

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 219.431 van 22 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
advocaat Valentine de Francquen en Patrick Thiel
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpesteenweg 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. Bij arrest nr. 219.239 van 11 mei 2012 is het debat heropend en wordt de zaak opnieuw opgeroepen op de openbare terechtzitting van 15 mei 2012 om 10.30 uur.

Staatsraad Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tim Verdonck, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Valentine de Francquen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een andersluidend 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. Tussenarrest

3. Naar aanleiding van het onderzoek van het eerste onderdeel van het eerste middel is door de Raad van State, in zijn tussenarrest nr. 219.329 van 11 mei 2012, het debat heropend teneinde verduidelijking te verkrijgen met betrekking tot stuk 13 van het administratief dossier. Tevens werd het verzoek tot vertrouwelijke behandeling van dit stuk 13, en van stuk 4, van het administratief dossier verworpen.

IV. Enig middel

4. Zoals in het tussenarrest is overwogen, moet te dezen in principe, in verband met de toewijzing van de vordering, alleen worden onderzocht of verzoekster al dan niet een ernstig middel aanvoert dat de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan verantwoorden.

5.1. De offerte van verzoekster is onregelmatig verklaard omdat zij slechts monsters van vijf hemden heeft bijgevoegd, in plaats van zes. In het *eerste onderdeel* van het enig middel betwist verzoekster dat. Zij betoogt dat zij zes monsters heeft afgegeven en dat onmogelijk kan worden aangenomen dat verwerende partij de afgegeven monsters niet zou hebben ontvangen of er geen kennis van kon nemen.

5.2. In de nota doet verwerende partij gelden dat zij na de opening van de offertes op 8 september 2010 eerst tot de toetsing van de selectiecriteria is overgegaan en dat het in dat kader was dat zij op 5 mei 2011 nog aan verzoekster heeft gevraagd haar offerte met een btw-attest te vervolledigen. Het is pas nadien dat zij de regelmatigheid van de offertes heeft onderzocht, de dozen met stalen heeft geopend en vaststelde dat verzoekster een monster tekort bezorgde.

In lijn met punt 12.2. van het bestek, volgens hetwelk enkel regelmatige offertes in aanmerking komen om aan de gunningscriteria getoetst te worden, verklaart verwerende partij voorts:

“De verdere evaluatie, waaraan Elanco niet werd onderworpen, bestond uit het voorstellen van de stalen aan de politiemensen van het terrein. Er werd hen gevraagd volgende aspecten te evalueren: kwaliteit van de confectie, comfort en esthetische waarde.”

6. Stuk 13 van het administratief dossier lijkt dat evenwel tegen te spreken. Dat stuk behelst twee kaften met samen 31 evaluatieroosters die (gedeeltelijk) zijn ingevuld door “de politiemensen van het terrein”.

7. Ten eerste wijst het stuk uit dat de dozen met monsters noodzakelijk reeds geopend zijn in januari 2011. Reeds eind januari 2011 immers is aan “de politiemensen van het terrein” gevraagd om voor alle percelen van de opdracht, de offertes op hun technische waarde te toetsen. Dit gebeurde concreet aan de hand van een evaluatietabel waarin voor ogenschijnlijk alle ingediende monsters, quoterings moesten worden uitgebracht wat vijf criteria betreft (onder meer kwaliteit van de confectie, comfort, esthetische waarde).

Op het eerste gezicht laat niets toe om met een minimale zekerheid aan te nemen dat er bij die gelegenheid opgemerkt en aangetekend is geworden dat verzoekster te weinig monsters bezorgde. Het tegendeel is zelfs het geval. Terecht immers schrijft verwerende partij zelf: “Had de politiezone [op 5 mei 2012] al gemerkt dat er een monster mankeerde, dan had ze verzoekende partij waarschijnlijk niet ondervraagd in het kader van de kwalitatieve selectie”.

8. Ten tweede doen de (ingevulde) evaluatieroosters er op het eerste gezicht van blijken dat de monsters van verzoekster niet de normale behandeling hebben genoten waarop de monsters die de andere inschrijvers indienden blijkbaar wel mochten rekenen.

Voor zoveel de Raad van State in de huidige stand van de procedure kon nagaan, werden op de door “de politiemensen van het terrein” in te vullen evaluatieformulieren in de regel alle monsters vermeld die door de inschrijvers voor enig perceel waren ingediend. Aldus maakt de lijst in principe melding, niet alleen van de monsters die zijn afgegeven door de inschrijvers die later regelmatig zouden worden verklaard, maar ook van alle monsters die werden ingediend door de inschrijvers die uiteindelijk onregelmatig werden verklaard - ook al was dat omdat zij, zoals beweerdelijk het geval is voor verzoekster, niet voor alle posten een monster indienden. Dit belette op het eerste gezicht echter niet dat hoe dan ook de monsters die zij wél indienden, in de lijst werden opgenomen en op hun technische waarde zijn getoetst.

