

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 220.639 van 18 september 2012
in de zaak A. 206.002/XII-7037**

In zake: de NV LYRECO BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Hans-Kristof Carême
kantoor houdend te 3001 Heverlee
Industrieweg 4 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de BVBA STAPLES BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Pascal Mallien en Jeroen De Coninck
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Meir 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 14 augustus 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen van 27 juli 2012 houdende:
- de gunning van perceel 1 en perceel 2 voor het afsluiten van een raamcontract voor het leveren van ecologische bureelbenodigdheden op basis van bestek GAC/2012/015 aan Staples Belgium bvba [...] en de

impliciete beslissing om de opdracht niet aan [nv Lyreco Belgium] toe te kennen.

- de niet gunning van perceel 3 van bestek GAC/2011/015
- de goedkeuring van het bestek 2012/1348 voor het afsluiten van een raamcontract voor de occasionele levering van ecologische bureelbenodigdheden goed en de goedkeuring dat:
 - hiervoor een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking wordt uitgeschreven;
 - de stad voor deze opdracht optreedt als aankoopcentrale voor de groep Antwerpen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 1 september 2012 heeft de bvba Staples Belgium gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 september 2012, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Hans-Kristof Carême en Sarah Brouwers, die verschijnen voor verzoekende partij, advocaat Stéphanie Taelemans, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnt voor verwerende partij, en advocaat Jeroen De Coninck, die verschijnt voor tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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 stad Antwerpen schrijft, bij wijze van algemene offerteaanvraag, een overheidsopdracht met Europese bekendmaking uit voor het sluiten van een raamcontract voor het leveren van (ecologische) bureelbehoeften.

De stad Antwerpen treedt op als aanbestedende overheid doch zal voor prestaties die het voorwerp van de opdracht uitmaken tevens kunnen optreden als gemeenschappelijke aankoopcentrale voor:

- “1. het OCMW van Antwerpen
2. instellingen die vallen onder de rechtspersoonlijkheid van de stad en/of het OCMW (bv. lokale politie, brandweer, districten, gewone gemeentebedrijven, intern verzelfstandigde agentschappen, gemeenschappelijke interne preventiedienst enz.)
3. instellingen met een aparte rechtspersoonlijkheid die:
 - door de stad belast zijn met een bepaalde taak van gemeentelijk belang (stedelijke vzw's, autonome gemeentebedrijven, andere extern verzelfstandigde agentschappen in privaatrechtelijke vorm, enz.) en/of
 - door het OCMW belast zijn met een bepaalde taak die behoort tot de opdrachten van het OCMW (Zorgbedrijf, Beschut Wonen)
4. andere instellingen die zeer nauw verbonden zijn met de stad en/of OCMW (AG Havenbedrijf, Digipolis, enz.).”

De opdracht is opgedeeld in drie percelen:

- perceel 1: levering van bureelmateriaal in het centraal magazijn van de gemeenschappelijke aankoopcentrale
- perceel 2: levering en verdeling in administratief centrum “Den Bell”
- perceel 3: levering van occasionele kantoorbehoeften in het volledige grondgebied van de stad Antwerpen.

De omvang van de opdracht wordt voor de drie percelen gezamenlijk geraamd op 2.315.173,85 euro (btw niet inbegrepen).

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 2 april 2012 en het Publicatieblad van de Europese Unie op 6 april 2012.

3.3. Het bijzonder bestek nr. GAC_2011_015 vermeldt de volgende gunningscriteria:

Perceel 1:	1. MVO (maatschappelijk verantwoord ondernemen)	10
	2. Prijs	50
	3. Kwaliteit en milieuvriendelijkheid	40
Perceel 2:	1. Prijs van de producten volgens het fictief aankoopschema	35
	2. Kwaliteit (milieuvriendelijkheid)	45
	3. Prijs van de dienstverlening	10
	4. MVO (maatschappelijk verantwoord ondernemen)	10
Perceel 3:	1. MVO (maatschappelijk verantwoord ondernemen)	10
	2. Prijs	40
	3. Kwaliteit en milieuvriendelijkheid	40
	4. Dienstverlening	10

Voorts bepaalt het bestek dat op vraag van het bestuur een monster kan worden gevraagd of een plaatsbezoek kan worden gebracht bij de verschillende inschrijvers om daar de aangeboden artikelen te evalueren.

