

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 192.572 van 23 april 2009
in de zaak A. 109.276/XII-3269.**

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

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Landsverdediging.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de BVBA Prevost-Tavernier op 21 augustus 2001 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing genomen door : het Ministerie van Landsverdediging, Krijgsmacht, Diensten van de Generale Staf - Algemene Aankoopdienst, Ondersectie Aankopen Uitrustingen, Leder- en Textielwaren, Inzake: Ref. SAE nr. 047110, levering van “gevechtsschoenen hoge schacht mod. 95”, beslissing volgens notificatie aan verzoekende partij genomen op 13 juni 1998 [lees: 2001]. Bij deze beslissing wordt de offerte van verzoekende partij als administratief niet conform afgewezen en wordt beslist de opdracht niet toe te wijzen; tevens wordt beslist de procedure te herbeginnen.”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 26 november 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 7 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 verzoekende partij, en van luitenant-kolonel militair administrateur A. De Decker, die verschijnt voor verwerende 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 schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een opdracht met als voorwerp een meerjarige open overeenkomst (2000-2002) voor de aankoop van “gevechtsschoenen hoge schacht” voor de verschillende krijgsmachtdelen.

Het bestek bepaalt in §7, d., (3), (b), omtrent de bij de offerte te voegen modellen en documenten, dat “een laboratoriumanalyse zal bij de offerte gevoegd worden en zal betrekking hebben op de volgende eisen :

- “- het buitenleder [...]
- het voeringleder [...]
- het binnenzoolleder [...]

Richtlijnen m.b.t. de laboratoriumanalyses

Enkel attesten, voorkomend van officiële organismen, van erkende laboratoria in de zin van de wet van 20 juli 1990 betreffende de accreditatie van certificatie- en keuringsinstellingen, alsmede de beproevingslaboratoria of gelijkaardige laboratoria geaccrediteerd in de Europese Gemeenschap, zullen aanvaard worden.

Deze laboratoria moeten bovendien onafhankelijk zijn van de inschrijvers.

Indien een dergelijk attest wordt voorgelegd zullen de betrokken proeven NIET opnieuw uitgevoerd worden in het kader van de evaluatie.

Elke laboratoriumanalyse dient verplichtend betrekking te hebben op de goederen uit het onderwerp van deze opdracht.”

Er worden zes offertes ontvangen, waaronder deze van de verzoekende partij. De offertes worden geopend op 20 oktober 2000 om 10 uur.

In het gunningsverslag worden alle offertes administratief niet-conform verklaard. Volgens het gunningsverslag is “de hoofdreden voor deze niet overeenkomstige offertes te wijten aan het feit dat de inschrijvers labo-analyses afgeleverd hebben van niet geaccrediteerde organismen (niet conform §7.d.(3)(b) van het bestek). Daarenboven zijn de meeste labo-analyses onvolledig of geven zelfs waarden aan die buiten de opgegeven toleranties liggen [...]”. De bevoegde ordonnateur beslist op 7 juni 2001 om de opdracht niet te gunnen en de procedure te herbeginnen met een nieuwe algemene offerteaanvraag en nieuwe technische specificaties.

Beide beslissingen worden op 13 juni 2001 in afzonderlijke brieven ter kennis gegeven aan de verzoekende partij.

Op 18 juni 2001 vraagt de verzoekende partij de gemotiveerde beslissing op. Deze wordt haar toegezonden met een brief van 22 juni 2001.

De gegrondheid

2. De verzoekende partij werpt als *eerste middel* de schending op van “artikel 90, § 2 van het K.B. 8 januari 1996”. Zij onderbouwt dit middel als volgt :

“Doordat bewust artikel stelt dat de bescheiden, modellen, monsters en alle andere inlichtingen door het bijzonder bestek vereist, bij de offerte moeten worden gevoegd, tenzij in het bestek anders is bedongen, en de aanbestedende overheid op grond van het niet voorleggen van attesten van geaccrediteerde laboratoria besluit tot de onregelmatigheid van de offerte ingediend door verzoekende partij,

terwijl het bijzonder bestek hier niet de sanctie van onregelmatigheid voorziet doch wel de uitvoering van de technische testen door de overheid zelf tijdens de evaluatie van de offertes.

Toelichting

In de bestreden beslissing wordt gesteld dat tot de onregelmatigheid van de offerte werd besloten wegens het ontbreken van attesten van geaccrediteerde laboratoria. Het bijzonder bestek voorziet geenszins de verplichte voorlegging van dergelijke attesten.

De tekst van het bijzonder bestek luidt als volgt :

‘[...]’

Richtlijnen m.b.t. de laboratoriumanalyses

[...]

Indien een dergelijk attest wordt voorgelegd, zullen de betrokken proeven NIET opnieuw uitgevoerd worden in het kader van de evaluatie. [...].

Het bijzonder bestek stelt daarom dat de proeven die niet door een attest van een geaccrediteerd laboratorium worden bevestigd, in het kader van de evaluatie opnieuw zullen worden uitgevoerd.

Deze interpretatie is de enige logische. Door anders te interpreteren schendt de overheid de voorschriften van het bijzonder bestek”.

3. Artikel 90, §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, luidt als volgt : “De bescheiden, modellen, monsters en alle andere inlichtingen die door het bestek worden vereist, moeten bij de offerte worden gevoegd, tenzij in het bestek anders is bedongen”.

Het bestek bepaalt : “Indien een dergelijk attest wordt voorgelegd, zullen de betrokken proeven niet opnieuw uitgevoerd worden in het kader van de evaluatie”.

Uit de betrokken besteksbepaling kan enkel worden afgeleid dat de verwerende partij de door de inschrijvers voorgelegde attesten van geaccrediteerde laboratoria zonder enig wantrouwen of nadere controle zal aanvaarden. De interpretatie van de verzoekende partij, waarbij deze zin een afwijking zou vormen van de verplichting tot het bijvoegen bij de offerte van de door het bestek vereiste stukken, kan niet worden gevolgd. Haar interpretatie gaat immers voorbij aan de hiervoor aangehaalde besteksbepaling (§7, d., (3), (b)) op grond waarvan een laboratoriumanalyse “zal” worden gevoegd bij de offerte. Zulks houdt een verplichting in.

Aldus is niet aangetoond op welke wijze het in het middel vermelde artikel 90, §2, is geschonden.

Het eerste middel is aldus ongegrond.

4. De verzoekende partij voert als *tweede middel* de schending aan van “artikel 90, § 2 van het K.B. 8 januari 1996 en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidbeginsel”. Zij betoogt daartoe wat volgt :

“Doordat bewust artikel stelt dat de bescheiden, modellen, monsters en alle andere inlichtingen door het bijzonder bestek vereist, bij de offerte moeten worden gevoegd, tenzij in het bestek anders is bedongen, en de aanbestedende overheid op grond van het niet voorleggen van attesten van geaccrediteerde laboratoria besluit tot de onregelmatigheid van de offerte ingediend door verzoekende partij en tot de heraanbesteding wegens het ontbreken van conforme offertes,

terwijl het bijzonder bestek zoals door de aanbestedende overheid geïnterpreteerd en toegepast een onmogelijke eis stelt, nl. de voorlegging van laboratoriumattesten afkomstig van onbestaande geaccrediteerde laboratoria, hetgeen haaks staat op de plicht van de overheid een zorgvuldige belangenafweging te maken tussen de betrokken inschrijvers”.

De verzoekende partij geeft nadere toelichting bij haar middel door te stellen dat zij “het onmogelijke” heeft gedaan om een geaccrediteerd laboratorium te vinden.

In haar memorie van wederantwoord stelt de verzoekende partij dat ook de vijf andere inschrijvers geen dergelijk laboratorium hebben kunnen vinden. Zij suggereert daarnaast dat de verwerende partij een geaccrediteerd laboratorium zou moeten kunnen aanwijzen, wat zij niet doet.

5. Er wordt in de eerste plaats niet ingezien hoe de bepaling van het hiervoor aangehaalde artikel 90, §2, is geschonden doordat te dezen de verwerende partij vaststelde dat een in het toepasselijke bestek gevraagd laboratoriumattest niet bij de offerte van de verzoekende partij was gevoegd, dat die offerte daardoor als niet conform is afgewezen, en doordat zij besliste de opdracht niet toe te wijzen en de gunningsprocedure te herbeginnen. Het middel is in zoverre niet gegrond.

De verzoekende partij verwijt voorts de verwerende partij onzorgvuldig handelen doordat zij de offerte van de verzoekende partij onregelmatig bevond en tot een nieuwe procedure besliste, op grond van een zogenoemd onmogelijk vereiste in het bestek, namelijk de voorlegging van laboratoriumattesten van “onbestaande geaccrediteerde laboratoria”.

Ongeacht de vraag naar de juistheid van de grief, dat de betrokken laboratoria niet zouden hebben bestaan, is het dat vermeend onzorgvuldig en dus onrechtmatig besteksvereiste dat de verzoekende partij als argument aanvoert op grond waarvan zij de bestreden beslissingen onrechtmatig acht.

Ingeval dat besteksvereiste niet onrechtmatig was, zijn de bestreden beslissingen waaronder de onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij, terecht genomen.

Ingeval dat besteksvereiste echter wel onrechtmatig was, mocht de verwerende partij zich daarop niet steunen om welke offerte ook onregelmatig te verklaren, en kon zij mede rekening houdend met dat besteksvereiste, in elk geval niet rechtmatig tot een toewijzing beslissen; in de gegeven omstandigheden kan de Raad van State er niet toe komen de beslissingen te sanctioneren waarmee de verwerende partij de offerte van verzoekende partij afwees, de opdracht niet heeft toegewezen en de procedure is herbegonnen.

Het middel wordt in zijn geheel niet aanvaard.

6. De verzoekende partij steunt een *derde middel* op de schending van “de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de motiveringsverplichting en het beginsel patere legem quam ipse fecisti”. Zij doet aldus gelden :

“Doordat de bestreden beslissing als motivering voor de afwijzing van de offerte van verzoekende partij verwijst naar het bijzonder bestek dat een dwingende eis zou stellen attesten van geaccrediteerde laboratoria aan de offertes toe te voegen, en motiveert dat geen enkele offerte conform is om de beslissing tot heraanbesteding te nemen;

terwijl

eerste onderdeel, de aanbestedende overheid door het opleggen van de sanctie van onregelmatig verklaren van de offerte geenszins het bijzonder bestek toepast;

tweede onderdeel, de toepassing van de sanctie en het beslissen tot herbeginnen van de procedure aldus niet wordt geschraagd door rechtsgeldige motieven”.

7. De verzoekende partij schraagt dit middel door zich te steunen op haar lezing van het bestek dat de keuze mogelijk zou maken om al dan niet laboratoriumattesten bij de offerte te voegen. Bij de beoordeling van het eerste middel is die lezing door de Raad van State niet gevolgd. Het middel is aldus niet gegrond, nu het uitgaat van een niet aanvaarde premisse.

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 de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op drieëntwintig april 2009, 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.