

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 219.329 van 11 mei 2012
in de zaak A. 204.475/XII-6920**

In zake: de NV ELANCO CONFECTIEBEDRIJVEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Rogge
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 3
bij wie woonplaats wordt gekozen
en eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tim Verdonck

tegen:

de POLITIEZONE 5344 SCHAARBEEK - EVERE -
SINT-JOOST-TEN-NODE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Valentine de Francquen en Patrick Thiel
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpssteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 16 april 2012, strekt tot de schorsing
bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “1. De beslissing van het bestuur van de Politiezone 5344
Evere-Schaarbeek-Sint-Joost-ten-Node waarbij de offerte van verzoekende
partij in het kader van de overheidsopdracht tot levering van uniformstukken
voor de politiediensten van de politiezone 5344 - percelen 1 tot en met 40 en
perceel 44, meer bepaald met betrekking tot perceel 7 niet regelmatig werd
bevonden,
2. Alsmede de beslissing waarbij naar zeggen van verwerende partij diens
bestuur de betreffende opdracht, waarvoor verzoekende partij een offerte

heeft ingediend, op 17 november 2011 aan een andere inschrijver heeft gegund”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 mei 2012, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Rogge, die verschijnt voor verzoekster, en advocaat Valentine de Francquen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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. De Politiezone 5344 Schaarbeek-Evere-Sint-Joost-ten-Node schrijft bij wege van algemene offerteaanvraag een overheidsopdracht uit betreffende de levering van uniformstukken voor de diensten van de politiezone 5344. De opdracht is opgesplitst in 44 percelen. Perceel 7 betreft de aankoop van politiehemden.

De opdracht wordt op 16 juni 2010 bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Naar eis van het bestek moeten de inschrijvers een monster voorleggen voor elk van de posten A tot en met F, namelijk winterhemd-heren, winterhemd-dames, zomerhemd-heren, zomerhemd-dames, ceremoniehemd-heren, ceremoniehemd-dames.

Er worden zes offertes ingediend voor perceel 7, onder anderen door verzoekster. In haar offerte van 7 september 2010 verklaart zij uitdrukkelijk een monster bij te voegen van een winterhemd voor heren, winterbloes voor dames, zomerhemd voor heren, zomerbloes voor dames, ceremoniehemd voor heren en ceremoniebloes voor dames. Vermeld wordt dat alle modellen de alfanumerieke code 0804019E dragen. Dit wordt in het begeleidend schrijven van dezelfde datum expliciet bevestigd: “Alle gevraagde monsters worden in een aparte doos aangeboden. In het technisch gedeelte van de offerte worden ze opgelijst en staat de alfanumerieke code vermeld die zij dragen.”

De opening van de offertes heeft plaats op 8 september 2010.

Met een brief van 5 mei 2011 wordt aan verzoekster, “[n]a analyse van het administratief gedeelte van [haar] offerte”, gevraagd om het ontbrekende attest van de ontvanger van het bevoegde btw-kantoor te bezorgen. Verzoekster geeft hieraan gevolg op 16 mei 2011.

Blijkens het verslag van nazicht van de offertes van 24 oktober 2011 wordt verzoekster, gelet op de vervollediging van haar dossier op administratief vlak, geselecteerd, maar wordt haar offerte onregelmatig bevonden om de volgende reden:

“De firma Elanco heeft geen monsters ingediend voor alle posten zoals gevraagd door het bijzonder bestek. Dit wordt beschouwd als een substantiële onregelmatigheid. Bovendien is het textiel van de voorgelegde monsters tamelijk ruw.”

Op 17 november 2011 beslist verwerende partij om de opdracht wat betreft perceel 7 te gunnen aan de bvba Arzoni.

Bij fax van 30 maart 2012 en aangetekend schrijven van 2 april 2012 wordt verzoekster als volgt in kennis gesteld van het feit dat haar offerte onregelmatig werd verklaard:

“Uw offerte (Perceel 7) was niet regelmatig om volgende reden(-en):
De firma Elanco heeft geen monsters ingediend voor alle posten zoals gevraagd door het bijzonder bestek. Dit wordt beschouwd als een substantiële onregelmatigheid. Bovendien is het textiel van de voorgelegde monsters tamelijk ruw.”

IV. Ontvankelijkheid

4. Volgens verwerende partij is het verzoekschrift niet ontvankelijk in de mate waarin het de percelen 1 tot en met 6, 8 tot en met 40, en 44 viseert.

