

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK
VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 220.269 van 10 juli 2012
in de zaak A. 205.158/XII-6974

In zake: de NV GISPEN
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Paul Aerts
 kantoor houdend te 9000 Gent
 Coupure 5
 bij wie woonplaats wordt gekozen

 tegen:

 de UNIVERSITEIT GENT
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Luk De Schrijver en Dany Cornelis
 kantoor houdend te 9840 De Pinte
 Pont Noord 15a
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 juni 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van 15 mei 2012 van de Universiteit Gent waarbij de offerte van [de nv Gispén] voor het leveren en plaatsen van meubilair t.b.v. de partners van de Associatie Universiteit Gent - percelen 1, 2 en 3 als onregelmatig en derhalve als onbestaande wordt beschouwd”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 juli 2012, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Paul Aerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Luk De Schrijver, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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 met als voorwerp “Leveren en plaatsen van meubilair t.b.v. de partners van Associatie Universiteit Gent”. Voor de toewijzing van deze opdracht wordt de procedure van de beperkte offerteaanvraag aangewend. De opdracht omvat drie percelen.

3.2. In het Bulletin der Aanbestedingen van 11 augustus 2011 wordt een oproep tot kandidaatstelling gepubliceerd. Deze oproep wordt eveneens gepubliceerd in het Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie van 17 augustus 2011.

3.3. Bij besluit van de rector van de Universiteit Gent van 26 oktober 2011 wordt verzoekende partij geselecteerd voor de percelen 1, 2 en 3.

3.4. De opdracht is onderworpen aan het bestek nr. 2011/019 leveren en plaatsen van meubilair t.b.v. de partners van Associatie Universiteit Gent. – Perceel 1: Bureaus, leszaal-, vergader- en computertafels, ladeblokken, rolluikkasten en draaideurkasten, open werkplekken, akoestische wanden –

Perceel 2: Bezoekersstoelen - kunststof en kantoorstoelen – Perceel 3: Bibliotheekrekken en universele rekken.

In het bestek worden vier gunningscriteria opgenomen, meer bepaald prijs (50 punten), technische kwaliteit van het aangeboden meubilair (25 punten), dienstverlening en nazorg (15 punten) en esthetiek (10 punten). Met betrekking tot het derde gunningscriterium – dienstverlening en nazorg bepaalt het bestek:

“Subcriterium 1: 5 punten: Verleende bijstand

De inschrijver moet aangeven en beschrijven of er al dan niet gratis gebruik kan gemaakt worden van consultancy of interieurarchitecten bij bestellingen met het oog op de inrichting van nieuwe werkplekken. De punten worden toegekend in functie van de verleende bijstand.

Subcriterium 2: 5 punten: Naleveringsperiode

De inschrijver geeft de naleveringsperiode op. Hiermee wordt de periode bedoeld dat het bestuur bestellingen kan plaatsen van identiek dezelfde meubels of onderdelen daarvan conform de offerte.

De inschrijver met de langste naleveringsperiode krijgt 5 punten.

De overige inschrijvers worden punten toegekend als volgt:

$5 \times X/Y$, waarbij X= naleveringsperiode van de betrokken inschrijver

Y= de langst opgegeven naleveringsperiode

Deze nalever(ings)periode moet minimum 5 jaar bedragen.

Subcriterium 3: 5 punten: Waarborgtermijn

De inschrijver dient de waarborgtermijn op te geven. In de garantie zijn onderdelen, uurloon en verplaatsingskosten inbegrepen.

De waarborgperiode moet tenminste 5 jaar bedragen, met uitzondering van een waarborgperiode van tenminste 2 jaar voor kuipstoelen en restaurantstoelen en met uitzondering van een minimale waarborgperiode van 3 jaar op de wielen en de bekleding van de ergonomische kantoorstoelen

Per bijkomend jaar waarborg krijgt de inschrijver 1 punt, met een maximum van 5 punten”.

3.5. Op 28 februari 2012 dient verzoekende partij haar offerte in. Zij dient voor de drie percelen een offerte in. Hierbij wordt onder de rubriek naleveringsperiode vermeld:

“Beschrijving

De naleveringsperiode is de periode waarin het bestuur van U Gent bestellingen kan plaatsen van identiek dezelfde meubels of onderdelen daarvan conform de offerte.

Duur
De naleveringsperiode bedraagt 51 jaar”.

3.6. De opening van de offertes vindt plaats op 29 februari 2012.

3.7. Bij aangetekend schrijven van 6 april 2012 vraagt verwerende partij aan verzoekende partij:

“Ik verwijs naar uw inschrijving dd. 28 februari 2012 voor bovengenoemde overheidsopdracht.

Hierbij verzoeken wij u, op straffe van nietigheid van uw offerte, ons ten spoedigste en uiterlijk op 26 april 2012, volgende preciseringen van de door u opgegeven naleveringsperiode toe te sturen:

1. Welke goederen zijn eigen productie en welke zijn inkoop?
2. Voor de goederen die eigen productie zijn: een beschrijving van hoe men gedurende 51 jaar de nodige grondstoffen kan inkopen en garanties dat het productieproces voor het betrokken artikel zal blijven bestaan (bijv. in dienst houden (van) specifieke machines).
3. Voor de goederen die inkoop zijn: een verklaring van de leverancier hoe men gedurende 51 jaar de nodige grondstoffen kan inkopen en garanties dat het productieproces voor het betrokken artikel zal blijven bestaan”.

3.8. Bij schrijven door verwerende partij ontvangen op 30 april 2012 antwoordt verzoekende partij hierop :

“Onlangs ontvingen wij van U een aanvraag tot bijkomende informatie inzake de voorgestelde naleveringsperiode.

1.
Voor perceel 1 zijn alle artikels tot en met artikel I eigen productie.
Alle andere producten en percelen zijn inkoop materialen.

2.
We zien geen redenen om aan te nemen dat de gebruikte materialen zoals staal en hout niet meer aankoopbaar zouden zijn in de toekomst.
Verder hebben we de productie van de onderdelen ook in eigen handen.
Het mooiste voorbeeld hiervan is het gamma Style dat na haar lancering 50 jaar geleden nog steeds leverbaar is.

3.
Alle fabrikanten waarmee Gispen werkt dienen te voldoen aan strenge selectienormen.
Dit heeft tot gevolg dat ook hier alle ingekochte goederen geproduceerd worden door de fabrikanten zelf.

Ook hier wordt geen tekort aan materialen voorzien (kunststof, staal, hout,)

Eventuele veranderingen en evoluties in de materialen markt worden steeds ter goedkeuring voorgelegd aan het bestuur van de Universiteit Gent.

Als Gispen staan we garant voor onze eigen productie en die van onze leveranciers”.

3.9. Op 15 mei 2012 neemt de rector van de Universiteit Gent een beslissing houdende het onregelmatig verklaren van de offerte van verzoekende partij. De rector overweegt:

“Overwegende dat werd overgegaan tot het nazicht van de offertes; dat dit nazicht aanleiding geeft tot volgende opmerking:

Overwegende dat Gispen N.V. in haar offerte bij het derde gunningscriterium ‘Dienstverlening en nazorg – Naleveringsperiode’ een naleveringsperiode van 51 jaar heeft opgegeven;

Overwegende dat onder ‘naleveringsperiode’ in het bestek wordt verstaan de periode gedurende dewelke de leverancier in staat is hetzelfde meubilair of onderdelen daarvan als aangeboden in de offerte te blijven leveren;

Overwegende dat een naleveringstermijn van 51 jaar zou inhouden dat Gispen N.V. in 2063 nog steeds in staat zou moeten zijn het in 2012 aangeboden materiaal te leveren;

Overwegende dat de Universiteit Gent twijfels heeft bij het realistisch karakter van zulk een bijzonder lange naleveringstermijn, nu blijkt dat de naleveringstermijn van de overige inschrijvers varieert tussen vijf en twintig jaar, met als maximum een naleveringstermijn van twintig jaar (cf. offerte van Mewaf International, Pami N.V. en Vepa b.v.);

Overwegende dat de Universiteit Gent meent dat een naleveringsperiode van 51 jaar een bestanddeel in de offerte zou kunnen zijn dat niet met de werkelijkheid overeenstemt in de zin van artikel 110, § 2 van het koninklijk besluit van 08 januari 1996;

Overwegende dat, alvorens daarover te oordelen, de Universiteit Gent met de inschrijver in contact is getreden, teneinde hem de mogelijkheid te bieden zijn offerte op dit punt te preciseren;

Gelet op de aangetekende brief dd. 6 april 2012 waarin de inschrijver werd gevraagd, zowel wat eigen productie als inkoop betreft, nader toe te lichten hoe de naleveringsperiode van 51 jaar kan worden gegarandeerd, zowel inzake grondstoffen als inzake productiewijze;

Gelet op het antwoord van Gispen N.V. dd. 26 april 2012;

Overwegende dat dit antwoord met name inzake de garantie op het behoud van de productiewijze gedurende 51 jaar weinig concreet is; dat wat het meubilair betreft dat ingekocht wordt door Gispen N.V. alleszins nagelaten wordt de gevraagde verklaringen van zijn leveranciers over te maken;

Overwegende bovendien dat Gispen N.V. in het aanbestedingsdossier 2010/010 – ‘Leveren en plaatsen van meubilair’- een opdracht die evenwel niet werd gegund – een naleveringsgarantie van 10 jaar heeft opgegeven;

Overwegende dat niet zomaar kan worden aangenomen dat dezelfde inschrijver op een periode van één jaar tijd erin zou slagen de naleveringsperiode te verlengen van 10 jaar tot 51 jaar;

Overwegende de Universiteit Gent zich binnen de sector van het kantoormeubilair verder heeft geïnformeerd inzake de gebruikelijke naleveringsperiodes;

Gelet op de e-mail dd. 8 mei 2012 van de heer Henning Figge, voorzitter van de Fédération Européenne du Mobilier du Bureau, die als bijlage bij dit besluit wordt gevoegd, waarin een naleveringsperiode van 50 jaar als uitzonderlijk wordt beschouwd;

Overwegende dat de Universiteit Gent, op basis van de naleveringsperiode van de overige inschrijvers, van een eerdere offerte van Gispén N.V. en op basis van de courante termijnen binnen de sector van oordeel is dat een naleveringstermijn van 51 jaar een bestanddeel van de offerte is dat niet met de werkelijkheid overeenstemt;

Gelet op artikel 110, § 2 van het koninklijk besluit van 08 januari 1996, volgens hetwelk de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande kan beschouwen indien ze o.m. bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen;

Overwegende dat de Universiteit Gent op die basis de offerte van Gispén N.V. voor alle ingediende percelen – gezien de naleveringstermijn van 51 jaar op alle percelen van toepassing is – als onregelmatig kan beschouwen;

Overwegende dat het leerstuk van de ‘relatieve onregelmatigheden’ in overheidsopdrachten samengevat inhoudt dat relatief onregelmatige offertes in aanmerking kunnen genomen worden, echter op voorwaarde dat:

- *de onregelmatigheid de onderlinge vergelijkbaarheid van de offertes niet onmogelijk maakt;

- * het beginsel van de gelijkheid onder de mededingers wordt geëerbiedigd, d.w.z. dat elke inschrijver op grond van dezelfde maatstaven wordt beoordeeld;

- * de verbintenis van de inschrijver ondubbelzinnig is;

- * de begane onregelmatigheid niet met bedrieglijk inzicht werd begaan;

- * de onregelmatigheid geen schadelijke invloed zal hebben op de uitvoering van de aanneming.

Overwegende evenwel dat de onderlinge vergelijkbaarheid van de offertes in casu onmogelijk wordt gemaakt, nu de naleveringstermijn deel uitmaakt van een gunningscriterium op basis waarvan de voordeligste offerte moet worden aangewezen; dat het in aanmerking nemen van een onrealistische naleveringstermijn de puntentoekenning bij het gunningscriterium bijzonder sterk zou vertekenen en niet correct zou zijn; dat het eerlijk verloop van de gunningsprocedure aldus niet langer zou gewaarborgd zijn;

Overwegende dat de Universiteit Gent van oordeel is dat de offerte van Gispén N.V. wegens haar onrealistische naleveringsperiode als onregelmatig en derhalve als onbestaande moet beschouwd worden;

[...]

