

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 223.568 van 23 mei 2013
in de zaak A. 208.592/XII-7339**

In zake: de NV FLANDERS COLOR
met zetel te 8560 Wevelgem
Kortrijkstraat 380

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Landsverdediging

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 19 april 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de “Beslissing van wering: MITS: 13-00166481 van 10.04.2013 van onze offerte van 07.12.2012 voor de openbare aanbesteding voor het afsluiten van een meerjarige overeenkomst voor de aankoop en levering van verven voor gebouwen van Defensie: MRMP-S/AM 13SM050/12-00514052 van 19.10.2012”, onder verbeurte van een dwangsom van 13.646 euro per maand.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 16 mei 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Yvan Vandesompele, die verschijnt voor de verzoekende partij in hoedanigheid van haar bestuurder, en luitenant-kolonel Philippe Van Gyseghem, 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. Verwerende partij schrijft een opdracht uit voor het sluiten van een meerjarige overeenkomst voor de aankoop en levering van verven voor gebouwen van Defensie.

De opdracht wordt gegund met een openbare aanbesteding.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 19 oktober 2012 en in de bijlagen bij het Europees Publicatieblad op 24 oktober 2012.

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek “MRMP-S/AM 13SM050 betreffende de meerjarige overeenkomst (2013-2016) voor de aankoop en levering van infraverven”.

In het bestek wordt met betrekking tot de technische conformiteit van de inschrijvingen vermeld:

“c. Technische en logistieke specificaties
Conformiteit: de leveringen zullen conform zijn met de specificaties vermeld in Bijl C”.

En voorts:

“9. Evaluatie

Een strikte verificatie van conformiteit ten opzichte van alle specificaties zal uitgevoerd worden”.

Bij het bestek is een bijlage C gevoegd waarin de technische en logistieke specificaties werden opgenomen.

In deze bijlage wordt onder punt 3.d.(2) bepaald:

“De inschrijver zal de conformiteit ten opzichte van de technische specificaties aantonen door het toevoegen aan zijn offerte van minimaal één van volgende documenten (zie paragraaf 7):

- (a) een technische fiche van het aangeboden product (zie ook paragraaf 7.c.(1));
- (b) OF een uittreksel uit de commerciële catalogus van de inschrijver, op voorwaarde dat alle gevraagde technische kenmerken eenduidig kunnen geïdentificeerd worden in dit uittreksel;
- (c) OF een document (eventueel opgesteld volgens het model van de norm NBN EN ISO/IEC 17050 (zie voorbeeld in Aanhangsel 1)), vergezeld van de testresultaten van een onafhankelijk laboratorium.

De inschrijver wordt van bovenstaande verplichting alleen ontheven voor die producten waarvoor hij deze gegevens al in het kader van vroegere overeenkomsten met Defensie heeft geleverd.”,

en onder punt 7.c.:

“Voor de aangeboden producten waarvan de P/N NIET overeenstemt met de P/N die is opgenomen in de rij ‘P/N’ in paragraaf 3.e. hierboven, zal de conformiteit aan de algemene technische vereisten worden nagegaan door de Aanbestedende Overheid op basis van de technische fiches en/of Safety Data Sheets.

(1) Daartoe zal de inschrijver in zijn offerte:

- (a) ofwel aanduiden waar de technische fiches en de Safety Data Sheets van zijn producten op een voor de Aanbestedende Overheid toegankelijke internetsite consulteerbaar zijn;
- (b) ofwel voor elk artikel (= elke post van de inventaris), één exemplaar van de Safety Data Sheet en de technische fiche (in het FRANS of het NEDERLANDS of het ENGELS) toevoegen, bij voorkeur onder digitale vorm.

Alle gevraagde technische kenmerken moeten eenduidig kunnen geïdentificeerd worden op deze fiches”.

3.4. Op 19 december 2012 vindt de openingszitting van de offertes plaats. Er worden acht offertes ingediend:

- | | |
|------------------------------|--------------------------------------|
| 1. Deckers nv | voor een bedrag van 217.130,92 euro, |
| 2. Flanders Color nv | voor een bedrag van 163.752,85 euro, |
| 3. Ets. Guilmin sa | voor een bedrag van 204.298,68 euro, |
| 4. Lambert & FD sa | voor een bedrag van 223.897,88 euro, |
| 5. Longerstaey nv | voor een bedrag van 224.122,48 euro, |
| 6. PPG Coatings nv | voor een bedrag van 223.198,21 euro, |
| 7. Thiry Paints Vilvoorde nv | voor een bedrag van 210.597,68 euro, |
| 8. Ets Wattiaux sa | voor een bedrag van 238.404,38 euro. |

3.5. Bij faxbericht van 5 februari 2013 wordt aan verzoekende partij verduidelijking gevraagd omtrent een aantal elementen uit haar offerte. Verzoekende partij antwoordt hierop bij e-mailbericht van 11 februari 2013.

3.6. Op 21 maart 2013 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Alle inschrijvers worden geselecteerd. Met betrekking tot het onderzoek naar de administratieve regelmatigheid van de offertes worden vijf offertes regelmatig bevonden, waaronder de offerte van verzoekende partij en de gekozen inschrijver. Vervolgens wordt de regelmatigheid van de offertes ten opzichte van de technische en logistieke essentiële eisen onderzocht.

Naar aanleiding van dit onderzoek wordt de offerte van verzoekende partij onregelmatig verklaard.

Vervolgens wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver, zijnde Lambert & FD sa.

3.7. Op 9 april 2013 wordt beslist om de opdracht te gunnen aan de Lambert & FD sa als laagste regelmatige inschrijver.

3.8. Bij e-mailbericht van 10 april 2013 en aangetekend schrijven van dezelfde datum wordt verzoekende partij in kennis gesteld van het feit dat haar offerte als niet regelmatig werd beschouwd voor de gunning van de opdracht. In de brief wordt vermeld:

“Hieronder vindt u de motieven die aanleiding hebben gegeven tot de beslissing van wering die genomen werd door de bevoegde ordonnateur. Er werd niet voldaan aan alle vereiste technische specificaties van onderstaande posten:

Post nr.	NSN	benaming	specificatie	Reden niet-conformiteit
2.16.1	8010-DE-009-2887	Wegmarkeringsverf	Fiche 2.16	Houdbaarheid voldoet niet aan de eisen van fiche 2.16
2.16.2	8010-DE-009-2888	Wegmarkeringsverf	Fiche 2.16	
3.1.1	8010-DE-009-2955	Universele grondverf	Fiche 3.1	Rendement en droogtijd voldoen niet aan de eisen van fiche 3.1
3.1.2	8010-DE-009-2956	Universele grondverf	Fiche 3.1	
3.1.3	8010-DE-009-2957	Universele grondverf	Fiche 3.1	
3.1.4	8010-DE-009-2958	Universele grondverf	Fiche 3.1	Rendement en droogtijd voldoen niet aan de eisen van fiche 3.1
3.1.5	8010-DE-009-2959	Universele grondverf	Fiche 3.1	
3.1.6	8010-DE-009-2960	Universele grondverf	Fiche 3.1	
3.8.1	5610-DE-009-2913	Fijne afwerkpleister	Fiche 3.8	Droogtijd voldoet niet aan de eisen van fiche 3.8
3.8.2	5610-DE-009-2912	Fijne afwerkpleister	Fiche 3.8	
3.19.1	8010-DE-009-2899	Afbijtmiddel	Fiche 3.19	Kleur voldoet niet aan de eisen van fiche 3.19
3.19.2	8010-DE-009-2900	Afbijtmiddel	Fiche 3.19	

[...]”.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4.1. Verwerende partij betwist in een exceptie het geldig in rechte treden van verzoekende partij.

4.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze exceptie 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, te dezen niet het geval is.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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.

VI. Onderzoek van het enige middel

Algemeen

6.1. Verzoekende partij voert in haar verzoekschrift aan:

“Wij protesteren de beoordeling en de objectiviteit ervan als zou onze ‘offerte als niet regelmatig’ beschouwd worden.

De motieven van reden tot niet-conformiteit, genomen door de bevoegde ordonnateur, blijkt ons opnieuw (zie verder) te getuigen van weinig neutraliteit en rationaliteit”.

Vervolgens bespreekt zij de beoordeling van een aantal posten.

6.2. Verwerende partij meent uit de kritiek van verzoekende partij slechts een middel te kunnen afleiden dat gegrond is op de schending van de materiële motiveringsplicht.

6.3. Op het eerste gezicht dient te worden vastgesteld dat in het verzoekschrift inderdaad geen gestructureerd relaas van de feiten of gestructureerde uiteenzetting van de middelen werd opgenomen. Verzoekende partij lijkt echter met haar kritieken op het eerste gezicht de juistheid van de beoordeling van de technische conformiteit van haar offerte te betwisten en dus de draagkracht van de materiële motivering van de bestreden beslissing, zoals ook verwerende partij zulks heeft afgeleid uit het verzoekschrift.

In haar nota lijkt verwerende partij ook een verweer te ontwikkelen omtrent de verschillende kritieken opgenomen in het verzoekschrift.

In dat opzicht en gelet op het prima facie karakter van de procedure, worden de grieven dan ook enkel behandeld zoals ze door verwerende partij werden begrepen, teneinde haar niet te miskennen in haar rechten van verdediging.

Het middel waarin de schending van de materiële motiveringsplicht wordt aangevoerd lijkt te kunnen worden onderverdeeld in vier onderdelen, die hierna zullen worden besproken.

Uiteenzetting eerste onderdeel

7. Verzoekende partij doet in het verzoekschrift gelden:

“Post nr. 2.16.1. en 2.16.2 wegmarkeringsverf (fiche 2.16):

Houdbaarheid zou niet voldoen aan de eisen van fiche 2.16

Zie annexe c/bijlage c (88/135): bij opslag/houdbaarheid staat er min. 1 jaar, echter zonder verdere specificaties van de opslagcondities. Die zouden toch moeten vermeld worden om een correcte neutrale beoordeling en evaluatie hierover te kunnen vormen. Op onze oude ingediende technische fiches (datum 24/02/99 zie bijlage) staat vermeld ‘in oorspronkelijke en ongeopende verpakking in overdekte, droge en koele ruimte - temperatuur tussen 5°C en 30°C’. De recente technische fiches vermelden reeds eveneens een houdbaarheid van min 1 jaar onder dezelfde opslagcondities (zie mail fabrikant aalterpaint en recente techn. fiches in bijlage).

Ons product “Baanverf ongepareld wit en geel” voldoet daarom aan de technische specificaties”.

Beoordeling

8. Een afwijking van de technische voorschriften van het bestek vormt, krachtens de artikelen 110, § 2, en 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ in principe steeds een afwijking van een essentiële besteksbepaling, dit wil zeggen een onregelmatigheid die als substantieel moet worden aangemerkt. Dit lijkt des te meer zo te zijn indien de aanbestedende overheid zoals te dezen in het bestek zelf een aantal minimeisen als “onontbeerlijke vereiste” aanmerkt waaraan moet worden voldaan “op straffe van niet conformiteit en uitsluiting voor de evaluatie”. Zo werd bij de technische specificaties in het bestek uitdrukkelijk vermeld:

“Symbolen gebruikt voor de specificaties

Elke specificatie beschreven in dit document wordt voorafgegaan door een letter met of zonder index. Deze aanwijzingen hebben volgende betekenis:

I1	Exigence indispensable à laquelle le matériel doit satisfaire dès la phase d'évaluation, sous peine d'être déclaré non conforme et d'être exclu de l'évaluation. <i>Onontbeerlijke vereiste waaraan het materieel vanaf de evaluatiefase moet voldoen op straffe van niet conformiteit en uitsluiting voor de evaluatie.</i>
I2	Exigence indispensable à laquelle le matériel doit satisfaire dès présentation à la réception provisoire partielle. Cette exigence ne sera pas requise pour la phase d'évaluation. Le soumissionnaire s'engagera, dans son offre, à garantir la conformité de son matériel lors de la réception provisoire partielle. <i>Onontbeerlijke vereiste waaraan het materieel bij gedeeltelijke voorlopige oplevering moet voldoen. Deze arak-teristiek zal niet vereist worden voor de evaluatiefase. De inschrijver moet zich er in zijn offerte toe verbinden de conformiteit van zijn materieel te waarborgen bij de gedeeltelijke voorlopige oplevering.</i>

”.

9.1. In het bestek wordt in de technische specificaties voor de wegmarkeringsverf het volgende vermeld:

Eis			Type
(56)	NSN:8010-DE-009-2887	Wegmarkeringsverf	I1
		Techn. Spec.: zie Fiche 2.16 in Aanh 25	
		Color: White	
		P/N: Stelfloor Traffic Paint or equivalent	
(57)	NSN:8010-DE-009-2888	Wegmarkeringsverf	I1
		Techn. Spec.: zie Fiche 2.16 in Aanh 25	
		Color: Yellow	
		P/N: Stelfloor Traffic Paint or equivalent	

Uit de technische specificaties zoals vermeld in het bestek lijkt aldus te kunnen worden afgeleid dat de aangeboden wegmarkeringsverf dient te voldoen aan de technische specificaties die worden vermeld op fiche 2.16, gevoegd bij het bestek en dit op straffe van uitsluiting van de offerte, gelet op de vermelding “I.1” bij de technische specificatie.

Op de fiche 2.16 waarnaar in de voormelde technische specificaties wordt verwezen, wordt onder meer vermeld met betrekking tot de vereisten voor de wegmarkeringsverf:

“Opslag/houdbaarheid: min. 1 jaar”.

Op de technische fiche die verzoekende partij bij haar offerte voegde met betrekking tot de wegmarkeringsverf wordt ten aanzien van de houdbaarheid vermeld:

“BAANVERF WIT ONGEPARELD

[...]

Opslagcondities

6 maanden in oorspronkelijke en ongeopende verpakking in overdekte, droge en koele ruimte - temperatuur tussen 5°C en 30°C”

en

“BAANVERF GEEL ONGEPARELD

[...]

Opslagcondities

6 maanden in oorspronkelijke en ongeopende verpakking in overdekte, droge en koele ruimte - temperatuur tussen 5°C en 30°C”.

Aldus lijkt op het eerste gezicht uit de technische fiches gevoegd bij de offerte van verzoekende partij te kunnen worden afgeleid dat de wegmarkeringsverf die door verzoekende partij werd aangeboden niet voldeed aan de houdbaarheidsperiode die door het bestek werd vereist op straffe van uitsluiting van de offerte.

9.2. Het feit dat verzoekende partij bij haar verzoekschrift een technische fiche voegt van een meer recente datum die zij niet bij haar offerte voegde en waaruit zou blijken dat de wegmarkeringsverf die zij aanbiedt minstens 1 jaar houdbaar is, lijkt daaraan niets af te doen. Op het eerste gezicht blijkt uit geen enkel stuk uit het administratief dossier dat de aanbestedende overheid voorafgaand aan de bestreden beslissing in kennis werd gesteld van de meer recente technische fiche, zodat de aanbestedende overheid met deze meer recente technische fiche uiteraard geen rekening kon houden bij het nemen van de bestreden beslissing. De meer recente fiches lijken op het eerste gezicht niet alleen later te zijn meegedeeld maar ook slechts na het nemen van de bestreden beslissing

te zijn opgesteld nu de bestreden beslissing werd genomen op 9 april 2013 en de technische fiches die door verzoekende partij bij haar verzoekschrift worden gevoegd de datum van 16 april 2013 en 11 april 2013 dragen.

Wat betreft de opmerking van verzoekende partij in haar verzoekschrift dat de opslagcondities in het bestek hadden dienen te worden vermeld om een correcte neutrale beoordeling en evaluatie van de offertes te kunnen doorvoeren, wordt deze grief onvoldoende concreet onderbouwd en wordt evenmin duidelijk aangegeven welke bepaling of rechtsbeginsel hierdoor zou worden geschonden of op welke wijze de bestreden beslissing deze bepaling of dit beginsel zou schenden. Daarenboven kan met verwerende partij worden opgemerkt dat voor zover verzoekende partij meende dat het bestek op dit punt onvoldoende duidelijk was, zij dienaangaande vragen had kunnen stellen aan de aanbestedende overheid, dan wel een schriftelijke kennisgeving had kunnen doen in de zin van artikel 98 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996. Verzoekende partij heeft dit echter niet nodig geacht en heeft zonder meer een offerte ingediend.

Er lijkt aldus minstens één reden voorhanden waarvan niet is aangetoond dat de beslissing tot onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partij zich daarop niet mocht steunen.

Het uitgangspunt van het middel, dat de offerte van verzoekende partij ten onrechte onregelmatig zou zijn beschouwd, lijkt dus niet te mogen worden aangenomen en het middel is bijgevolg niet ernstig.

10. Verzoekende partij lijkt aldus geen belang meer lijkt te hebben bij de overige onderdelen van haar middel. Ze worden dan ook niet nader onderzocht.

VII. Besluit

11. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt 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 23 mei 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Astrid Truyens	griffier.

De griffier

De voorzitter

Astrid Truyens

Dierk Verbiest