Als “bij de offerte te voegen bescheiden” wordt onder meer vermeld: “een volledige beschrijving en/of documentatie in enkelvoud (Nederlandstalig) van de aangeboden producten dient bij de offerte gevoegd te worden. Er wordt uitdrukkelijk de nadruk opgelegd dat de nodige certificaten en attesten met betrekking tot ecologische labels dient toegevoegd te worden”.

De door het bestek opgelegde gestanddoeningstermijn bedraagt 180 kalenderdagen, ingaande de dag na de zitting voor de opening van de offertes.

Ten slotte bevat het bestek nog de volgende bepalingen inzake prijssherzieningen:

“De eventuele schommelingen van de prijzen der producten, de lonen, de vervoerstarieven, de sociale lasten en de verzekeringspremies, grondstoffen en algemene kosten gedurende de gestanddoeningstermijn kunnen geen aanleiding geven tot herziening van de inschrijvingsprijs.

Na de gestanddoeningstermijn heeft de inschrijver de mogelijkheid éénmaal per jaar de eenheidsprijzen aan de schommelingen van de prijzen der producten, de lonen, de vervoerstarieven, de sociale lasten en de verzekeringspremies, grondstoffen en algemene kosten aan te passen.

De leverancier dient zijn aanvraag tot prijssherziening afdoende te motiveren.

Een prijssherziening kan slechts worden toegepast na uitdrukkelijke en schriftelijke toestemming van de gemeenschappelijke aankoopcentrale”.

3.4. Op 19 april 2012 wordt, zoals uitdrukkelijk bepaald in het bestek, een informatievergadering georganiseerd waarop naast een afvaardiging van de Stad Antwerpen, tevens afgevaardigden van respectievelijk Office Depot, Staples, Enya en verzoekende partij aanwezig zijn.

3.5. Op 9 mei 2012 worden in het Bulletin der Aanbestedingen met een verbeteringsbericht nog een aantal aanvullende documenten bekendgemaakt, waaronder een document “verduidelijkingen bij bestek GAC 2011 015” en een aangepaste inventaris voor perceel 2.

3.6. Uit het proces-verbaal van de opening van de offertes blijkt dat drie inschrijvers, waaronder verzoekende partij, een offerte indienen, en dit telkens voor de drie percelen.

3.7. Bij e-mailbericht van 13 juni 2012 worden aan verzoekende partij, met toepassing van artikel 1.15 van het bestek, een aantal “monsters” opgevraagd, welke aan de aanbestedende overheid worden bezorgd laatstens 20 juni 2012.

3.8. In het verslag van nazicht van 13 juli 2012 wordt bij het administratief en technisch nazicht betreffende de offertes van verzoekende partij en bvba Office Depot opgemerkt dat de inventaris niet conform is voor de drie

percelen en betreffende de offerte van bvba Staples Belgium dat de inventaris niet conform is voor perceel 3.

Voorgesteld wordt om de opdracht voor de percelen 1 en 2 te gunnen aan bvba Staples Belgium die als enige een regelmatige offerte heeft ingediend en om de opdracht voor perceel 3 niet te gunnen omdat geen enkele inschrijver voor dit perceel een regelmatige offerte heeft ingediend.

3.9. Op 27 juli 2012 neemt het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen het volgende besluit:

“Artikel 1

Het college keurt de gunning van perceel 1 en 2 goed voor het afsluiten van een raamcontract voor het leveren van ecologische bureelbenodigdheden op basis van bestek GAC/2012/015 aan Staples Belgium bvba [...].

Artikel 2

Het college keurt goed dat perceel 3 van bestek GAC/2011/015 niet gegund wordt, omdat er enkel onregelmatige offertes werden ingediend voor het betreffende perceel.

Artikel 3

Het college keurt het bestek 2012/1348 voor het afsluiten van een raamcontract voor de occasionele levering van ecologische bureelbenodigdheden goed en keurt eveneens goed dat:

- hiervoor een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking wordt uitgeschreven;
- de stad voor deze opdracht optreedt als aankoopcentrale voor de groep Antwerpen”.

De offerte van verzoekende partij wordt voor de drie percelen “uitgesloten” op grond van de volgende motivering:

“Er is geen link tussen inventaris en catalogus, waardoor een correcte vergelijking onmogelijk is. De firma Lyreco heeft een voorbehoud geformuleerd ivm de prijszetting”.

3.10. Bij aangetekend schrijven van 1 augustus 2012 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat de aanbestedende overheid beslist heeft om de opdracht voor perceel 1, 2 en 3 niet aan haar toe te wijzen. Als bijlage wordt een kopie gevoegd van de gunningsbeslissing.

Bij e-mailbericht van 3 augustus 2012 heeft verzoekende partij tevens het verslag van nazicht opgevraagd, waarvan zij diezelfde dag een kopie heeft ontvangen.

IV. Tussenkoms

4. Tussenkomsende partij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens wordt haar verzoek ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. Verwerende partij werpt drie excepties op.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. De 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 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.

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.

VII. Onderzoek van het enige middel

7. Het enige middel is genomen uit de schending van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de artikelen 110, § 2, en 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, en uit machtsoverschrijding.

Uiteenzetting eerste onderdeel

8. In een eerste onderdeel voert verzoekende partij aan dat uit de door verwerende partij verstrekte verduidelijkingen bij het bestek blijkt dat het opvragen van stalen/monsters kadert in de technische beoordeling van de offertes en dus in de inhoudelijke toetsing van de offerte aan de gunningscriteria. Meer nog, de aanbestedende overheid heeft volgens verzoekende partij uitdrukkelijk aangegeven dat stalen/monsters slechts zullen worden opgevraagd indien een offerte als regelmatig zou worden beschouwd, dit om de kosten voor de inschrijvers zo veel mogelijk te drukken.

Uit het opvragen van de monsters door verwerende partij volgt dan ook ontegensprekelijk dat de offerte van verzoekende partij als een regelmatige offerte werd beschouwd. Verzoekende partij mocht er bijgevolg rechtmatig op vertrouwen dat haar offerte inhoudelijk zou worden vergeleken met die van de overige regelmatige inschrijvers, hetgeen verwerende partij heeft nagelaten.

Zo er al sprake zou zijn van enige onduidelijkheden in de offerte van verzoekende partij, dan werden deze kennelijk hoogstens als een relatieve onregelmatigheid beschouwd, die niet van aard is om de regelmatigheid van de offerte van verzoekende partij aan te tasten.

De bestreden beslissing strijdt volgens verzoekende partij dan ook met de artikelen 110 en 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel waar verwerende partij in strijd met haar eerdere (impliciete) beslissing tot het regelmatig verklaren van de offerte van verzoekende partij alsnog beslist om de offerte uit te sluiten.

Beoordeling eerste onderdeel

9. Artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, 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.”

Dit artikel 110, § 2, maakt aldus een onderscheid 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 onregelmaticheid- waarin het bestuur de mogelijkheid heeft om de inschrijvingen als nietig te beschouwen. De vraag of een bepaling van het bestek essentieel is, namelijk dermate belangrijk dat de afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg moet hebben dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, moet dan ook *in concreto* in elk geval afzonderlijk in het licht van het dossier worden beantwoord. Indien een offerte substantieel onregelmatig is, omdat ze een afwijking bevat van een essentiële besteksbeoaling, moet het bestuur die offerte vervolgens buiten beschouwing laten. Ter zake beschikt het niet over een discretionaire bevoegdheid.

Overeenkomstig artikel 115 van hetzelfde koninklijk besluit, waarvan verzoekende partij eveneens de schending inroept, kiest de aanbestedende overheid de regelmatige offerte die haar het voordeligst lijkt op grond van criteria die verschillend kunnen zijn naargelang de opdracht.

Het vertrouwensbeginsel is een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat moet vermijden dat de rechtmatige verwachtingen die de burger uit het bestuursoptreden put, te kort worden gedaan; dit houdt in dat de burger moet kunnen vertrouwen op een vaste gedragslijn van de overheid of op toezeggingen of beloften die de overheid in een concreet geval heeft gedaan. Om zich op een schending van het vertrouwensbeginsel te kunnen beroepen dient een verzoekende partij het bewijs te leveren van een bestuursgedrag dat aanleiding heeft gegeven tot een rechtmatige verwachting.

10. Te dezen bepaalt het bestek dat op vraag van het bestuur er hetzij een monster kan worden gevraagd, hetzij een plaatsbezoek kan worden gebracht bij de verschillende inschrijvers om daar de aangeboden artikelen te evalueren.

Bij de omschrijving van de gunningscriteria in het bestek wordt erop gewezen dat de kwaliteit van de producten zal worden beoordeeld aan de hand van de ingediende stalen.

Naar aanleiding van de door de inschrijvers gestelde vragen, werden deze besteksbepalingen door de aanbestedende overheid als volgt verduidelijkt:

“Vraag 9:

Stalen/ Monsters (I.15): Bij de gunningscriteria (I.12) wordt er vermeld dat de kwaliteit zal beoordeeld worden aan de hand van ingediende stalen. Bij deel ‘Monsters’ wordt vermeld dat de stalen dienen aangeboden worden enkel bij eventuele vraag van de groep Antwerpen.

Antwoord:

De inschrijver dient in zijn offerte duidelijk aan te geven met welke producten hij inschrijft. Bij de technische beoordeling van de offertes zal de aanbestedende overheid aangeven welke artikels als staal moeten aangeboden worden. (dit vooral om de kosten te drukken, in het geval een inschrijving onregelmatig zou zijn).

Vraag 10:

Dienen de stalen meegeleverd te worden bij indiening offerte? Zo ja, van alle producten per perceel?

Antwoord:

Zie het antwoord op vraag 9”.

11. Op het eerste gezicht sluiten voormelde besteksbepalingen als dusdanig niet uit dat de offerte van een inschrijver ook na opvraging van de stalen alsnog onregelmatig wordt verklaard. Zo lijken de stalen bijvoorbeeld ook relevant te kunnen zijn voor de beoordeling van de technische conformiteit.

Ook aan voormeld antwoord van verwerende partij op vraag 9 van de inschrijvers lijkt op het eerste gezicht niet de verregaande draagwijdte te kunnen worden verleend die verzoekende partij erin leest. De opmerking tussen haakjes lijkt slechts een toelichting bij de werkwijze te betreffen en geenszins als een belofte of toezegging van verwerende partij te kunnen worden beschouwd om slechts monsters op te vragen bij inschrijvers van wie de offerte reeds regelmatig werd bevonden.

In het licht van voormelde besteksbepalingen en de verduidelijking ervan lijkt verzoekende partij dan ook niet aan het opvragen van monsters met toepassing van punt I.15 van het bestek, de gerechtvaardigde

verwachting te mogen ontlenen dat verwerende partij zich reeds zou hebben uitgesproken over de regelmatigheid van haar offerte, noch dat eventuele gebreken in de offerte van verzoekende partij door verwerende partij hoogstens als een relatieve onregelmatigheid zouden zijn beschouwd.

Het eerste onderdeel van het enige middel is niet ernstig.

Uiteenzetting tweede onderdeel

12. In een tweede onderdeel voert verzoekende partij een schending aan van de formele en materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel omdat de offerte van verzoekende partij wordt uitgesloten op grond van een voor de 3 percelen gelijklopende stijlmotivering.

De bestreden beslissing, noch het verslag van nazicht van de offertes laten toe om na te gaan waaruit het door verzoekende partij beweerdelijk geformuleerde voorbehoud in de prijszetting zou bestaan.

Ook het motief dat er geen link zou bestaan tussen de inventaris en catalogus waardoor een correcte vergelijking onmogelijk is, mist volgens verzoekende partij feitelijke grondslag en wordt niet gedragen door het administratief dossier en de offerte van verzoekende partij.

Minstens rustte op verwerende partij een verzwaarde motiveringsplicht wanneer zij na ontvangst van de monsters en in afwijking van haar eerdere besluiten alsnog van oordeel was dat de offerte wegens een essentiële onregelmatigheid diende te worden uitgesloten.

De wering van de offerte op grond van de motivering dat er geen link tussen de inventaris en catalogus bestaat, is bovendien kennelijk onzorgvuldig en onredelijk. Overeenkomstig voormeld artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 had verwerende partij immers in elk geval de mogelijkheid om aan verzoekende partij een verduidelijking te vragen wanneer zij na ontvangst van de monsters alsnog van oordeel was dat de offerte (voor de overige producten) bijkomende verduidelijking zou behoeven.

Ten slotte is de bestreden beslissing volgens verzoekende partij ook ten aanzien van de regelmatigheid van de offerte van Staples Belgium gebrekkig gemotiveerd en minstens kennelijk onzorgvuldig en/of onredelijk. Uit het verslag van nazicht van de offerte blijkt immers dat de offerte van Staples Belgium voor de percelen 1 en 2 slechts als regelmatig wordt beschouwd “omdat eventuele onregelmatigheden niet essentieel zijn”. De motivering van de bestreden beslissing laat niet toe om na te gaan welke de voor de percelen 1 en 2 in de offerte van Staples Belgium vastgestelde onregelmatigheden zijn, noch op grond van welke motivering deze onregelmatigheden *in casu* als “niet-essentieel” worden gekwalificeerd. Aangezien er voor het perceel 3 geen link werd opgenomen tussen inventaris en catalogus, kan volgens verzoekende partij worden aangenomen dat deze link eveneens ontbreekt voor de percelen 1 en 2 zodat de offerte van Staples Belgium ook voor deze percelen had moeten worden geweerd, minstens is de motivering in de bestreden beslissing niet afdoende.

Beoordeling tweede onderdeel

13. De formele motivering van de bestreden beslissing moet de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Evenwel lijkt een evident motief het gebrek aan uitdrukkelijke motivering te kunnen goedmaken: de in een procedurestuk achteraf gegeven verantwoording kan het gebrek aan formele motivering van de beslissing zelf goedmaken wanneer de verantwoording een zodanige graad van vanzelfsprekendheid vertoont dat ze eigenlijk niet om een uitdrukkelijke verwoording vraagt en bijgevolg mag worden aangenomen ook al is ze in het besluit zelf niet tot uitdrukking gebracht.

Wanneer een bestreden beslissing zoals ze aan een verzoekende partij werd betekend, geen afdoende motivering van de beslissing bevat, heeft deze verzoekende partij er bovendien geen belang bij hierin een schending van de formele motiveringsplicht te onderkennen, indien blijkt dat zij op een andere wijze

kennis heeft gekregen van de motieven die aan de bestreden beslissing ten grondslag liggen. In dat geval is immers ten aanzien van de verzoekende partij het doel van de formele motiveringsplicht bereikt.

14. Uit de bestreden beslissing blijkt dat de offerte van verzoekende partij voor de drie percelen onregelmatig wordt verklaard op grond van de volgende motivering:

“Er is geen link tussen inventaris en catalogus, waardoor een correcte vergelijking onmogelijk is. De firma Lyreco heeft een voorbehoud geformuleerd ivm de prijszetting”.

Wat het tweede motief betreft geeft verwerende partij in haar nota aan dat het opmerkelijk is dat verzoekende partij doet gelden niet te begrijpen waaruit het geformuleerde voorbehoud in de prijszetting zou bestaan, terwijl zij zelf in haar offerte een hoofdstuk 11 toevoegt getiteld “prijscondities” waarin enerzijds wordt op gewezen dat de offerte en prijzen gesteund zijn op een “verwachte” jaarafname van 720.000 euro en anderzijds een “prijsbelofte” wordt opgenomen, die prijswijzigingen kan meebrengen, welke onderdelen uit de offerte volgens verwerende partij niet anders kunnen worden geïnterpreteerd dan als een voorbehoud geformuleerd in de prijszetting.

Prima facie lijkt te moeten worden vastgesteld dat de bestreden beslissing weliswaar een formele motivering bevat inzake het voorbehoud, doch wat de feitelijke gegevens betreft waarop de bestreden beslissing steunt nergens wordt aangegeven waaruit het voorbehoud betreffende de prijszetting precies bestaat.

15. Een voorbehoud impliceert dat er in feite en in rechte aanvaardbare gegevens voorhanden zijn die het aannemelijk maken dat de inschrijver aan zijn inschrijving een voorwaarde heeft verbonden die geen steun vindt in het bestek en de regelgeving inzake overheidsopdrachten.

De offerte van verzoekende partij blijkt een afzonderlijk punt 11 “Prijscandities” te bevatten waarin uitdrukkelijk het volgende wordt vermeld, zoals verwerende partij het in haar nota aanhaalt:

“Lyreco’s prijsbelofte

- De netto prijzen voor de core-list kantoorartikelen staan 12 maanden vast vanaf de offertedatum en blijven in deze offerte 60 dagen geldig.
- De netto prijzen voor de core-list papier en computer supplies kunnen onderhevig zijn aan prijsschommelingen door hun onzekere marktposities. Schommelingen worden in overeenstemming met de marktvoorwaarden met Stad Antwerpen besproken en kunnen leiden tot prijswijzigingen”.

De door het bestek opgelegde gestanddoeningstermijn bedraagt evenwel 180 kalenderdagen, ingaande de dag na de zitting voor de opening van de offertes.

Bovendien bevat het bestek een uitdrukkelijke bepaling inzake prijsherzieningen:

“De eventuele schommelingen van de prijzen der producten, de lonen, de vervoerstarieven, de sociale lasten en de verzekeringspremies, grondstoffen en algemene kosten gedurende de gestanddoeningstermijn kunnen geen aanleiding geven tot herziening van de inschrijvingsprijs.