Besluit

Artikel 1:

De offerte van Gispen N.V. voor de percelen 1, 2 en 3 wordt als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwd. De firma wordt niet uitgenodigd proefmodellen ter beschikking te stellen.

Artikel 2:

Deze beslissing wordt betekend aan Gispen N.V. en een wachttermijn als bedoeld in artikel 65/11 van de wet van 24 december 1993 wordt toegepast”.

Dit is de bestreden beslissing.

3.10. Van deze beslissing wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht bij aangetekend schrijven van 25 mei 2012.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4.1. 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 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.

4.2. 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.

Luidens 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 beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

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

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

5. Verzoekende partij steunt een eerste middel op de schending van artikel 110, § 2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en concessies voor openbare werken, van het gelijkheidsbeginsel “zoals vervat in art. 10 en 11 van de Grondwet en als beginsel van behoorlijk bestuur”, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, “en de algemene motiveringsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur”.

Verzoekende partij betwist dat een naleveringstermijn van 51 jaar niet met de werkelijkheid zou overeenstemmen zoals wordt vermeld in de bestreden beslissing.

Zij wijst erop dat, zoals werd aangegeven in haar antwoord van 26 april 2012, voor perceel 1 alle artikels onder A tot en met I eigen productie zijn. De artikelen vermeld onder J tot en met M en de percelen 2 en 3 zijn inkoopmaterialen. Aangezien verzoekende partij bovendien de productie van de onderdelen ook in eigen handen heeft en er geen twijfel over kan bestaan dat de materialen, zoals staal en hout, ook nog in de toekomst aankoopbaar zijn, is een naleveringsperiode van 51 jaar wel realistisch.

Verzoekende partij vermeldt dat zij reeds sedert 1937 bestaat en dat zij in 2002 de BURODEP-groep heeft overgenomen. Het gamma Style is, na zijn lancering 50 jaar geleden nog steeds leverbaar. Dit is geen uitzondering bij verzoekende partij.

In het algemeen bericht van heer Henning Figge, voorzitter van de Fédération Européenne du Mobilier du Bureau waarnaar verwerende partij verwijst, wordt volgens verzoekende partij niet aangegeven dat een naleveringsperiode van 50 jaar niet met de werkelijkheid zou overeenstemmen.

Voorts meent verzoekende partij dat verwerende partij haar besluit dat er sprake is van een relatieve onregelmatigheid niet kan motiveren door te verwijzen naar de vergelijkbaarheid van de inschrijvingen. Met verwijzing naar rechtsleer betoogt zij dat motiveringen in verband met vergelijkbaarheid en gelijkheid tussen inschrijvers niet adequaat lijken vermits dit precies aanleiding zou moeten geven tot een substantiële onregelmatigheid.

Verzoekende partij wijst er ook op dat aan het subcriterium naleveringsperiode slechts 5 van de 100 punten werden toegekend zodat het niet realistisch is voor te houden dat het in aanmerking nemen van een onrealistische naleveringstermijn de puntentoekenning “bijzonder sterk zou vertekenen”.

Verzoekende partij is tot slot van oordeel dat door haar offerte uit te sluiten en een inhoudelijke beoordeling van haar offerte onmogelijk te maken, tevens een ongelijke behandeling van de offerte van verzoekende partij ten opzichte van de andere offertes inhoudt.

Beoordeling

6. Artikel 110, § 2 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt:

“§ 2. Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als

onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”.

Uit deze bepaling is af te leiden dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de gevallen waarin de inschrijvingen nietig zijn – dit is de substantiële onregelmatigheid – omdat ze afwijken van de voornaamste bepalingen van het bestek, onder meer die welke betrekking hebben op de prijs, de termijnen en de technische voorwaarden, en de gevallen van betrekkelijke nietigheid – de relatieve onregelmatigheid, waarin het bestuur het recht heeft om de inschrijvingen als onregelmatig te beschouwen. Het staat in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om vast te stellen of de afwijking al dan niet een essentiële besteksbepaling betreft. Indien een offerte substantieel onregelmatig is, moet het bestuur die offerte buiten beschouwing laten en beschikt het terzake niet over een discretionaire bevoegdheid. Indien daarentegen de offerte enkel relatieve onregelmatigheden bevat, is de aanbestedende overheid vrij om de offerte al dan niet als onregelmatig te weren, zij het dat die beoordelingsbevoegdheid steeds in het licht van de concrete beschikbare gegevens moet worden uitgeoefend. In het ene en het andere geval moet de beoordeling zijn uitgegaan van aanvaardbare motieven die voortvloeien uit zorgvuldig onderzoek.