5. De exceptie gaat ervan uit dat verzoekster “niet alleen de gunningsbeslissing betreffende het perceel 7 [aan]vecht, maar in het algemeen de gunningsbeslissing betreffende percelen 1 tot en met 40 en perceel 44”.

Dit is ten onrechte. Immers bestrijdt verzoekster alleen de beslissing om haar offerte -“meer bepaald met betrekking tot perceel 7”- niet regelmatig te bevinden en de beslissing om “de betreffende opdracht”, namelijk dus die met betrekking tot perceel 7, aan een andere inschrijver te gunnen.

De exceptie wordt verworpen.

V. Schorsingsvoorwaarden

6. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij

uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van toepassing. Blijkens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993 nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Tevens verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekster tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Uit een en ander volgt dat in verband met de toewijzing van de vordering nog alleen moet worden onderzocht of er al dan niet een ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan verantwoorden.

VI. Enig middel

Standpunt van partijen

7. Verzoekster leidt een enig middel af uit de schending van de artikelen 16, 65/4, 65/5 en 65/8 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 83*bis*, artikel 90, §2 en artikel 110 van het

koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van artikel 9.3 en artikel 12.3 van het bijzonder bestek nr. 2010/02 en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, van de artikelen 2 en 3 van wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, annex het beginsel van behoorlijk bestuur luidens hetwelk overheidsbeslissingen op in feite juiste en in rechte pertinente motieven dienen te zijn gesteund, en van het zorgvuldigheidsbeginsel en het transparantiebeginsel.

Een eerste onderdeel betreft het motief dat verzoeksters inschrijving als onregelmatig te aanzien is omdat zij geen monsters heeft ingediend voor alle posten zoals gevraagd door het bijzonder bestek. Volgens verzoekster beantwoordt dit motief niet aan de werkelijkheid en wordt het door het “verloop van de afwikkeling van de gunningsprocedure” tegengesproken:

“Zo werd nog middels schrijven vanwege verwerende partij van 5 mei 2011 verzoekende partij verzocht om een verklaring vanwege de bevoegde BTW-administratie naar voor te brengen [...].

Aldus, meer dan acht maanden na de opening van de offertes, zoals voorzien op 8 september 2010, werd door verwerende partij klaarblijkelijk nog niet vastgesteld dat de vereiste monsters niet bij de offerte van verzoekende partij zouden zijn gevoegd geworden, en werd verzoekende partij daarentegen nog steeds als deelnemende inschrijver aanzien, van wie de selectie nog in aanmerking dienen te worden genomen.

Uit dergelijke verloop van de afwikkeling van de gunningsprocedure alleen al volgt dat onmogelijk kan worden aangenomen dat verwerende partij de afgegeven monsters niet zou hebben ontvangen of geen kennis ervan zou hebben kunnen nemen.

Zelfs wanneer een proces-verbaal van opening der offertes niet dient aan te geven of alle gevraagde stukken wel bij de offerte zijn gevoegd, kan vanwege een aanbestedende overheid –in het licht van het op haar van toepassing zijnde zorgvuldigheidsbeginsel- niets ander[s] worden verwacht [dan] dat zij zorg draagt van alle bekomen stukken en monsters, en minstens op het ogenblik van de opening der offertes, dan wel tijdens een korte tijdsspanne daarna op bewijskrachtige wijze komt vast te stellen dat bepaalde zaken met betrekking tot zekere offertes kwamen te ontbreken.

Dit is in voorliggende zaak geenszins het geval, zodat het ontbreken van enige opmerking met betrekking tot de door verzoekende partij ingediende offerte op het vlak van de afgeleverde monsters tot ettelijke maanden na het openen van de offertes, op onweerlegbare wijze doet vermoeden dat de offerte conform de door het bijzonder bestek en door de toepasselijke

reglementering gestelde vereisten is ingediend geworden.”

8. Verwerende partij antwoordt in essentie:

“*In casu* is het merkwaardig dat de analyse van de regelmatigheid van de offertes pas na de opening van de offertes en na de analyse van de selectiecriteria gebeurde. Dit blijkt namelijk zowel uit het verslag van de analyse van de offertes [...] alsook uit de brief die op 5 mei 2011 aan verzoekende partij verstuurd werd om het btw-attest over te maken [...]. Had de politiezone al gemerkt dat er een monster mankeerde, dan had ze verzoekende partij waarschijnlijk niet ondervraagd in het kader van de kwalitatieve selectie.

