

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 217.564 van 26 januari 2012
in de zaak A. 194.957/XII-6068**

In zake: de NV ANIMAL IMMOGLOBULIN PRODUCTS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de UNIVERSITEIT GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Geerts
kantoor houdend te 9320 Erembodegem-Aalst
Industriezone Zuid III - Industrielaan 4
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 18 december 2009, strekt tot de
nietigverklaring van:

“- de beslissing van 30 september 2009 van de rector van de Universiteit
Gent, inzake de toewijzing van een opdracht voor de implementatie van
een Marketplace aan de Universiteit Gent in het kader van het bijzonder
bestek UGENT/DFIN/2009/MP,
- de impliciete beslissing om de voormelde opdracht niet aan de
nv Animal Immoglobulin Products te gunnen”.

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 22 november 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn 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. Feiten

3.1. De Universiteit Gent schrijft een overheidsopdracht uit onder de vorm van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking voor het ter beschikking stellen van een “marketplace”, dit is volgens het bestek een computerprogramma dat toelaat om elektronische bestellingen te plaatsen, in een eerste fase in het bijzonder voor de aankoop van chemische, biologische en radioactieve producten.

3.2. Twee ondernemingen worden uitgenodigd om een offerte in te dienen: de nv Animal Immoglobulin Products en de bv TBLOX. De uiterste datum voor ontvangst van de offertes is 28 augustus 2009. Beide aangeschreven ondernemingen dienen een offerte in.

3.3. Er wordt een gunningsverslag opgesteld. In dit verslag wordt besloten dat “AIP en TBLOX [...] twee evenwaardige kandidaten [zijn] op het vlak van de technische oplossing [...], waarbij TBLOX een heel licht voordeel krijgt”, “wat de prijs betreft biedt TBLOX duidelijk een goedkoper alternatief dan AIP. De prijs is in deze procedure het belangrijkste criterium”.

3.4. Op 30 september 2009 beslist de rector van de Universiteit Gent, met overname van de motieven van het gunningsverslag, om de opdracht toe te wijzen aan de bv TBLOX. Dit is de eerste thans bestreden beslissing, waaruit de tweede bestreden beslissing wordt afgeleid.

IV. Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen

4. In een tweede middel roept verzoekende partij de schending in van “de besteksbepaling voorzien in rubriek 7, b en d van het bijzonder bestek UGENT/DFIN/2009/PM en van het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur ‘*patere legem quam ipse fecisti*’, en ondergeschikt van artikel 122, 1e lid, 3° KB 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken”.

In essentie voert verzoekende partij in dit middel aan dat, hoewel het bestek in de aangehaalde bepaling niet voorziet in de mogelijkheid om de offertes in te dienen per e-mail, de bv TBLOX toch haar offerte per e-mail blijkt te hebben ingediend. Een offerte die enkel per e-mail is ingediend mag niet als een geldig ingediende offerte worden beschouwd en moet als absoluut nietig en substantieel onregelmatig buiten beschouwing worden gelaten.

5. In de memorie van antwoord werpt verwerende partij tegen dat de offerte van de bv TBLOX tijdig en ondertekend werd ingediend en dat het bestek nergens bepaalt dat de offerte op straffe van nietigheid per post moet worden ingediend, noch uitsluit dat de offerte per e-mail wordt ingediend. De niet-naleving van de door verzoekende partij aangehaalde besteksbepaling wordt niet gesanctioneerd met onregelmatigheid of nietigheid van de offerte. Het is dan ook aan verwerende partij om te oordelen of er sprake is van een relatieve nietigheid en of deze eventueel tot het weren van de offerte van de bv TBLOX moet leiden. Te dezen heeft verwerende partij gemeend dat zulks niet het geval was.

Verwerende partij verwijst voorts naar het feit dat het te dezen een onderhandelingsprocedure betreft, waarop aparte regels en verplichtingen van toepassing zijn en die aan weinig formalisme is gebonden en aan de aanbestedende overheid een grote vrije beslissingsmarge laat. Er valt in dit licht evenmin in te zien waarom de offerte substantieel onregelmatig had moeten worden verklaard. Verzoekende partij toont alleszins niet aan welke normering, eigen aan de onderhandelingsprocedure, tot dit besluit had moeten leiden.

6. In de memorie van wederantwoord vraagt verzoekende partij de Raad van State om aan de hand van het administratief dossier na te gaan of de offerte van bv TBLOX enkel via e-mail is ingediend.

7. In haar laatste memorie doet verwerende partij gelden dat er ten onrechte door verzoekende partij en in het auditorsverslag wordt verondersteld dat de bv TBLOX haar offerte enkel per e-mail zou hebben ingediend. Deze inschrijver heeft wel degelijk ook “het origineel van haar offerte ingediend”. Dit document werd door de directie van financiën van verwerende partij afgestempeld op 28 augustus 2009, uiterste datum van indiening van de offertes. Zij voegt dit als een nieuw stuk toe aan het administratief dossier. Zowel verzoekende partij als de bv TBLOX hebben aldus een originele, ondertekende offerte ingediend. Er was dan ook geen enkele reden om de offerte van de bv TBLOX te weren.

Voorts betwist verwerende partij het belang van verzoekende partij bij dit middel, verwijzend naar het feit dat verzoekende partij haar offerte nog heeft gecorrigeerd na het indienen ervan. Verzoekende partij kan bezwaarlijk stellen dat de opdracht niet aan de bv TBLOX mocht worden toegewezen omdat deze geen originele offerte zou hebben ingediend, wanneer zij zelf op 28 augustus 2009 geen correcte, bindende offerte heeft ingediend.

