

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 220.972 van 11 oktober 2012
in de zaak A. 206.312/XII-7067**

In zake: de NV TELE SIGNAL ELECTRONICS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Karlien Touquet en Pieter Dewaele
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Groeningestraat 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OCMW VAN GENK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Mertens
kantoor houdend te 3580 Beringen
Scheigoorstraat 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

Verzoekende partij in tussenkomst:

de NV SCREEN SERVICES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie en Jan Beleyne
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 6/24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 september 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de OCMW-raad van de gemeente Genk van 27.08.2012 houdende

de toewijzing van de opdracht tot het leveren van televisietoestellen voor het woonzorgcentrum Tourmalien”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 24 september 2012 heeft de nv Screen Services gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 oktober 2012, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Karlien Touquet, die verschijnt voor verzoekende partij, advocaat Joris Gebruers, die loco advocaat Wim Mertens verschijnt voor verwerende partij, en advocaat Sofie Logie, die verschijnt voor tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een aanneming van leveringen, in de aankondiging genaamd “aankoop, huur, lease televisietoestellen (flatscreens) voor woonzorgcentrum Tourmalien”.

De aankondiging van de opdracht wordt op 19 mei 2012 in het Publicatieblad van de Europese Unie bekendgemaakt en op 23 mei 2012 in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.2. Het bijzonder bestek bevat de volgende bepaling over een verplichte variante:

“Voor onderhavige opdracht wordt een variant opgelegd. Naast het opmaken van een offerte voor de aankoop van televisietoestellen (flatscreens) voor woonzorgcentrum Toermalien moeten er tevens offertes bezorgd worden voor het huren en voor het leasen van televisietoestellen (flatscreens).”

Artikel 1 van de technische bepalingen bepaalt voorts:

“Het voorstel voor het huren van televisietoestellen (flatscreens) moet opgegeven worden voor een periode van 4 jaar.
Het voorstel voor de lease van televisietoestellen (flatscreens) moet eveneens opgegeven worden voor een periode van 4 jaar.
In de leaseprijs moet het onderhoud en de eventuele herstelling van de toestellen inbegrepen zijn en dit voor de volledige duurtijd en moet het voorzien van vervangtoestellen inbegrepen zijn.”

Het bestek bevat de volgende gunningscriteria: prijs (45 punten), technische waarde (25 punten), technische bijstand (10 punten), garantie (10 punten) en uitvoeringstermijn en dienst na verkoop (10 punten).

3.3. Er worden zeven offertes ingediend waaronder deze van verzoekende partij en van de nv Screen Services.

3.4. De technische facilitaire diensten van verwerende partij stellen op 9 augustus 2012 een gunningsverslag op.

In het kader van de toetsing van de offertes aan het gunningscriterium “prijs” wordt de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig bevonden omdat een offerte werd ingediend voor het leasen op 5 jaar terwijl de technische bepalingen van het bestek bepalen dat de voorstellen voor huren en leasen moeten worden opgegeven voor een periode van vier jaar. De offertes van vier andere inschrijvers worden evenzeer geweerd.

Na een toetsing van de twee overgebleven offertes aan de andere gunningscriteria wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Screen Services die een regelmatige offerte indiende en de hoogste totaalscore behaalde.

3.5. Op 27 augustus 2012 gaat de raad van het OCMW van Genk akkoord met de gunning van de aankoop van televisietoestellen voor woonzorgcentrum Toermalien aan de nv Screen Services voor een bedrag van 165.130 euro btw niet inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing.

3.6. Met een brief van 29 augustus 2012 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat de opdracht aan een andere inschrijver werd gegund.

IV. Tussenkost

4. De nv Screen Services blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5.1. Verzoekende partij dient met een brief van 5 oktober 2012 een “replieknota” in. Verwerende partij verzet zich hiertegen.

5.2. De procedureregeling voorziet niet in de neerlegging van een replieknota. De Raad van State zal deze nota hierna dan ook niet in zijn beoordeling betrekken, in zoverre deze meer is dan de neerslag van de mondelinge uiteenzetting op de terechtzitting.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

6.1. Verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering om twee redenen. In de eerste plaats betoogt zij dat verzoekende partij geen belang heeft omdat haar offerte onregelmatig werd verklaard en zij in het middel niet aantoont dat haar offerte regelmatig is. Voorts is het verzoekschrift volgens verwerende partij niet ontvankelijk omdat het slechts één niet ontvankelijk middel bevat.

6.2. Zoals verwerende partij zelf erkent, valt de beoordeling van deze excepties samen met beoordeling van de ontvankelijkheid en ernst van het enig middel.

VII. De schorsingsvoorwaarden

7.1. 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.

7.2. 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 beslissing 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 beslissing kunnen verantwoorden.

VIII. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het enig middel

8. Het verzoekschrift bevat de volgende uiteenzetting van “Ernstige middelen die tot vernietiging kunnen leiden”:

“Ten onrechte oordeelde verweerster dat de offerte van verzoekster substantieel onregelmatig zou zijn omdat verzoekster wat betreft de verplichte variant ‘leasing’ een offerte indiende betreffende een periode van vijf jaar i.p.v. vier jaar.

Een ingediende verplichte variante dient immers beschouwd te worden als een aparte, van de basisinschrijving te onderscheiden inschrijving. Gelet op hun afzonderlijk bestaan, brengt de onregelmatigheid van een verplichte variante niet de onregelmatigheid mee van de hele inschrijving.

Voor zover de variante al onregelmatig zou zijn, dan nog impliceert dit niet de onregelmatigheid van de volledige offerte van verzoekster.

Het is bijgevolg ten onrechte dat de offerte van verzoekster werd afgewezen als substantieel onregelmatig. Ten onrechte werd de offerte van verzoekster niet verder beoordeeld.”

In een voetnoot wordt in anderhalve regel verwezen naar het arrest nr. 46.050 van de Raad van State en naar een rechtsgeleerd boek.

9. Verwerende partij werpt op dat het enig middel onontvankelijk is omdat zij er “geen rechtsregel heeft [in] kunnen ontwaren die verzoekende partij geschonden acht”. Voorts merkt zij op dat de variante lease in de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig was wat gelijk dient te worden gesteld aan het niet indienen van een variante; dit brengt het weren van de gehele offerte teweeg.

10. Ook tussenkomende partij betoogt dat verzoekende partij in de uiteenzetting van het middel op geen enkele wijze melding maakt van een geschonden rechtsregel of rechtsbeginsel; zij besluit hieruit dat verzoekende partij aldus kennelijk te kort is geschoten in haar zogenaamde stelplicht en dat het middel aldus onontvankelijk is. Voorts betoogt zij dat er geen rechtsregel is die een aanbestedende overheid verplicht om rekening te houden met het basisvoorstel als de verplichte variante onregelmatig wordt bevonden. De aanbestedende overheid beschikt dienvolgens over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid en verwerende partij heeft geoordeeld dat de offerte op zich onregelmatig is. Er kan geen sprake van zijn de situatie van het niet indienen van een variante anders te behandelen dan die van het indienen van een substantieel onregelmatige variante.

Beoordeling

11. De uiterst beknopte uiteenzetting van het middel in het verzoekschrift noopt tot de volgende *prima facie* beoordeling.

De grief van verzoekende partij kan in verband worden gebracht met meerdere rechtsregels of -beginselen. Verzoekende partij laat na die te

specificeren. Het is niet aan de Raad van State het middel op dit punt aan te vullen. Het in voetnoot bij het middel vermeld arrest van de Raad van State brengt op dit punt evenmin soelaas aangezien het betrekking heeft op opheffen reglementering en op een aanbesteding terwijl het hier om een offerteaanvraag gaat.

Te dezen stelt de Raad van State vast dat het bestek een verplichte variante inzake huren en leasen van de televisietoestellen bevat, alsook bepaalt dat het moet gaan om een huur of lease op 4 jaar. Verzoekende partij betwist niet dat zij daarentegen een lease voorstelde op 5 jaar noch het feit dat haar variante lease om die reden onregelmatig is.

Er lijkt aangenomen te kunnen worden dat verzoekende partij weliswaar een verplichte variante indiende maar kennelijk niet de gevraagde verplichte variante. Verzoekende partij toont op geen enkele juridisch-technische wijze aan dat in een dergelijk geval verwerende partij dan niet de gehele inschrijving en dus ook de basisofferte mocht of diende te weren.

Er is dan ook niet aangetoond dat de offerte van verzoekende partij niet terecht is geweerd. Het enig middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Screen Services 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.
Tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

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

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra