

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 206.598 van 13 juli 2010
in de zaak A. 133.007/XII-3775**

In zake: de NV NEOREC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Vanderhasselt
kantoor houdend te Brussel
Emile De Motlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Binnenlandse Zaken

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 14 februari 2003, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van de tegenpartij om de overheidsopdracht nr. DMA 2002 R3 356 betreffende de aankoop van verlichte uithangborden toe te kennen aan de NV The Neon Company, [...] en om verzoekster betreffende dezelfde aanbesteding uit te sluiten door haar offerte onregelmatig te verklaren”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 februari 2010.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Mathieu Malfait, die loco advocaat Philippe Vanderhasselt verschijnt voor de verzoekende partij, en adviseur Kirsten Peeters, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De aankoopdienst van de federale politie schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een meerjarige open overeenkomst (drie jaren) voor de aankoop van verlichte uithangborden ten voordele van de federale en de lokale politie.

De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 augustus 2002. De aankondiging verduidelijkt dat de opdracht uit vier “posten” bestaat:

“Post 1 : ± 127 dubbelzijdige verlichte uithangborden ten voordele van de Federale Politie.
Post 2 : ± 8 enkelzijdige verlichte uithangborden ten voordele van de Federale Politie.
Post 3 : ± 546 dubbelzijdige verlichte uithangborden ten voordele van de Lokale Politie.
Post 4 : ± 130 enkelzijdige verlichte uithangborden ten voordele van de Lokale Politie”.

3.2. Het bestek bepaalt in punt “5.8. Monster” het volgende:

“Op straffe van absolute nietigheid van de offerte, moeten de inschrijvers bij hun offerte, het is te zeggen te[n] laatste op vastgelegde datum en uur voor de opening van de inschrijvingen een monster voor de posten 1, 2 en 4 voegen, te weten:
- één (1) verlicht dubbelzijdig uithangbord versie federale politie;
- één (1) verlicht enkelzijdig uithangbord versie federale politie;
- één (1) verlicht enkelzijdig uithangbord versie lokale politie”.

3.3. Op 16 september 2002 richt de verzoekende partij een schrijven aan de verwerende partij waarin zij opmerkt dat zij om een drietal redenen niet kan voldoen aan de vereiste om een “prototype” bij de offerte te voegen.

3.4. De verzoekende partij dient op 7 november 2002 alsnog een offerte in, doch zij maakt in het begeleidend schrijven volgend voorbehoud: “onze prijsbieding is, in afwijking van uw vraag, niet vergezeld van kant en klare prototypes”, “aan uw eis voor het maken van deze prototypes en het laten uitvoeren van de beschreven tests bij het voorleggen van onze prijzen, kunnen wij inderdaad geen gevolg geven omwille van de daarmee gepaard gaande eigen investering (voorzichtig te ramen op 18.500,00 €)”.

3.5. Naast de verzoekende partij blijken nog twee andere ondernemingen een offerte te hebben ingediend: de nv The Neon Company en de nv Petrus.

3.6. Op 27 november 2002 wordt een gunningsverslag (“rapport d'attribution”) opgemaakt. In dit verslag wordt vastgesteld dat de verzoekende partij niet de in het bestek “op straffe van absolute nietigheid van de offerte” vereiste monsters bij haar offerte heeft gevoegd en dat haar offerte bijgevolg onregelmatig is (“les firmes Petrus et Neorec n’ont pas livré les échantillons demandés au point 5.8.1. du cahier spécial des charges”, “les offres Petrus et Neorec sont donc irrégulières et n’entrent plus en considération pour l’attribution de l’actuel marché”). Er wordt vervolgens voorgesteld de opdracht toe te wijzen aan de nv The Neon Company.

3.7. Met een schrijven van 16 december 2002 wordt de verzoekende partij op de hoogte gebracht dat haar offerte “niet in aanmerking werd genomen”, “reden: geen monster, zoals voorzien in het punt 5.8 van het bestek”.

3.8. Bij brief van 17 december 2002 vraagt de verzoekende partij om een afschrift van de gemotiveerde gunningsbeslissing. Dit wordt haar door de verwerende partij toegezonden met een schrijven van 18 december 2002.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. In de memorie van antwoord werpt de verwerende partij de volgende exceptie op betreffende het belang van de verzoekende partij bij het voorliggende annulatieberoep:

“De eventuele nietigverklaring van de bestreden beslissing kan aan de verzoeker geen enkel voordeel verschaffen aangezien zijn offerte onregelmatig verklaard werd omdat het niet conform met de besteksvereisten was, en de betrokken opdracht dus zowieso niet aan de verzoekende partij kon toegewezen worden.