Beoordeling

8. Wat het indienen van de offertes betreft bepaalt artikel 7 van het bestek:

“De offerte moet verstuurd worden naar, of ter plaatse overhandigd worden op het voormelde adres, mits inachtneming van de volgende bepalingen:

- De offerte wordt in een definitief gesloten omslag geadresseerd aan:

Universiteit Gent – Nieuw Rectoraat
Directie Financiën
t.a.v. de heer G. [V.D.G.]
Sint-Pietersnieuwstraat 25, 9000 Gent

en draagt de vermelding: ‘Onderhandelingsprocedure Marketplace DFIN/2009/PMGE’

- Bij inzending over de post wordt deze gesloten omslag geschoven in een tweede gesloten omslag met opgave van het voormelde adres en met de vermelding ‘Inschrijving – Bestek UGENT/DFIN/2009’ en aangetekend verstuurd”.

Het bestek voorziet aldus niet in de mogelijkheid om offertes in te dienen per e-mail, noch op enige andere elektronische wijze, doch enkel in toezending per post of overhandiging ter plaatse als wijze van indiening.

9. De wijze waarop een offerte moet worden ingediend maakt een substantiële vormvereiste uit die de gelijkheid tussen de inschrijvers betreft. Afwijkingen van de bepalingen van het bestek daaromtrent hebben in beginsel dan ook de onregelmatigheid van de betrokken offerte tot gevolg en mogen dan

ook niet zonder meer worden aanvaard door de aanbestedende overheid. Het loutere feit dat het bestek aan het indienen van een offerte op een van het bestek afwijkende wijze niet uitdrukkelijk de sanctie van absolute nietigheid verbindt, doet aan deze algemene vaststelling geen afbreuk.

10. Uit het administratief dossier zoals gevoegd bij de memorie van antwoord moet worden afgeleid dat de offerte van de bv TBLOX per e-mail was ingediend en dus niet op één van de door het bestek voorgeschreven wijzen.

11. Hoewel verzoekende partij haar middel reeds in het verzoekschrift had opgeworpen, weerspreekt verwerende partij het feitelijk uitgangspunt van het middel, namelijk dat de offerte per e-mail is ingediend, niet in de memorie van antwoord. Zij voert haar verweer integendeel vanuit het uitgangspunt dat niet kan worden ingezien waarom een offerte die enkel per e-mail werd ingediend had moeten worden geweerd en zij stelt dat er hoogstens sprake is van een relatieve nietigheid. Verwerende partij hield aldus voor dat de offerte van de bv TBLOX enkel per e-mail werd ingediend.

Het is pas na het auditorsverslag, waarin het thans aan de orde zijnde tweede middel gegrond wordt bevonden, dat verwerende partij in haar laatste memorie het geweer volledig van schouder verandert en in een volkomen nieuwe argumentatie aanvoert dat de bv TBLOX wel degelijk ook “het origineel van haar offerte heeft ingediend” en dat het middel uitgaat van een foutieve premisse, tegengesproken door de werkelijkheid.

Met deze argumentatie en het nieuw stuk kan geen rekening worden gehouden. In de eerste plaats kan niet worden ingezien waarom verwerende partij dit veel pertinentere verweer niet reeds in de memorie van antwoord heeft ontwikkeld. In de tweede plaats heeft de handelwijze van verwerende partij tot gevolg dat haar standpunt wordt onttrokken aan de schriftelijke tegenspraak door verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord en laatste memorie en aan het schriftelijk onderzoek van de zaak door het auditoraat, beiden essentieel in de bij uitstek schriftelijke annulatieprocedure.

12. Er wordt dan ook voor recht aangenomen dat de offerte van de bv TBLOX niet op de door het bestek voorgeschreven wijze is ingediend en dat de aanbestedende overheid er geen rekening had mogen mee houden.

13. Het feit dat de betrokken opdracht wordt gegund door middel van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking doet geen afbreuk aan het voorgaande. Ook in de relatief vormvrije onderhandelingsprocedure is een aanbestedende overheid immers nog steeds gebonden door de bepalingen van haar eigen bestek.

14. De in de laatste memorie van verwerende partij aangevoerde exceptie van gebrek aan belang bij het middel wordt niet aanvaard.

Nergens blijkt uit het administratief dossier dat verzoekende partij haar offerte niet volgens de besteksregels heeft ingediend. Integendeel, in haar laatste memorie erkent verwerende partij dat verzoekende partij een originele, ondertekende offerte heeft ingediend. De rechtstoestand van verzoekende partij is op dit punt dan ook onvergelijkbaar met die van de bv TBLOX.

Dat verwerende partij verzoekende partij heeft toegelaten correcties aan te brengen aan haar offerte, was, blijkens de bestreden beslissing, trouwens geen bezwaar om die offerte regelmatig te bevinden.

15. Het middel is gegrond.

16. De nieuwe stukken en argumenten die verzoekende partij na sluiting der debatten heeft ingediend, dienen geen aanleiding te geven tot een heropening van de debatten. Ze zijn niet noodzakelijk voor de oplossing van de zaak.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 30 september 2009 van de rector van de Universiteit Gent om de overheidsopdracht voor de implementatie van een Marketplace (bestek UGENT/DFIN/2009/MP) toe te wijzen aan de bv TBLOX, alsook de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de nv Animal Immoglobulin Products toe te wijzen.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 26 januari 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest