

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 206.599 van 13 juli 2010
in de zaak A. 133.799/XII-3792**

In zake: de NV OIP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Luk De Schrijver
kantoor houdend te Gent-Drongen
Baarledorpstraat 93
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Landsverdediging

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 6 maart 2003, strekt tot de
nietigverklaring van:

“1. de beslissing van de aanbestedende overheid dd. 13 januari 2003 om de
opdracht SAME 120804 betreffende de levering van geïntegreerde systemen
van doelsaanduiding niet te gunnen.

2. de gemotiveerde beslissing van de aanbestedende overheid dd. 23 januari
2003 om voormelde opdracht niet te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 119.581 van 20 mei 2003 is de vordering tot
schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting
van de rechtspleging ingediend.

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

Eerste auditeur Jozef Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

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

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Luitenant-kolonel militair administrateur Arnoud De Decker, die verschijnt voor de verwerende partij, is gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend 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. Onderzoek van de middelen

Uiteenzetting van de middelen

3. De verzoekende partij voert drie middelen aan tegen de bestreden beslissing.

3.1. Het *eerste middel* wordt gesteund op de schending van “de materiële motiveringsplicht alsmede van artikel 18 Wet 24 december 1993”, doordat de bevoegdheid van een bestuur om een gunningsprocedure stop te zetten en deze eventueel te herbeginnen moet berusten op wettelijke motieven terwijl te dezen als enig motief wordt verwezen naar de “onaanvaardbare prijs” gelet op “de huidige economische en budgetaire context”.

3.2. De verzoekende partij voert in het *tweede middel* de schending aan van het gelijkheidsbeginsel, omdat te dezen aan concurrenten met een technisch onvoldoende offerte de kans wordt geboden om de gebreken van hun offertes recht te zetten en de opdracht vooralsnog in de wacht te slepen.

3.4. Het *derde middel* wordt geput uit de schending van “de beginselen van behoorlijk bestuur”, waarbij het eerste onderdeel is gesteund op de “overschrijding van de redelijke termijn”, het tweede onderdeel op de “miskenning van het zorgvuldigheidsbeginsel” en het derde onderdeel op de “miskenning van het vertrouwens- en redelijkheidsbeginsel”.

Beoordeling

4. In het voormelde tussenarrest nr. 119.581 van 20 mei 2003 werden deze middelen niet ernstig bevonden op grond van de volgende overwegingen:

“3.1.1. Overwegende, [...], dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending inroept van de materiële motiveringsplicht en van artikel 18 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, doordat de bevoegdheid van een bestuur om een gunningsprocedure stop te zetten en deze eventueel te herbeginnen moet berusten op wettelijke motieven, terwijl te dezen als enig motief wordt verwezen naar de ‘onaanvaardbare prijs’ gelet op ‘de huidige economische en budgettaire context’;

Overwegende dat de verzoekende partij daartoe nader betoogt dat bij de opdracht ‘nooit een specifiek budgettaire beperking vooropgezet is geweest’, dat de raming van de administratie nergens wordt gemotiveerd, ‘laat staan dat ook maar aannemelijk zou gemaakt worden dat voor apparatuur met dergelijke technische eisen het vooropgezette budget überhaupt zou kunnen volstaan of realistisch zou zijn’, dat het hier immers technologie betreft die minstens ten dele specifieke ontwikkeling noodzaakt, meer bepaald wat betreft de integratie van de verschillende technologische componenten van de opdracht, waarvoor geen vaste prijzen op de markt voorhanden zijn, dat indien enkel met het ‘basisbudget’ zou zijn rekening gehouden, er slechts 16 % overschrijding is; dat de verzoekende partij voorts stelt dat, indien een normale prijsherzieningsformule die onder meer met inflatie rekening houdt, op het vooropgestelde budget zou worden toegepast, haar offerte slechts 2-3 % boven het aldus herziene budget zou liggen, dat ten slotte bij de toetsing aan het interne budget blijkbaar rekening is gehouden met de drie componenten (vaste aanbidding, opties en later bij te bestellen toestellen) waar in de onderlinge prijsevaluatie tussen de ingediende offertes waarschijnlijk enkel rekening is gehouden met de vaste component;

3.1.2. Overwegende dat luidens artikel 18 van de voormelde wet van 24 december 1993 het volgen van de procedure van offerteaanvraag geen verplichting inhoudt tot het toewijzen van de opdracht en de aanbestedende overheid zowel kan afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze; dat in het toepasselijke bestek wordt bepaald dat het recht wordt voorbehouden niet te gunnen ‘indien de budgettaire vooruitzichten overschreden werden’; dat om de bedoelde beslissingen al dan niet te nemen de bevoegde overheid een aanzienlijke beleidsvrijheid heeft; dat een dergelijke beslissing evenwel niet op arbitraire wijze mag worden uitgeoefend en dat zij moet steunen op een in feite en in rechte aanvaardbaar motief;

Overwegende dat te dezen, volgens de bewoordingen van de bestreden beslissing, de voordeligste regelmatige offerte van de verzoekende partij, de raming van de administratie in de fase van het voorafgaand akkoord met ongeveer 2 miljoen euro of 25 % overschrijdt, hetgeen die prijs niet aanvaardbaar maakt, rekening houdende met het standpunt van de Inspectie van Financiën 'met betrekking tot de berekening van de vrije marge voor de wederuitrusting van Defensie voor de budgettaire oefeningen 2002 en volgende';

Overwegende dat aldus te dezen vooreerst een motief wordt aangevoerd, namelijk de overschrijding van een raming, dat op zichzelf reeds in rechte aanvaardbaar lijkt en in principe kan worden ingepast in de bevoegdheid die voortvloeit zowel uit het genoemde artikel 18 als uit de aangehaalde bestekbepaling; dat de verzoekende partij echter de raming zelf in vraag stelt en bovendien de mate van afwijking; dat uit het administratief dossier blijkt dat de militaire administratie op die punten inderdaad van mening verschilt met de Inspectie van Financiën; dat niettemin, zelfs indien de raming gebrekkig zou zijn, een geboden prijs die van die raming verschilt, op zichzelf nog steeds begrotingsmatig een probleem kan blijven; dat te dezen ook een dergelijk motief voorhanden lijkt, nu de Minister zich gesteld wist voor een negatief advies van de Inspectie van Financiën dat in de fase van het voorafgaand akkoord was voorafgegaan door een advies met reserves wat de algemene begrotingsbeperkingen voor het departement betrof; dat de bestreden beslissing zelfs niet in hoofdzaak gesteund lijkt op de afwijking met de -mogelijks gebrekkige- raming, maar veeleer op het andere motief, namelijk de moeilijke inpassing van de geboden prijs van de opdracht in de geplande begrotingen; dat in de motivering van de bestreden beslissing immers ook wordt gesteld als reden waarom de aangeboden prijs onaanvaardbaar is : 'met betrekking tot de berekening van de vrije marge voor de wederuitrusting van Defensie voor de budgettaire oefeningen 2002 en volgende'; dat dit motief, dat rechtstreeks verbonden is met de bevoegdheid van de Minister betreffende het beheer van zijn begrotingen, door de verzoekende partij niet lijkt te worden aangevochten en in rechte aanvaardbaar lijkt;

Overwegende dat vanuit die vaststellingen het in de huidige fase van het geding niet is aangetoond dat de bestreden beslissing niet op een geldig motief zou steunen of genomen zou zijn met schending van artikel 18 van de meergenoemde wet van 24 december 1993; dat het middel niet ernstig is;

3.2. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel de schending van het gelijkheidsbeginsel aanvoert, onder verwijzing naar de nieuwe kans die aan concurrenten met technisch onvoldoende offertes wordt geboden; dat dit middel niet ernstig is; dat immers zoals bij de bespreking van het eerste middel is vastgesteld, de bestreden beslissing op een rechtsgeldig motief lijkt te steunen en aldus niet kan worden betrokken op het bevoordelen van de ene of de andere kandidaat-inschrijver;

3.3. Overwegende dat in een derde middel de schending wordt aangevoerd van beginselen van behoorlijk bestuur; dat de verzoekende partij vooreerst in een 'overschrijding van de redelijke termijn' een dergelijke schending ziet; dat dit onderdeel niet ernstig is; dat, mocht er al een dergelijk beginsel te dezen toepasselijk zijn, een beslissing die op 24 december 2002 genomen wordt, na een opening van inschrijvingen op 18 januari 2002, mede gelet op een negatief advies van de Inspectie van Financiën van 24 juli 2002, niet de perken van een redelijk tijdsverloop te buiten lijkt te gaan;

Overwegende dat voorts de bestreden beslissing ‘miskenning van het zorgvuldigheidsbeginsel’ wordt aangewreven doordat een opdracht is uitgeschreven die van de inschrijvers een ernstige financiële inspanning vereist, slechts na een jaar uiteindelijk wordt beslist deze niet te gunnen om zuiver budgettaire redenen en niet aannemelijk wordt gemaakt dat het intern vooropgezette budget realistisch zou zijn en in de opdracht geen melding is gemaakt van enige budgettaire beperking;

Overwegende dat bij de bespreking van het eerste middel is vastgesteld dat niet is aangetoond dat de bestreden beslissing de motiveringsplicht schendt; dat bij die bespreking het belang van de raming werd gerelativeerd en bepaalde budgettaire redenen aanvaardbaar leken; dat voorts in het bestek juist wel naar budgettaire redenen wordt verwezen om niet te gunnen; dat aldus schending van de zorgvuldigheidsplicht niet is aangetoond en het middelonderdeel niet ernstig is;

Overwegende ten slotte, dat schending wordt aangevoerd van het ‘vertrouwens-en redelijkheidsbeginsel’ doordat te dezen de verzoekende partij er mocht op vertrouwen dat voor zover minstens één ingediende offerte zou voldoen aan alle gestelde criteria, er zou worden gegund;

Overwegende dat vooreerst de verzoekende partij niet verduidelijkt wat zij verstaat onder het redelijkheidsbeginsel en hoe dat te dezen zou zijn geschonden; dat voorts in de huidige stand van de procedure moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij, alleen al gelet op de bepaling van artikel 18 van de voormelde wet van 24 december 1993 en de aangehaalde besteks-bepaling betreffende het recht om niet te gunnen, er juist niet mocht op vertrouwen dat de opdracht in elk geval zou worden gegund; dat ook het derde middelonderdeel en dienvolgens het derde middel in zijn geheel niet ernstig is”.

5. In haar memorie van wederantwoord en in haar laatste memorie poogt de verzoekende partij, bij haar eerste middel uitvoeriger dan in haar inleidend verzoekschrift, nog aan te tonen dat de raming die door de verwerende partij is gehanteerd, niet gemotiveerd is, en verwijst daartoe naar de specifieke in het geding zijnde technologie. Daarbij zou niet zijn aangetoond dat de vooropgestelde raming überhaupt zou kunnen volstaan of realistisch zijn. Zij haalt ook interne stukken van verwerende partij aan waarin deze raming als achterhaald wordt aangemerkt, en geeft relaas van een discussie tussen de Inspectie van Financiën en de aanbestedende administratie zelf.

6. De Raad van State stelt vast dat wat de in het geding zijnde opdracht betreft, in een nota van 24 juli 2002 de Inspectie van Financiën geen gunstig advies bij het voorstel van toewijzing aan verzoekende partij gaf, verwijzende naar een “overschrijding met 25% [...] ten opzichte van de geraamde budgettaire weerslag in de Aanvraag voor Voorafgaand Akkoord”. In de bestreden beslissing wordt naar dat advies verwezen en naar het feit dat die overschrijding “in

de huidige economische en budgettaire context” de aangeboden prijs van de verzoekende partij onaanvaardbaar maakt.

Wat er ook van de raming is, het is niet aan de Raad van State om een begrotingsmatige optie van de verwerende partij gebrekkig te bevinden en als een ondeugdelijk motief aan te merken van een beslissing om een overheidsopdracht niet te gunnen nu blijkt dat verzoekende partij het motief niet aanvecht, dat de prijs -op zichzelf genomen- geacht wordt onaanvaardbaar te zijn “met betrekking tot de berekening van de vrije marge voor de wederuitrusting van Defensie voor de budgettaire oefeningen 2002 en volgende”. Zulks werd reeds in het tussenarrest over de vordering tot schorsing vastgesteld.

De verzoekende partij weerlegt niet de overwegingen van het tussenarrest, en, meer nog, gaat er zelfs totaal aan voorbij. Het eerste middel dat daarin niet ernstig werd bevonden, blijkt niet gegrond.

7. In het tussenarrest wordt het tweede middel niet ernstig bevonden, en in het auditorsverslag niet gegrond.

Verzoekende partij heeft in haar memorie van wederantwoord en in haar laatste memorie woordelijk haar middel herhaald zoals het was aangevoerd in haar inleidend verzoekschrift.

Mede gelet op deze omstandigheid ziet de Raad van State geen reden om het middel dat in zijn tussenarrest als niet ernstig werd aangemerkt, te dezen niet als ongegrond te beschouwen, op grond van wat in het tussenarrest bij dat middel is vastgesteld.

Het middel is niet gegrond.

8. Ook in het derde middel werd in het tussenarrest niet ernstig en in het auditorsverslag niet gegrond bevonden.

Ook hier heeft verzoekende partij in haar memories het middel uit haar verzoekschrift woordelijk herbeschreven.

Mede gelet op die omstandigheid ziet de Raad geen reden om ook dit middel te dezen niet als ongegrond te beschouwen, op grond van de overwegingen die in het tussenarrest hebben geleid tot het niet aanvaarden van het ernstig karakter van dat middel.

Het middel is niet gegrond.

Aangezien geen van de middelen gegrond is, moet het beroep worden afgewezen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

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