

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 189.935 van 29 januari 2009
in de zaak A. 190.853/XII-5664.**

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

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Justitie,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe en L. Schellekens,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

tussenkommende partij :

de NV TDS,
die woonplaats kiest bij
advocaat K. Roelandt,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 137, bus 1.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Mewaf International op 24 december 2008 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “de gemotiveerde beslissing genomen door de minister van Justitie Jo Vandeuren dd. 18 december 2008 waarbij de overheidsopdracht betreffende de levering van meubilair ten behoeve van de gerechtelijke diensten voor rekening van de Federale Overheidsdienst Justitie gegund wordt aan TDS Office Design, gevestigd Rue de l’Hippodrome 186 te 4000 Liège (Luik), voor wat betreft de percelen 2 en 3 (bestek 2008/RO32/MEMO/05)”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 29 december 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 22 januari 2009, om 10.00 uur;

Gezien het op 14 januari 2009 ingediende verzoekschrift waarbij de nv TDS vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat D. Van Heuven, die verschijnt voor verzoekende partij, van advocaat L. Schellekens, die loco advocaat D. D'Hooghe verschijnt voor verwerende partij, en van advocaat K. Roelandt, die verschijnt voor tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste 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,

OVERWEEGT WAT VOLGT:

De gegevens van de zaak

1. Verwerende partij schrijft met een algemene offerteaanvraag een overheidsopdracht uit voor de levering van meubilair ten behoeve van de gerechtelijke diensten voor rekening van de federale overheidsdienst Justitie.

Deze opdracht, waarop het bestek nr. 2008/ROJ32/MEMO/05 van 10 juni 2008 van toepassing is bestaat uit 3 percelen. Perceel 1 betreft “klassiek meubilair magistraten”; perceel 2 “modern meubilair magistraten”; en perceel 3 “meubilair griffie en secretariaat”.

Deze opdracht met een looptijd van 3 jaar en opzegbaar na het verstrijken van het eerste en tweede jaar betreft een opdracht volgens prijslijst.

De gunningscriteria voor de hier relevante percelen 2 en 3 zijn voor perceel 2 de aangeboden prijs (60 %) en de technische waarde(40%) en voor perceel 3 de aangeboden prijs (65 %) en de technische waarde (35 %). Beide gunningscriteria worden verder omschreven, het gunningscriterium aangeboden prijs voor perceel 2 als volgt :

“1) Prijs : 60 / 100

De quotering stemt overeen met de som van de aangeboden prijzen voor alle artikelen uit het perceel.

Het quoteren gebeurt op grond van de volgende formule:

Quoteren van de offerte : $X = [60 \times M] / P$

waarbij :

- het maximum van 60 punten wordt toegekend aan de conforme offerte, met de laagste prijs P, zijnde M.
- de prijs voor het geheel, zijnde P”.

Bij perceel 3 volgt dezelfde omschrijving zij het dat in plaats van 60 verwezen wordt naar 65.

2. In het Europees Publicatieblad van 12 juni 2008 en in het Bulletin der Aanbestedingen van 16 juni 2008 wordt de aankondiging van deze opdracht bekend gemaakt. De daarin vermelde geraamde waarde van de opdracht zonder btw is 2.200.000 euro (voor de drie percelen samen).

3. De opening der offertes vindt plaats op 4 augustus 2008. Er worden vijf offertes ontvangen waarvan er vier percelen 2 en 3 betreffen waaronder deze van verzoekende partij en deze van de nv TDS.

4. In een gemotiveerd gunningsverslag wordt voor perceel 2 de offerte van nv TDS als eerste gerangschikt met 97,99/100 punten (59,99/60 voor de aangeboden prijs en 38/40 voor de technische waarde). De offerte van verzoekende partij wordt derde gerangschikt met 92,22/100 punten (53,22/60 voor de aangeboden prijs en 39/40 voor technische waarde). Ook voor perceel 3 wordt de offerte van nv TDS Office Design eerste gerangschikt met 97,9/100 punten (63,90/65 voor de aangeboden prijs en 34/35 voor de technische waarde). Verzoekende partij is hier vierde met 89,96/100 punten (55,96/65 voor de aangeboden prijs en 34/35 voor de technische waarde).