Na de gestanddoeningstermijn heeft de inschrijver de mogelijkheid éénmaal per jaar de eenheidsprijzen aan de schommelingen van de prijzen der producten, de lonen, de vervoerstarieven, de sociale lasten en de verzekeringspremies, grondstoffen en algemene kosten aan te passen.

De leverancier dient zijn aanvraag tot prijsherziening afdoende te motiveren.

Een prijsherziening kan slechts worden toegepast na uitdrukkelijke en schriftelijke toestemming van de gemeenschappelijke aankoopcentrale”.

Prima facie blijkt het voorbehoud inzake de prijzen zoals opgenomen in Lyreco’s prijsbelofte, waarbij op het eerste gezicht wordt afgeweken van voormelde besteksbepalingen inzake de gestanddoeningstermijn en de prijsherziening, dan ook dermate evident uit de offerte van verzoekende partij dat zij in de concrete omstandigheden van de zaak bezwaarlijk kan betogen dat zij onwetend was waarom haar offerte onregelmatig werd verklaard wegens een voorbehoud betreffende de prijszetting.

De in de nota achteraf gegeven verantwoording, die stoelt op de zogenaamde prijsbelofte in de offerte van verzoekende partij, lijkt een zodanige graad van vanzelfsprekendheid te vertonen dat ze niet om een uitdrukkelijke verwoording in de bestreden beslissing vroeg.

Voorts lijkt niet met de vereiste *prima facie* ernst te worden aangetoond waarom de korte motivering in de gemotiveerde beslissing wat het voorbehoud betreft niet kon volstaan om het doel van de formele motiveringsplicht te bereiken en verzoekende partij in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt, aangezien zij uiteraard kennis had van de door haar gestelde bijzondere prijscondities in haar offerte.

16. Overeenkomstig artikel 110, § 2, en artikel 89 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, is de prijs een essentiële voorwaarde van de opdracht. Op het eerste gezicht heeft verwerende partij terecht gemeend dat de prijsopgave van verzoekende partij - met haar prijsbelofte die lijkt af te wijken van de besteksbepalingen inzake de gestanddoeningstermijn en prijsherzieningen - een voorbehoud leek in te houden inzake de prijszetting en aldus een afwijking inhield van een essentiële besteksbepaling.

Aangezien een dergelijk voorbehoud met betrekking tot de prijszetting reeds leidt tot substantiële onregelmatigheid van de offerte, heeft verzoekende partij geen belang meer bij haar kritiek op het andere motief, aangaande het beweerd gebrek aan link tussen inventaris en catalogus. Zelfs indien de grieven van verzoekende partij betreffende laatstgenoemd motief ernstig zouden zijn, kan dit niet leiden tot de schorsing *casu quo* nietigverklaring van de onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partij nu deze onregelmatigverklaring voldoende kan steunen op het motief betreffende de prijszetting.

17. Ten slotte werpt verzoekende partij nog op dat de bestreden beslissing ook ten aanzien van de regelmatigheid van de offerte van Staples Belgium gebrekkig gemotiveerd en minstens kennelijk onzorgvuldig en/of onredelijk zou zijn.

Uit de vermelding in het verslag van nazicht, die weliswaar in de bestreden gunningsbeslissing niet wordt herhaald, dat “de volgende offertes door het bestuur als regelmatig worden beschouwd omdat eventuele onregelmatigheden niet essentieel zijn”, lijkt op het eerste gezicht niet te kunnen worden afgeleid dat verwerende partij van oordeel was dat de offerte van bvba Staples Belgium onregelmatigheden bevatte. Verwerende partij wijst er terecht op dat slechts verwezen wordt naar “eventuele” onregelmatigheden. Voor het overige valt op het eerste gezicht niet in te zien waarom, uit de vaststelling door verwerende partij in de bestreden beslissing dat de offerte van deze inschrijver voor perceel 3 onregelmatig is omdat er geen link is tussen catalogus en inventaris, aangenomen zou moeten worden dat deze link eveneens zou ontbreken voor de percelen 1 en 2. Deze argumentatie van verzoekende partij vindt op het eerste gezicht evenmin steun in het administratief dossier.

18. Het enige middel is niet ernstig.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bvba Staples Belgium tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

Tussenkomen partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 september 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest