederantwoord konden zijn opgenomen. Die argumenten worden aldus te laat aangebracht. Ook de nieuwe invulling van het middel in zoverre ditmaal de gekozen offerte aan kritiek wordt onderworpen, dient als laattijdig te worden aangemerkt.

Het middel is in zijn geheel niet ontvankelijk.

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

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 123,95 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op achttien december 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.