5. Onder verwijzing naar deze evaluatie en rangschikking, beslist de Minister van Justitie, op 18 december 2008, met de bestreden beslissing de opdracht voor wat betreft de percelen 2 en 3 toe te wijzen aan nv TDS.

6. Met een aangetekende brief van 18 december 2008 wordt deze beslissing meegedeeld aan verzoekende partij.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

7. 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.

8. Wat de tweede voorwaarde betreft, voert verzoekende partij in een enig middel de schending aan van het “redelijkheidsbeginsel, van het rechtszekerheidsbeginsel, van het vertrouwensbeginsel van het zorgvuldigheidsbeginsel, van het gelijkheidsbeginsel en van de artikelen 16 en 60 van de overheidsopdrachtenwet” aangezien het bestek zo is opgesteld dat het verwerende partij onmogelijk is om de economisch meest voordelige offerte te kiezen wegens een “kennelijk onredelijk keuze voor een opdracht volgens prijslijst zonder vermoedelijke, minimale of maximale hoeveelheden en voor een volstrekt ongedifferentieerde wegingsformule voor het belangrijkste gunningscriterium prijs”. De inschrijvers bevinden zich hierdoor in een ongelijke positie die, zoals zij afleidt uit een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, verzekerd moet worden zowel in de fase van de voorbereiding van de aanbiedingen als bij de beoordeling ervan. Dit creëert ook een onaanvaardbare rechtsonzekerheid in hoofde van de inschrijvers die niet met kennis van zaken kunnen inschrijven en nadien, bij gebreke aan aangekondigde hoeveelheden, ook moeilijkheden hebben om schadevergoeding te bekomen. Verwerende partij miskent zo ook het zorgvuldigheidsbeginsel. Aangezien bij de “voorganger” van deze opdracht met name de algemene offerteaanvraag met het bijzonder bestek nr. 2005/3/GM/A/MEUBILAIR/03 bij de wegingsformule voor de prijs uitdrukkelijk rekening werd gehouden met indicatieve hoeveelheden waardoor rekening werd gehouden met het relatieve gewicht van elk meubel en waardoor de inschrijvers minstens een indicatie hadden van de hoeveelheden die per meubel besteld zou kunnen worden, kan verwerende partij thans niet zonder schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel opteren voor een volkomen ongenueanceerde aanpak.

In een eerste onderdeel wijst zij meer bepaald op het ontbreken van vermoedelijke, minimale of maximale hoeveelheden of indicatieve hoeveelheden van meubelen in het bestek. Dit maakt het haar en alle andere inschrijvers onmogelijk om “rechtszeker in te schrijven”. Bij gebreke van een zelfs maar indicatieve opgave van vermoedelijke of minimale (en maximale) hoeveelheden is het volgens verzoekende partij onmogelijk te weten wat de wensen van de overheid zijn en kunnen de prijzen, die enorm beïnvloed worden door de hoeveelheden, niets anders dan arbitrair zijn want uitgaande van veronderstellingen waarvan onmogelijk geweten kon zijn of ze met de werkelijkheid overeenstemmen. Daardoor wordt ook de vergelijkbaarheid van de offertes onmogelijk, hetgeen een schending is van het rechtszekerheidsbeginsel en van het gelijkheidsbeginsel. Verzoekende partij erkent dat artikel 97, § 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, de totale afwezigheid van opgave van hoeveelheden weze het vermoedelijke of minimale hoeveelheden toelaat. Volgens haar is deze handelwijze echter te dezen toch kennelijk onredelijk aangezien het bestek niet alleen de vergelijkbaarheid van de offertes onmogelijk maakt, maar ook de kans zeer reëel maakt dat verwerende partij niet de beste prijzen heeft gekregen. Nu de totale waarde van de opdracht bekend is (2.200.000 euro) en gegrond moet zijn op een gedetailleerde berekening van verwerende partij, zou deze niet ernstig kunnen stellen dat het haar onmogelijk was om vermoedelijke of minimale hoeveelheden op te geven. Door haar onzorgvuldige keuze heeft verwerende partij het zich aldus te dezen onmogelijk gemaakt om met voldoende juistheid de meest economisch voordelige offerte te kiezen zoals nochtans is voorgeschreven door de artikelen 16 en 60 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

In het tweede onderdeel stelt zij dat formule voor de beoordeling van het gunningscriterium “aangeboden prijs” een kennelijk onredelijke prijsweging inhoudt aangezien de opgegeven eenheidsprijzen van de meubels (per perceel) zonder meer worden samengeteld waardoor de weging van een meubel waarvan verondersteld kan worden dat er veel meer van besteld zullen worden slechts even zwaar weegt als de weging van een meubel waarvan verondersteld mag worden dat er veel minder van besteld zullen worden. Aldus wordt geen rekening gehouden met de reële of vermoedelijke bestellingen en wordt een formule aangewend voor de beoordeling van het belangrijkste criterium, die volledig los staat van de economische realiteit met als gevolg dat inschrijvers gekozen kunnen worden op basis van

“goedkope” prijzen voor duurdere en weinig te bestellen meubelen met uiteindelijk onvoorspelbare en onvoorstelbare budgettaire consequenties voor de overheid. Te dezen zijn de prijsverschillen tussen de diverse inschrijvers als gevolg van de al te eenvoudige lineaire weging van het prijscriterium zeer veel groter dan binnen de sector van de kantoormeubelen gebruikelijk (meer dan 10 %) en is het perfect mogelijk dat uiteindelijk, wanneer de hoeveelheden gekend/besteld zijn, verwerende partij een substantieel hogere prijs betaald heeft dan de prijs die zij bijvoorbeeld zou betalen bij verzoekende partij (bijvoorbeeld omdat bij haar de bureaus goedkoper geprijsd zijn). Aldus staat kennelijk vast dat het gunningscriterium aangeboden prijs niet zo is opgesteld dat het redelijkerwijze toelaat om de economisch meest voordelige aanbidding te kiezen en verwerende partij moet worden geacht dit te weten nu zij in de voornoemde vorige opdracht met vergelijkbaar voorwerp bij de weging rekening hield met indicatieve hoeveelheden.

9.1. In de mate dat in het enig middel de schending wordt aangenomen van artikel 60 van de voormelde wet van 24 december 1993 betreft het middel een niet toepasselijk artikel nu het te dezen niet gaat om een opdracht als bedoeld in boek II van die wet waarvan dit artikel deel uitmaakt, namelijk een opdracht in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten.

9.2. Krachtens artikel 16 dient bij een algemene offerteaanvraag, zoals te dezen “de opdracht toegewezen te worden aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indiende, rekening houdend met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek of eventueel in de aankondiging van de opdracht. De gunningscriteria moeten betrekking hebben op het onderwerp van de opdracht, bijvoorbeeld de kwaliteit van de producten of prestaties, de prijs, de technische waarde, het esthetisch en functioneel karakter, de milieukeurmerken, sociale en ethische overwegingen, de kosten van het gebruik, de rentabiliteit, de dienst na-verkoop en de technische bijstand, de leveringsdatum en de termijn van levering of uitvoering [...]”.

Artikel 86 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, onderscheidt de verschillende vormen van prijsbepaling waaronder de opdracht volgens prijslijst. Dit is luidens artikel 86, derde lid “een opdracht waarvan alleen de eenheidsprijzen voor de prestaties forfaitair zijn; door de eenheidsprijzen op de hoeveelheden van de verrichte prestaties toe te passen, wordt het te betalen bedrag vastgesteld”. In het specifieke kader van de overheids-

opdrachten voor aanneming van leveringen of van diensten bepaalt artikel 97, § 2, eerste lid, van hetzelfde koninklijk besluit dat een opdracht voor aanneming van leveringen of van diensten waarin slechts forfaitaire posten voorkomen een opdracht is voor globale prijs. “Indien geen hoeveelheden of slechts vermoedelijke hoeveelheden zijn vermeld, inzonderheid zo het bestek een zekere speling voor de te leveren hoeveelheden mogelijk maakt of de aanbestedende overheid zich het recht voorbehoudt de bestellingen naar haar behoeften te regelen”, dan zijn luidens artikel 97, § 2, tweede lid, “alleen de eenheidsprijzen forfaitair en is de opdracht een opdracht volgens prijslijst”.