Waar niet betwist is dat verzoekster in elk geval vijf monsters indiende, lijkt het dan verwacht te mogen worden dat ten minste die monsters in de lijst voorkomen. Dat is evenwel niet zo. In de Nederlandstalige versie van de evaluatieformulieren is welgeteld één monster van verzoekster vermeld: dat van het winterhemd mannen. In de Franstalige versie van de formulieren wordt zelfs geen enkel van verzoeksters monsters als zodanig vermeld. Daar verwijst alleen één verdwaalde -in een verkeerde kolom staande- vermelding van de alfanumerieke code die verzoekster op de monsters aanbracht, naar haar monsters.

Een verklaring hiervoor is op het eerste gezicht niet voorhanden. Bezwaarlijk zou als reden kunnen dienen het feit dat verzoekster alle monsters van

dezelfde alfanumerieke code voorzag. Daarover kan immers geen enkele op- of aanmerking worden teruggevonden in het administratief dossier. Dat lijkt des te meer betekenisvol omdat, in het verslag van nazicht van de offertes, dan weer wél uitdrukkelijk wordt opgemerkt dat de hemden van inschrijver Byttebier Shirtconcepts “geen alfanumerieke code zoals gevraagd” dragen en dat dit als een substantiële onregelmatigheid wordt beschouwd.

9. Samengevat, lijkt er reden toe om aan te nemen dat verwerende partij het verzuim van verzoekster om zes monsters in te dienen, in voorkomend geval al in januari 2011 zou moeten hebben vastgesteld. Er blijkt toen evenwel geen vaststelling in die zin te zijn gebeurd. Wat wel blijkt, is dat met de behandeling van de monsters en meer bepaald hun inschrijving op de evaluatieformulieren niet alles is gelopen zoals verwacht mocht worden, wat op een gebrek aan zorgvuldigheid lijkt te wijzen. Daarbij komt het feit dat verzoekster nog op 5 mei 2012 om een btw-attest is verzocht en dat dit naar het eigen zeggen van verwerende partij “waarschijnlijk” niet gebeurd zou zijn als toen al was gebleken dat verzoekster onvoldoende monsters bij haar offerte had gevoegd. De uitleg die verwerende partij in dit verband in de nota opdiende -namelijk dat de dozen met monsters nog niet geopend waren-, is in strijd met de werkelijkheid gebleken.

Tezamen genomen doen de voormelde elementen in ieder geval in de huidige stand van de procedure ernstig betwijfelen dat verwerende partij terecht de offerte van verzoekster als substantieel onregelmatig heeft afgewezen omdat zij geen monsters zou hebben ingediend voor alle posten.

10. Het middel is in de besproken mate ernstig. In zoverre verwerende partij aan de op het eerste gezicht vastgestelde onwettigheid zou willen tegemoetkomen, lijkt het zich op te dringen dat zij een (nieuw) exemplaar van het “ontbrekende” monster bij verzoekster opvraagt, en dit monster, tezamen met de andere van verzoekster, alsnog bij de beoordeling van verzoeksters offerte en bij de gunningsbeslissing met betrekking tot perceel 7 betreft.

V. Belangenafweging

11. Blijft nog het verweer van verwerende partij dat verzoekster “de plicht [heeft] aan te tonen dat zij een groter belang heeft bij de schorsing van de bestreden beslissing dan het belang van de aanbestedende overheid bij de uitvoering ervan”. Verwerende partij leidt die plicht af uit artikel 65/15, derde alinea, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

12. Luidens die bepaling kan de Raad van State beslissen om de schorsing van de uitvoering niet toe te staan wanneer de negatieve gevolgen ervan groter zouden zijn dan de voordelen.

Op het eerste gezicht komt het degene toe die, niettegenstaande de voorwaarden voor een schorsing in beginsel vervuld zijn, deze schorsing alsnog geweigerd wil zien om aannemelijk te maken dat de negatieve gevolgen groter zijn dan de voordelen. Niet alleen toont verwerende partij dat in voorliggend geval niet aan, zij beweert niet eens dat de negatieve gevolgen groter zijn. Zij beperkt er zich toe van verzoekster te eisen dat deze bewijst bij de gevorderde schorsing een groter belang te hebben dan zichzelf bij de uitvoering. Die eis lijkt zonder grond.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 17 november 2011 van het politiecollege van de politiezone 5344 Schaarbeek - Evere - Sint-Joost-ten-Node, gehandhaafd bij beslissing van 16 februari 2012, om perceel 7-Hemden van de overheidsopdracht betreffende de levering van uniformstukken voor de diensten van de politiezone 5344 te gunnen aan de bvba Arzoni, en van de daaruit blijkende beslissing om de opdracht wat perceel 7 betreft niet te gunnen aan de nv Elanco Confectiebedrijven.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 22 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