De politiezone was niet verplicht de onregelmatigheid van de offerte van Elanco op een bepaald moment vast te stellen. Bovendien, het feit dat ze meerdere maanden genomen heeft om deze onregelmatigheid vast te stellen wordt namelijk verklaard door het feit dat de dozen met de stalen pas na meerdere maanden geopend werden. Zolang deze dozen niet geopend werden was het namelijk onmogelijk iets op te merken in verband met die stalen.”

Beoordeling

8. Krachtens de technische voorschriften van het bestek met betrekking tot perceel 7 - Hemden, moesten door de inschrijvers monsters worden voorgelegd van een winterhemd voor heren, een winterhemd voor dames, een zomerhemd voor heren, een zomerhemd voor dames, een ceremoniehemd voor heren en een ceremoniehemd voor dames.

Volgens het 24 oktober 2011 gedateerde verslag van nazicht van de offertes wordt verzoeksters offerte onregelmatig bevonden omdat geen monsters zijn ingediend voor alle posten zoals gevraagd door het bijzonder bestek. Zoals stuk 12 van het administratief dossier moet bewijzen, heeft verzoekster slechts monsters van vijf, in plaats van zes, hemden voorgelegd.

9. Het is een vaststelling waartoe verwerende partij pas is kunnen komen vele maanden nadat de offertes op 8 september 2010 waren geopend én nadat verwerende partij intussen zelfs nog aan verzoekster met een brief van 5 mei

2011 had gevraagd, in het kader van het onderzoek van het administratief gedeelte van haar offerte, om deze offerte met een btw-attest te vervolledigen.

Zoals de Raad van State het verweer begrijpt is de verklaring dat het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes pas na de analyse van de selectiecriteria is gebeurd en dat daardoor de dozen met de stalen gedurende meerdere maanden ongeopend zijn gebleven.

Op zich zou dit steek kunnen houden. Luidens punt 12.2. van het bestek zullen enkel regelmatige offertes in aanmerking komen om aan de gunningscriteria getoetst te worden.

Het als vertrouwelijk neergelegde stuk 13 “Evaluatie van de monsters” doet evenwel twijfel rijzen.

10. Het stuk behelst twee kaften die samen 31 evaluatiebundels bevatten van “politiemensen van het terrein” (aldus de nota, nr. 9).

Daaruit zou kunnen blijken dat reeds eind januari 2011 voor alle percelen van de opdracht, de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria werd aangevat, meer bepaald wat hun technische waarde betreft. Deze evaluatie gebeurde op basis van een tabel waarin de ingediende monsters staan opgesomd, ogenschijnlijk óók die van (later) niet geselecteerde of onregelmatig bevonden inschrijvers. Maar in de tabel ontbreken dan weer wel de monsters van verzoekster. Althans in de Franstalige tabel. In de Nederlandstalige tabel (evaluatoren nrs. 22 en 26) staat één monster van verzoekster vermeld (winterhemden mannen).

11. Een en ander behoeft verduidelijking. Er is reden daartoe het debat te heropenen.

VII. Vertrouwelijkheid van stukken

Standpunt van verwerende partij

12. Verwerende partij vraagt dat “bepaalde stukken” vertrouwelijk behandeld worden en niet ter beschikking worden gesteld van verzoekster. Beoogd worden het verslag van nazicht van de offertes (stuk 4), de offerte van de begunstigde partij (stuk 11), de offerte van verzoekster (stuk 12) en het reeds eerder vermelde stuk 13 “Evaluatie van de monsters”. Verwerende partij motiveert dat de mededeling van de offertes de effectieve en eerlijke mededinging onder de inschrijvers in het gedrang zou brengen voor het geval dat, na een schorsing, de procedure wordt herbegonnen.

Beoordeling

13. Het verzoek wordt verworpen wat stukken 4 en 13 betreft. Verwerende partij kan er niet van overtuigen dat ook de mededeling van die stukken tot gevolg zou hebben dat een effectieve en eerlijke mededinging “onherroepelijk” onmogelijk zal worden. Integendeel lijkt verwerende partij die stukken zelfs niet in de motieven voor haar verzoek te betrekken.

BESLISSING

1. De Raad van State wijst het verzoek om vertrouwelijke behandeling van stukken 4 en 13 van het administratief dossier af.

2. Het debat wordt heropend. De zaak wordt opgeroepen ter openbare terechtzitting van 15 mei 2012, om 10u30.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 11 mei 2012,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Lust,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Johan Lust