7. Te dezen betwistte de aanbestedende overheid dat de naleveringsperiode die vermeld werd in de offerte van verzoekende partij overeenstemde met de werkelijkheid waarna zij hierover een aantal preciseringen vroeg aan verzoekende partij.

Verzoekende partij is van oordeel dat verwerende partij ten onrechte oordeelde dat de naleveringstermijn van 51 jaar die zij in haar offerte vermeldde, niet met de werkelijkheid overeenstemt.

Met haar brief van 6 april 2012 vroeg verwerende partij aan verzoekende partij uitdrukkelijk en “op straffe van nietigheid van haar offerte” onder meer een beschrijving van hoe men gedurende 51 jaar de nodige grondstoffen kan inkopen en garanties kan bieden dat het productieproces voor het betrokken artikel zal blijven bestaan, zoals bijvoorbeeld het in dienst houden van

specifieke machines. Voor de goederen die door verzoekende partij worden ingekocht, vroeg verwerende partij een verklaring van de betrokken leverancier hoe men gedurende 51 jaar de nodige grondstoffen kan inkopen en garanties kan bieden dat het productieproces voor het betrokken artikel zal blijven bestaan.

Met haar brief, door de verwerende partij ontvangen op 30 april 2012, antwoordt verzoekende partij daarop dat bepaalde producten van perceel 1 eigen productie zijn, dat zij geen reden ziet waarom materialen als hout en staal niet meer beschikbaar zouden zijn in de toekomst, dat zij bijvoorbeeld een gamma Style heeft dat reeds 50 jaar leverbaar is en dat alle leveranciers waarmee zij werkt aan strenge selectienormen moeten voldoen, dat deze de te leveren producten zelf produceren en dat er ook daar geen tekort aan materialen wordt voorzien.

Op het eerste gezicht komt deze verduidelijking van verzoekende partij niet voor als een voldoende uitgewerkte en gedocumenteerde verduidelijking die elke gerede twijfel in hoofde van verwerende partij moest wegnemen omtrent het realistische karakter van de naleveringstermijn van 51 jaar. Verzoekende partij geeft bijvoorbeeld niet de gevraagde verduidelijking omtrent het in dienst houden van machines, noch legt zij de gevraagde verklaringen van de leveranciers voor. Verzoekende partij geeft ook zelf in haar verzoekschrift aan dat zij slechts een algemeen antwoord gaf, omdat haar, volgens haar, slechts een algemene vraag werd gesteld. Uit het voorgaande blijkt echter op het eerste gezicht dat verwerende partij eerder specifieke vragen stelde, waar verzoekende partij niet of zeer algemeen op geantwoord lijkt te hebben.

In de bestreden beslissing oordeelde verwerende partij hieromtrent:

“Overwegende dat dit antwoord met name inzake de garantie op het behoud van de productiewijze gedurende 51 jaar weinig concreet is; dat wat het meubilair betreft dat ingekocht wordt door Gispen N.V. alleszins nagelaten wordt de gevraagde verklaringen van zijn leveranciers over te maken”.

Gelet eveneens op de andere elementen waarnaar in de bestreden beslissing wordt verwezen, meer bepaald het bericht betreffende de courante

termijnen van nalevering van de voorzitter van de Europese Beroepsfederatie, de naleveringstermijnen van de overige inschrijvers en de naleveringstermijn geboden door verzoekende partij bij een andere opdracht, toont verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan dat verwerende partij op onzorgvuldige wijze haar oordeel zou hebben gevormd dat de door verzoekende partij geleverde naleveringsperiode een bestanddeel van de offerte is dat niet met de werkelijkheid overeenstemt.

8. Vervolgens stelt verwerende partij in de bestreden beslissing:

“Gelet op artikel 110, § 2 van het koninklijk besluit van 08 januari 1996, volgens hetwelk de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande kan beschouwen indien ze o.m. bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen;

Overwegende dat de Universiteit Gent op die basis de offerte van Gispen N.V. voor alle ingediende percelen – gezien de naleveringstermijn van 51 jaar op alle percelen van toepassing is – als onregelmatig kan beschouwen; [...]