[...]

De opdracht werd immers met volledige naleving van de wetgeving toegewezen aan de NV The Neon Company en niet aan de verzoeker aangezien zijn offerte onregelmatig was omwille van het feit dat ze niet conform met de bestekvereisten was.

Bijgevolg kon en kan, door het onregelmatig verklaren van de offerte van de verzoeker, de opdracht niet toegewezen worden aan deze laatste, zelfs niet in het geval van een vernietiging van de toewijzingsbeslissing. De verzoekende partij beschikt dus over geen enkel belang bij een vernietiging”.

4.2. Dit standpunt valt de Raad van State niet bij. Bij gegrondbevinding van een van de middelen waarin de onrechtmatigheid van de eis tot het voorleggen van monsters wordt aangevoerd, zal het gezag van gewijsde van het gewezen arrest met zich meebrengen dat de verwerende partij de betrokken besteksbepalingen buiten toepassing zal moeten laten.

5.1. In haar laatste memorie betoogt de verwerende partij betreffende de ontvankelijkheid nog:

“De verwerende partij wenst de nadruk te leggen op het auditoraatsverslag waarin o.m. verwezen wordt naar het arrest van 12 februari 2004 van het Europees Hof van Justitie.

In dit arrest staat o.m. het volgende: ‘Vastgesteld moet worden dat wanneer een persoon geen beroep instelt tegen een besluit van de aanbestedende overheid houdende vaststelling van de specificaties van een oproep tot inschrijving, ofschoon hij zich daardoor gediscrimineerd acht omdat zij hem beletten op zinvolle wijze deel te nemen aan de betrokken aanbestedingsprocedure, en de kennisgeving van het besluit tot gunning van de opdracht afwacht vooraleer deze juist op grond van de discriminerende aard van genoemde specificaties aan te vechten voor de verantwoordelijke instantie, zulks niet beantwoordt aan de doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid van richtlijn 89/665’.

3.2. De verwerende partij wenst te benadrukken dat het zorgvuldigheidsbeginsel ook geldt voor de bestuurden. Uit het feit dat verzoeker het bestek niet heeft aangevochten bij de Raad van State, kan afgeleid worden dat de verzoekende partij het zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden. De verwerende partij vindt het niet zorgvuldig dat de verzoekende partij haar rechten niet heeft doen gelden op het ogenblik dat zij weet had van de besteksbepalingen maar slechts als het bestuur zijn beslissing heeft genomen, zich bij de Raad van State over de miskennis van zijn rechten beklagt. Hierdoor kan de overheidsopdracht pas later uitgevoerd worden en verliest de overheid dan ook kostbare tijd.

3.3. Bovendien wordt in de arresten nr. 74.399 van 23 juni 1998, nr. 82.958 van 19 oktober 1999, nr. 114.569 van 16 januari 2003 en nr. 116.351 van 25 februari 2003 van de Raad van State gestipuleerd dat een besteksbepaling die een betrokkene definitief uitsluit door de betrokkene dadelijk moet worden aangevochten.

3.4. Volgens de verwerende partij is het verzoek van de verzoekende partij bijgevolg onontvankelijk”.

5.2. In haar laatste memorie verwijst de verzoekende partij naar het arrest van de algemene vergadering van de Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, nr. 152.173 van 2 december 2005 inzake nv Labonorm, waarin, in tegenstelling tot de daaraan voorafgaande rechtspraak waar de verwerende partij naar verwijst, werd overwogen dat de mogelijkheid van een verzoekende partij om onmiddellijk een beroep tot nietigverklaring en een vordering tot schorsing in te stellen tegen de beslissing waarbij het bestek wordt vastgesteld, niet verhindert dat de onrechtmatigheden die een inschrijver aan een besteksbepaling verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze worden ingeroepen tegen latere beslissingen in het kader van de gunningsprocedure, zoals te dezen tegen de beslissingen tot toewijzing van de opdracht aan de nv The Neon Company en tot onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij.

5.3. Het arrest waar de verwerende partij in haar laatste memorie gewag van maakt, is het arrest van het Hof van Justitie van 12 februari 2004, in de zaak C-230/02, Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & C/ KG tegen de republiek Oostenrijk. Daargelaten of de hier in het geding zijnde opdracht de Europese drempelwaarde overschrijdt, en het arrest hetzij rechtstreeks hetzij bij analogie kan worden aangevoerd, verwoordde het Hof de aan de orde zijnde prejudiciële vraag als volgt:

“Gelet op de door de verwijzende rechter uiteengezette feiten moeten de eerste en de derde vraag samen worden behandeld en in die zin worden begrepen, dat deze rechter in hoofdzaak wenst te vernemen of de artikelen 1, lid 3, en 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665 aldus moeten worden uitgelegd, dat zij eraan in de

weg staan dat een persoon, na de gunning van een overheidsopdracht, wordt geacht geen toegang meer te hebben tot de beroepsprocedures als bedoeld in genoemde richtlijn wanneer deze persoon niet heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure, zulks op grond dat hij wegens gestelde discriminerende specificaties in de aanbestedingsdocumenten, waartegen hij evenwel geen beroep heeft ingesteld vóór de gunning van de opdracht, niet in staat zou zijn geweest de te plaatsen opdracht volledig uit te voeren”.

Het antwoord luidt:

“1) De artikelen 1, lid 3, en 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, moeten aldus worden uitgelegd dat zij er niet aan in de weg staan dat een persoon, na de gunning van een overheidsopdracht, wordt geacht geen toegang meer te hebben tot de beroepsprocedures als bedoeld in genoemde richtlijn, wanneer deze persoon niet heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure, zulks op grond dat hij wegens gestelde discriminerende specificaties in de aanbestedingsdocumenten, waartegen hij evenwel geen beroep heeft ingesteld vóór de gunning van de opdracht, niet in staat zou zijn geweest de te plaatsen opdracht volledig uit te voeren”.

Klaarblijkelijk heeft het Hof aldus enkel geantwoord op de betrokken vraag voor wat betreft de cumulatieve hypothese én dat een persoon geen rechtstreeks beroep heeft ingediend tegen het besluit houdende vaststelling van de specificaties van de oproep tot inschrijving én “wanneer deze persoon niet heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure” (zinsnede zowel in de aangehaalde overweging 23 als in het antwoord op de vraag; zie ook overweging 39). Anders dan het geval was in de zaak Grossmann heeft de verzoekende partij echter wél deelgenomen aan de procedure.

5.4. Voorts leidt het Hof van Justitie in het betrokken arrest uit de artikelen 1, lid 3 en 2, lid 1, sub b, van de voormelde richtlijn 89/665/EEG niet af dat de lidstaten *verplicht* zouden zijn toegang te weigeren tot beroepsprocedures -te dezen belang te onzeggen aan verzoekende partij- indien deze geen beroep heeft ingesteld “tegen het besluit van de aanbestedende dienst houdende vaststelling van de specificaties” - te dezen de besteksbepalingen. In het antwoord op de prejudiciële vraag zegt het Hof van Justitie enkel dat de lidstaten een dergelijke opstelling *mogen* huldigen en de richtlijn zich daartegen niet verzet.

De genoemde Labonorm-rechtspraak van de Raad van State laat zich volledig inpassen in die mogelijkheid: het bestek kan volgens die rechtspraak meteen op ontvankelijke wijze worden aangevochten.

6. Deze rechtspraak is ook geheel in de lijn met andere rechtspraak van het Hof van Justitie (HvJ, 28 januari 2010, in de zaak C-456/08, Europese Commissie tegen Ierland) volgens welk “de toepassing van nationale vervaltermijnen er niet toe [mag] leiden dat de uitoefening van het recht om tegen besluiten tot gunning van overheidsopdrachten beroep in te stellen, haar nuttige werking verliest”.

7. Aldus kan het beroep dat wordt gedaan op de toepassing, inzake overheidsopdrachten, van de theorie van de complexe administratieve verrichting niet als een onzorgvuldigheid worden aangemerkt.

Mogelijk zou het anders kunnen zijn indien het bestek bijvoorbeeld ertoe zou hebben verplicht om meteen zichtbare wettigheidsbezwaren onverwijld te melden aan de aanbestedende overheid en verzoekende partij aan deze verplichting was voorbijgegaan.

8. De Raad van State maakt zich ook in de huidige zaak de leer van het voormelde Labonorm-arrest eigen en valt de exceptie dienvolgens niet bij. De verzoekende partij mag derhalve tot staving van haar beroep tegen de bestreden beslissingen de onwettigheid van het bestek inroepen ook nu zij de beslissing tot vaststelling van het bestek als zodanig niet heeft aangevochten bij de Raad van State. Het beroep is ontvankelijk.

9. In het auditoraatsverslag werd enkel de ontvankelijkheid van het beroep onderzocht. Dienvolgens is er reden tot een heropening der debatten en een aanvullende verslaggeving door het auditoraat.

BESLISSING

1. De debatten worden heropend.

2. Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt gelast met een aanvullend onderzoek.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 juli 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest