RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 196.610 van 1 oktober 2009
in de zaak A. 83.306/XII-1984.

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.

tussenkomende partij :

de NV SEYNTEX,
die woonplaats kiest bij
advocaat V. Van Houtte,
kantoor houdende te 1000 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 werkbroeken 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";

Gelet op het arrest nr. 185.219 van 8 juli 2008 waarbij de debatten worden heropend en het auditoraat met een aanvullend onderzoek wordt gelast;

Gezien het aanvullend verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 16 maart 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 28 april 2009;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. Honnay, die verschijnt voor verzoekende partij, van kapitein De Saedeleer, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat F. Vlassembrouck, die loco advocaat V. Van Houtte verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het andersluidend 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:

Herneming van de gegevens van de zaak.

1. 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 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 verzoekende partij, dienen een offerte in.

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

Inzake de offerte van 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, tussenkomende partij.

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

Bij brief van 5 februari 1999 vraagt 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 verzoekende partij technisch onregelmatig wordt verklaard. In dat stuk is de reden daarvoor niet vervat.

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

7. Bij faxbericht van 8 april 1999 vraagt 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. In het voormelde arrest nr. 185.219 werd de zaak afgedaan in zoverre het de twee middelen betreft die in het inleidend verzoekschrift waren aangevoerd.

9. Verzoekende partij voerde in haar memorie van wederantwoord een nieuw middel aan dat in het voormelde arrest nr. 185.219 ontvankelijk werd bevonden.

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.

Zij betoogt daarbij wat volgt :

"Zoals verwerende partij het uitdrukt werden de meeste inschrijvers als niet-conform aanzien, eenvoudig weg omdat het model met een zoom werd aangeboden.

Dit was het geval met de offerte Pelsmaeckers, Induyco, Michielsens, Arwy en verzoekende partij. De offerte Bimexco wordt om onduidelijke redenen geweerd. Vandeputte was volgens de Marine conform doch wordt zonder enige opgave van reden technisch niet-conform verklaard.

De hamvraag is dan ook of het eenvoudig aanbieden van de broek met zoom in het bestek was voorzien als een uitsluitingscriterium.

Bij nazicht van het bestek SAE 849220, nr. 6 g wordt enkel gesteld dat de modellen met een geel garen moeten gestikt zijn, wat geen relevantie heeft gehad voor de gunning. Van een zoom is geen sprake.

De bijlage E vermeldt de matentabel onder de volgende hoofding :

'Matentabel voor de werkbroeken van de Marine (in cm en zonder zoom)'.

Nergens wordt vermeld dat de modellen zonder zoom moeten worden aangeboden. Het typemodel dat bij de Krijgsmacht ter inzage lag was trouwens met een zoom afgewerkt. Verzoekende partij kon er dan ook redelijkerwijs van uitgaan dat de broek met een zoom moest worden afgewerkt.

De vermelding 'zonder zoom' betekent dan ook op het eerste zicht dat de normen worden aangegeven zonder rekening te houden met de zoom en dat aldus zal worden gemeten. De matentabel vermeldt trouwens ook de 'halve zoomwijdte', wat er integendeel op wijst dat een zoom noodzakelijk is.

A contrario kan nog worden gesteld dat de matentabel ook vermeldt 'Totale lengte zonder band'; in de logica die verwerende partij meent te moeten hanteren, zou dit betekenen dat het model zonder broeksband moet worden aangeboden ?

Het is dan ook evident dat hier een niet in het bestek opgenomen criterium werd gehanteerd, minstens dat nergens in het bestek een dergelijk criterium als een uitsluitingscriterium wordt gegeven.

Minstens is er zware onlogica in de interpretatie van het bestek, hetgeen volgens de rechtspraak van uw Raad tot vernietiging van de bestreden gunningsbeslissing leidt (arrest nr. 31.693 van 11 januari 1989, Orbetra; arrest nr. 40.170 van 27 augustus 1992, Ambaro).

Het feit dat het etiket niet werd meegenomen in de broeksband is blijkens de memorie van antwoord van verwerende partij geen uitsluitingscriterium geweest - wat ook moeilijk had gekund, aangezien het model van de uiteindelijk weerhouden inschrijver dezelfde afwijking vertoonde !".

In haar laatste memorie na het aanvullend verslag doet verzoekende partij nog gelden hetgeen volgt :

"Aangezien een broek waarin een zoom moet worden aangebracht duurder is dan een broek die niet hoeft te worden afgezoomd, kunnen zij er bovendien niet van verdacht worden 'bijbedoelingen' gehad te hebben met feit dat zij in hun offerte prijzen hebben opgegeven voor broeken mét zoom [...]
In het bestek ontbreekt een gedetailleerde technische confectienota. Er wordt nergens uitdrukkelijk opgelegd of de broeken een zoom moeten hebben of niet. Toch was het voor elke normaal voorzichtige inschrijver duidelijk dat er wel degelijk broeken mét zoom dienden te worden afgeleverd. Dit bleek namelijk ten eerste uit de vermelding van de maten voor 'halve zoomwijdte' in de matentabel en ten tweede uit het feit dat het 'oriëntatiemodel' dat de inschrijvers met toepassing van artikel 6g van het bijzonder bestek bij de aanbestedende overheid konden bekijken, wel degelijk een zoom had. Een en ander wordt hieronder besproken [...]
De verwerende partij en het auditoraat baseren zich anderzijds op een vermelding in de matentabel voor hun argumentatie dat er wel degelijk broeken zonder zoom dienden te worden geleverd. Deze matentabel is opgenomen als bijlage bij het bestek, nl. als bijlage F.
Deze bijlage F is getiteld 'Technische beschrijving van de werkbroek marine'. Zij bevat zes onderdelen, namelijk :
1. Basisweefsel
2. Oriëntatiemodel
3. Matentabel
4. Minimale eisen inzake confectie
5. Verpakking, verzegeling en merken
6. kwalitatieve oplevering

De matentabel die als onderdeel 3 wordt weergegeven in deze bijlage wordt hieronder overgenomen :
Matentabel voor de werkbroeken van de Marine (in cm en ZONDER ZOOM)

Halve Bandwijdte	Totale lengte ZONDER BAND	Tussenbeen lengte	Halve zitwijdte	Halve kruisbreedte	Halve kniewijdte	Halve Zoomwijdte
36	110	89	47	31	26	24

[...]
Het Auditoraat leidt uit de vermelding bovenaan de matentabel '(in cm en zonder zoom)' af dat de aanbestedende overheid oplegde dat er broeken zonder zoom dienden te worden afgeleverd.
In werkelijkheid wordt met de bedoelde aanduiding bovenaan de 'matentabel' enkel aangegeven op welke wijze de maten die door de aanbestedende overheid in de bijhorende matentabel worden opgegeven, dienen te worden geïnterpreteerd. Het betreft namelijk maten
- 'in centimeter' (en dus bijvoorbeeld niet in millimeter of inches) en
- 'zonder zoom', d.w.z. dat in de opgegeven maten geen rekening wordt gehouden met de aanwezigheid van een zoom.

'zonder zoom' betekent derhalve dat wanneer bijvoorbeeld de 'totale lengte' van de broek wordt opgegeven in de matentabel, daarmee de lengte

(in centimeter) zonder zoom bedoeld wordt. Indien een aannemer een broek mét zoom vervaardigt, zal hiervoor meer weefsel nodig zijn (nl. in principe 'standaard' 3 cm^4), maar met dit omgezoomde (en dus niet 'zichtbare') deel wordt bij de weergave van de maten in de matentabel geen rekening gehouden.
De verwijzing bovenaan de matentabel '(in cm en zonder zoom)' betekent dus niet dat de aanbestedende overheid zou opleggen dat er broeken zouden worden afgeleverd zonder zoom. Niet voor niets staat de bedoelde verwijzing tussen haakjes, en staan 'in cm' en 'zonder zoom' in nevenschikking naast elkaar. De aanbestedende overheid legt niets op, maar geeft enkel een aanwijzing over hoe de maten in de matentabel door de inschrijvers dienen te worden geïnterpreteerd.
Het betreft enkel een vooraf vastgestelde 'afspraak', een 'conventie'; nl. een aanwijzing over wat de door de aanbestedende overheid opgegeven maten in de matentabel precies betekenen, zodat er daarover achteraf geen misverstanden zouden kunnen rijzen.
Op deze wijze wordt vermeden dat een inschrijver zich er achteraf zou over komen beklagen

- dat hij had gemeend dat de maten bijvoorbeeld in millimeter of inches waren weergegeven. Dit risico was weliswaar eerder theoretisch, aangezien het resultaat van een dergelijke meting weinig 'realistisch' zou zijn geweest;
- dat hij had gemeend dat hij bij de opgave van (een onderdeel van) de lengte van de broek ook rekening had moeten houden met de lente van de (zoals bleek uit andere bepalingen van het bestek (zie hieronder) verplicht aan te brengen) zoom. Dit laatste was een veel minder denkbeeldig 'risico'. Over de vraag of de aanbestedende overheid bij de opgave van de maten al dan niet rekening had gehouden met de zoom (die niet zichtbaar is, maar waarvoor wel enkele centimeters stof vereist is), moest dan ook absoluut op voorhand in het bestek uitsluitsel worden gegeven.

De aanduiding 'zonder zoom' was derhalve een absoluut noodzakelijke aanwijzing voor de correcte interpretatie van de matentabel, maar betekende niet dat de aanbestedende overheid oplegde dat er broeken zonder zoom moesten worden afgeleverd.

4.

Het tegendeel is waar.
Uit de matentabel kan immers precies worden afgeleid dat de aanbestedende overheid oplegde dat er wel degelijk broeken mét zoom zouden worden afgeleverd.
De aanbestedende overheid vermeldt in de matentabel immers uitdrukkelijk welke 'halve zoomwijdte' (zie de laatste kolom zoals hierboven weergegeven) zij wenst voor de opeenvolgende maten.
Deze kolom in de matentabel zou uiteraard niet de minste zin hebben, indien verwacht werd dat de inschrijvers een broek zonder zoom zouden leveren. Hoe zouden de inschrijvers er immers toe verplicht kunnen worden om de opgegeven maten voor de (halve) zoomwijdte te respecteren, indien zij geen zoom zouden moeten aanbrengen ?
Uit de vermelding van de maten waaraan de zoom diende te voldoen in de matentabel konden de inschrijvers dan ook impliciet maar zeker afleiden dat de broeken wel degelijk moesten worden omgezoomd. Ook al werd bij de opgegeven maten (in centimeter) in de matentabel, nl. van de 'totale lengte' en de 'tussenbeenlengte), met deze zoom geen rekening gehouden...

5.

Voor het overige is de enige ander aanwijzing in (de 'technische beschrijving' van) het bestek over de vraag of er al dan niet een zoom dient te worden aangebracht door de opdrachtnemers, bij gebreke aan technische confectienota, het zgn. 'oriëntatiemodel' dat de inschrijvers ter plaatse konden gaan raadplegen bij het bestuur.

De verzoekende partij heeft als normaal zorgvuldig aannemer ter plaatse het oriëntatiemodel bestudeerd, en heeft daar, kennelijk net zoals vier van de andere inschrijvers, vastgesteld dat dit model wel degelijk een afgewerkte zoom had, nl. van 3 cm. De verwerende partij heeft deze feitelijke vaststelling overigens ook nooit betwist.
Naar dit oriëntatiemodel wordt niet alleen verwezen in het bestek zelf (onderdeel 6g), maar eveneens in een afzonderlijk onderdeel (onderdeel 2) van de 'technische beschrijving' (bijlage F) waarin eveneens de matentabel wordt vermeld.
Er kan dan ook redelijkerwijze worden aangenomen dat de inschrijvers ervan mochten -ja, moesten- uitgaan dat de broeken die zij dienden af te leveren, dienden te voldoen aan de 'techniek' volgens dewelke het oriëntatiemodel was vervaardigd, namelijk mét zoom.
6.
Uit het voorgaande blijkt dat het weinig verwonderlijk is dat de meerderheid van de inschrijvers een prijs heeft opgegeven voor afgezoomde broeken. Dat dit wel degelijk vereist werd, bleek zowel uit de uitdrukkelijke verwijzingen naar de te respecteren maten van de zoom in de matentabel als uit een eenvoudige kennisneming van het oriëntatiemodel. Elke normaal zorgvuldige aannemer zou in deze omstandigheden tot de conclusie zijn moeten komen dat er wel degelijk broeken mét een zoom dienden te worden geleverd.
Derhalve is er, zoals in de memorie van wederantwoord reeds werd aangehaald, kennelijk sprake van een schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en meer bepaald van het zorgvuldigheidsbeginsel.
Bovendien werd artikel 16 van de Overheidsopdrachtenwet met voeten getreden. De offerte werd immers niet toegewezen aan de voordeligste regelmatige offerte, maar wel aan de offerte van een inschrijver die, voor zover wordt uitgegaan van een correcte interpretatie van het bestek, een onregelmatige offerte had ingediend door prijzen op te geven voor broeken zonder zoom. De offerte van de verzoekende partij, die betrekking had op broeken mét zoom, werd daarentegen kennelijk ten onrechte als onregelmatig geweerd.
Ook het beginsel patere legem quam ipse fecisti werd met voeten getreden. De aanbestedende overheid heeft zich bij de beoordeling van de offertes immers niet gehouden aan de door haar zelf naar voren geschoven bestekbepalingen. Zij heeft aan deze bestekbepalingen een kennelijk verkeerde draagwijdte gegeven".

Noch in een laatste memorie die ontbreekt en noch zelfs ter terechtzitting spreekt verwerende partij het betoog tegen. Ook de Raad van State ziet geen reden om dat betoog te betwisten en valt het dienvolgens bij.

De argumentatie, dat de vermelding "zonder zoom" enkel een aanwijzing was van het meten en geen verplicht technisch voorschrift was van het model, is zoals hiervoor aangehaald, consistent en overtuigend. Ze wordt ondersteund door een aantal gegevens : dat de optie met zoom duurder uitviel voor de inschrijver, dat vijf van de acht inschrijvers voor die optie kozen, dat het tentoongestelde model er blijkbaar een was met zoom. Dit alles wordt niet tegengesproken door verwerende partij.

Door toch te steunen op een interpretatie van het bestek waaruit zou moeten worden afgeleid dat het gevraagde kledingstuk van geen zoom mocht zijn voorzien, paste de verwerende partij dat bestek niet correct toe. De onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partij was dus onterecht. Aldus staat niet meer vast dat de bestreden toewijzing is gebeurd overeenkomstig artikel 16 van de voormelde wet van 24 december 1993, krachtens welke bepaling de opdracht wordt toegewezen aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indiende, nu de als regelmatig te beschouwen offerte van verzoekende partij van beoordeling aan de hand van de gunningscriteria was uitgesloten.

Het besproken middelonderdeel is gegrond, wegens schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en het voormelde artikel 16.

OM DEZE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE:

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van de minister van Landsverdediging van 23 december 1998 waarbij de offerte van bvba Prevost-Tavernier onregelmatig wordt verklaard en de opdracht (ref SAE nr. 849220) voor levering van brandvertragende werkbroeken voor de marine wordt toegewezen aan de nv Seyntex.

Artikel 2.

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

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op een oktober 2009, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
	F. BONTINCK,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

F. BONTINCK. **D. VERBIEST.**