Overwegende evenwel dat de onderlinge vergelijkbaarheid van de offertes in casu onmogelijk wordt gemaakt, nu de naleveringstermijn deel uitmaakt van een gunningscriterium op basis waarvan de voordeligste offerte moet worden aangewezen; dat het in aanmerking nemen van een onrealistische naleveringstermijn de puntentoekenning bij het gunningscriterium bijzonder sterk zou vertekenen en niet correct zou zijn; dat het eerlijk verloop van de gunningsprocedure aldus niet langer zou gewaarborgd zijn; Overwegende dat de Universiteit Gent van oordeel is dat de offerte van Gispen N.V. wegens haar onrealistische naleveringsperiode als onregelmatig en derhalve als onbestaande moet beschouwd worden”.

Verzoekende partij lijkt op het eerste gezicht geen belang te hebben bij haar grief dat een aanbestedende overheid niet kan verwijzen naar de onvergelijkbaarheid van de offertes om een beslissing tot relatieve onregelmatigheid te motiveren aangezien deze onvergelijkbaarheid leidt tot de substantiële onregelmatigheid. In de mate dat door het opgeven van een niet-realistische naleveringstermijn door verzoekende partij de offertes inderdaad niet vergeleken zouden kunnen worden, lijkt de offerte van verzoekende partij dan immers in ieder geval geweerd te moeten worden wegens substantiële onregelmatigheid.

Tot slot komt het op het eerste gezicht ook niet als onzorgvuldig over te oordelen dat door de opgave van een onrealistische naleveringstermijn de puntentoekenning vertekend en niet correct zou zijn omdat in het bestek precies is bepaald dat aan de langste naleveringstermijn 5 punten worden toegekend en aan de andere inschrijvers punten worden toegekend in functie van hun verhouding tot deze langste naleveringstermijn. Met verwerende partij kan worden opgemerkt dat het niet uitgesloten is dat de 5 punten die worden toegekend voor de naleveringsperiode van belang kunnen zijn voor de eindrangschikking.

Gelet op het voorgaande toont verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan dat verwerende partij de in het middel aangehaalde bepalingen zou hebben geschonden.

Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

9. In een tweede middel voert verzoekende partij aan “dat de bestreden beslissing (...) een schending [vormt] van het evenredigheidsbeginsel, het zorgvuldigheids- en vertrouwensbeginsel en de algemene motiveringsplicht als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en is aangetast door willekeur”.

Daartoe wijst zij er op dat de nietigheids- of onregelmatigheidssanctie in verhouding moet staan tot de zogenaamde begane onregelmatigheid. Zij meent dat uit het feit dat de opdracht maximaal een duurtijd heeft van vijf jaar, dat volgens artikel 5 van het bestek gedurende de geldingsduur van het af te sluiten contract prestaties identiek of analoog aan de opdracht beschreven in het bestek kunnen worden uitgevoerd door andere leveranciers en dat de naleveringsperiode slechts betrekking heeft op 5 van de 100 punten, de relativiteit van de naleveringsperiode blijkt. Bijgevolg staat het wettelijk van de offerte van verzoekende partij op grond van een relatieve onregelmatigheid niet in verhouding tot de zogenaamde begane onregelmatigheid, en getuigt zulks van een onzorgvuldig onderzoek, van een gebrekkige motivering en van willekeur.

Beoordeling

10. Zoals bij de bespreking van het vorige middel is gebleken, beschikt de aanbestedende overheid over een ruime discretionaire bevoegdheid om de offerte al dan niet als onregelmatig te weren, zij het dat die beoordelingsbevoegdheid steeds in het licht van de concrete beschikbare gegevens moet worden uitgeoefend. In het ene en het andere geval moet de beoordeling zijn uitgegaan van aanvaardbare motieven die voortvloeien uit zorgvuldig onderzoek.