Aldus lijkt met verwerende partij en tussenkomende partij te moeten worden vastgesteld dat de toepasselijke reglementering een opdracht volgens prijslijst zonder dat minimale of maximale hoeveelheden of zelfs vermoedelijke hoeveelheden worden vermeld niet uitsluit maar integendeel daarin voorziet.

Bijgevolg rijst de vraag of verzoekende partij toch aantoont dat het niet vermelden van -zelfs vermoedelijke- hoeveelheden en het niet differentiëren in het gunningscriterium “aangeboden prijs” naargelang het belang van de respectieve meubelitems, strijdig is met de ingeroepen beginselen van behoorlijk bestuur en te dezen met zich kan meebrengen dat de opdracht niet wordt toegewezen aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indiende zoals vereist door het voormelde artikel 16 van de wet van 24 december 1993.

Er dient te worden vastgesteld dat reeds ten tijde van het indienen van de offerte bepaalde gegevens beschikbaar waren die het mogelijk maakten, zo lijkt het, met voldoende kennis van zaken een offerte in te dienen. Enerzijds werd immers in de aankondiging van de opdracht de geraamde waarde van de opdracht vermeld zodat een inschrijver, zo lijkt het, in staat kon zijn het belang van de opdracht in te schatten ook per perceel, nu aangenomen kon worden dat het aandeel van perceel 3 (meubilair griffie en personeel) daarin redelijkerwijze hoger zou liggen dan dat van de twee andere percelen (klassiek en modern meubilair magistraten). Voorts lijkt het dat ook kon worden geanticipeerd op het waarschijnlijke belang van bepaalde meubelen. Zo kon redelijkerwijze aangenomen worden dat het aantal te bestellen vergadertafels lager zou liggen dan het aantal te bestellen bureaus dat normalerwijze lager ligt dan het aantal kasten.

In die omstandigheden wordt niet *prima facie* aangetoond dat de prijzen niet anders dan arbitrair konden zijn bepaald. Evenmin wordt concreet

aangetoond dat dit alles de vergelijkbaarheid van de offertes onmogelijk maakt.

De offertes worden immers vergeleken op grond van de aangeboden prijs en de technische waarde van het aangeboden meubilair dat moet beantwoorden aan de in het bestek opgenomen specificaties. Het argument dat niet zeker is dat verwerende partij de beste prijzen kreeg, lijkt daarbij vreemd aan de vraag of de offertes vergelijkbaar zijn.

Aldus lijkt niet te worden aangetoond dat het zorgvuldigheids-, of redelijkheidsbeginsel geschonden zijn door het niet opnemen in het bestek van zelfs maar vermoedelijke hoeveelheden, of dat dit niet toeliet een voldoende rechtszekere offerte in te dienen. Evenmin lijkt hierdoor de gelijke behandeling tussen de inschrijvers geschonden die alle dienden in te schrijven op grond van hetzelfde bestek.

Verzoekende partij toont ook niet aan waarom het tegendeel voortvloeit uit haar verwijzing naar één arrest van Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen. Immers doet zij daarbij niets meer dan affirmeren dat de gelijkheid der inschrijvers verzekerd moet worden zowel in de fase van de voorbereiding van de aanbiedingen als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende overheid. Zij toont echter zelf niet aan waarom dit principe volgens het Hof zou vereisen dat in het bestek hoeveelheden worden aangeduid en gewerkt met een gedifferentieerd prijscriterium. Zij laat daarentegen de analyse van dat arrest en het gemotiveerd beargumenteren van de gevolgtrekkingen daaruit over aan de Raad van State. Een dergelijke werkwijze kan niet in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden ingepast.

Ook de verwijzing in het verzoekschrift naar de mogelijke moeilijkheden om later schadevergoeding te bekomen, en de rechtsleer ter zake over de vraag hoe de forfaitaire schadevergoeding van 10 % bij aanbestedingen berekend moet worden, dit wil zeggen wat het bedrag van de inschrijving is wanneer geen hoeveelheden zijn aangegeven, lijkt aan die alles vreemd.

Het feit dat in de algemene offerteaanvraag beheerst door het bijzonder bestek nr. 2005/3/GM/A/MEUBILAIR/03 bij de wegingsformule voor de prijs uitdrukkelijk rekening zou zijn gehouden met indicatieve hoeveelheden waardoor het relatieve gewicht van elk meubel in aanmerking werd genomen en waardoor de inschrijvers minstens een indicatie hadden van de hoeveelheden die per meubel besteld zouden kunnen worden, toont, zo lijkt het, evenmin aan dat het feit

dit thans niet meer te doen daarom alleen onzorgvuldig of onredelijk is dan wel strijdig met het vertrouwensbeginsel. Los van de vaststelling dat die opdracht een beperkter gamma te leveren meubilair lijkt te betreffen, kan immers worden vastgesteld dat dit reeds niet meer was opgenomen in het daaropvolgende bijzonder bestek nr. 2006/ROJ32/meubilair/2 zodat het niet lijkt te gaan om een afwijking van de voorheen geldende vaste praktijk. Aangezien een bijzonder bestek steeds een bepaalde opdracht betreft, lijkt ook niet zonder meer aangenomen te kunnen worden dat een inschrijver er rechtmatig op kon vertrouwen dat voor een volgende opdracht de aanbestedende overheid dezelfde bepalingen in het dan vastgestelde en op die nieuwe opdracht van toepassing zijnde bijzonder bestek zou opnemen.

9.3. In de mate in het tweede onderdeel van het enig middel de inhoud van het gunningscriterium aangeboden prijs wordt bekritiseerd in de mate dit niet differentieert naargelang het belang van het corresponderende meubelitem in de opdracht, dient herhaald dat de ingeroepen regelgeving dit niet uitdrukkelijk vereist en lijkt het prima facie geen “kennelijk onvoldoende genuanceerde prijsweging” om, nu zelfs geen vermoedelijke hoeveelheden worden vermeld in het bestek, een dergelijke weging ook niet op te nemen in het gunningscriterium van de prijs.

Verzoekende partij toont ook niet met de vereiste prima facie ernst aan dat dit het onmogelijk maakt om de economisch meest voordelige offerte te kiezen. De stelling dat de prijsverschillen tussen de verschillende inschrijvers zeer veel groter zijn dan binnen de sector kantoormeubelen gewoon (meer dan 10 %) wordt niet nader geconcretiseerd. In de mate aangevoerd wordt dat het door de afwezigheid van dergelijke weging mogelijk is dat uiteindelijk, wanneer de hoeveelheden gekend/besteld zijn, verwerende partij meer betaalt dan de prijs die bij verzoekende partij betaald zou zijn bijvoorbeeld omdat bij haar de bureaus beter geprijsd zijn, lijkt verzoekende partij eraan voorbij te gaan dat de vraag is welke offerte voor de globale opdracht globaal de meest voordelige is. Zo zou kunnen worden geargumenteed dat door het niet vermelden van vermoedelijke hoeveelheden de inschrijvers ertoe worden aangezet voor elk meubelitem, ongeacht het belang ervan, hun beste prijs te bieden. De verwijzing naar het bestek 2005/03 lijkt niet te volstaan om anders te oordelen.

9.4. Bij dit alles dient ten slotte rekening te worden gehouden met de vaststelling dat verzoekende partij bij kennisname van het bijzonder bestek het niet nodig vond ter zake opmerkingen te maken of in rechte te treden maar een offerte indiende en dus blijkbaar zelf aannam dat het mogelijk was een offerte in te dienen en voor het bestuur om deze te beoordelen.

9.5. Het enig middel is bijgevolg in zijn geheel niet ernstig. Aldus is niet voldaan aan de tweede van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die vervuld moeten zijn om de schorsing toe te wijzen.

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

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de nv TDS in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 125 euro, komen ten laste van tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op negenentwintig januari 2009, door :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	F. BONTINCK,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

D. VERBIEST.