Te dezen was de aanbestedende overheid van oordeel dat de offerte van verzoekende partij wat de naleveringsperiode betreft een element bevatte dat niet overeenstemde met de werkelijkheid. Dit leidde volgens verwerende partij tot een relatieve onregelmatigheid onder meer omdat de onderlinge vergelijkbaarheid van de offertes te dezen onmogelijk zou worden gemaakt, nu de naleveringstermijn deel uitmaakt van een gunningscriterium op basis waarvan de voordeligste offerte moet worden aangewezen, omdat het in aanmerking nemen van een onrealistische naleveringstermijn de puntentoekenning bij het gunningscriterium bijzonder sterk zou vertekenen en niet correct zou zijn en omdat het eerlijk verloop van de gunningsprocedure aldus niet langer zou gewaarborgd zijn.

Verzoekende partij toont niet aan dat de keuze van verwerende partij immers om de offerte te dezen op grond van een relatieve onregelmatigheid te weren niet in evenredigheid staat met die onregelmatigheid.

Zoals bij de bespreking van het vorige middel bleek, lijkt verwerende partij immers te mogen oordelen dat de door verzoekende partij opgegeven naleveringstermijn niet met de werkelijkheid overeenstemt.

Voorts valt ook vast te stellen dat het bestek bij het derde gunningscriterium een subcriterium “naleveringsperiode” heeft bepaald waaraan 5 punten worden toegekend en waarvoor volgende beoordelingsformule in het bestek wordt opgenomen:

“Subcriterium 2: 5 punten: Naleveringsperiode

De inschrijver geeft de naleveringsperiode op. Hiermee wordt de periode bedoeld dat het bestuur bestellingen kan plaatsen van identiek dezelfde meubels of onderdelen daarvan conform de offerte.

De inschrijver met de langste naleveringsperiode krijgt 5 punten.

De overige inschrijvers worden punten toegekend als volgt:

$5 \times X/Y$, waarbij X= naleveringsperiode van de betrokken inschrijver

Y= de langst opgegeven naleveringsperiode

Deze nalever(ings)periode moet minimum 5 jaar bedragen”.

Op het eerste gezicht kan dan ook worden vastgesteld dat de naleveringstermijnen van de verschillende inschrijvers zouden worden vergeleken, en gelet op de zeer lange naleveringstermijn die verzoekende partij bood, zou zij waarschijnlijk 5 punten krijgen voor dit subgunningscriterium en zou haar naleveringstermijn tevens de referentietermijn zijn voor het bepalen van de punten van de overige inschrijvers, volgens de formule vastgelegd in het bestek.

Zoals ook reeds bij de bespreking van het vorige middel werd gesteld, kunnen de 5 punten die worden toegekend voor de naleveringsperiode van belang zijn voor de eindrangschikking, zodat het feit dat slechts 5 punten worden toegekend voor het subgunningscriterium niet van aard lijkt om aan te tonen dat de bestreden beslissing is genomen met schending van het evenredigheidsbeginsel. Zoals verwerende partij ook aantoont, is er kans dat het puntenverschil voor dit criterium met de andere inschrijvers zeer groot is, net doordat verzoekende partij een dermate lange naleveringsperiode opgaf, en aldus eventueel significant voor de eindrangschikking.

Voorts lijkt de onregelmatigheid op het eerste gezicht betrekking te hebben op de drie betrokken percelen, aangezien de naleveringsperiode voor de drie percelen geldt zodat verzoekende partij ook in dat opzicht niet aantoont dat een uitsluiting voor de volledige opdracht een onevenredige sanctie zou zijn.

Zulks is ook op het eerste gezicht het geval voor de afwezigheid van een exclusiviteitsrecht in hoofde van de gekozen leverancier, aangezien het feit dat ook meubels bij andere leveranciers zouden kunnen worden besteld, uiteraard geen invloed heeft op de eventuele noodzaak om de bij de gekozen inschrijver gekochte meubels te herstellen, te vervangen, aan te vullen of dies meer.

Bijgevolg toont verzoekende partij niet aan dat de beslissing de materiële-motiveringsplicht zou schenden, noch de in het middel genoemde beginselen.

Het tweede middel is niet ernstig.

VI. Besluit

11. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van tien juli 2012, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest, kamervoorzitter,
bijgestaan door

Silvan De Clercq, griffier.

De griffier

De voorzitter

Silvan De Clercq

Dierk Verbiest