

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 223.663 van 30 mei 2013
in de zaak A. 208.705/XII-7346**

In zake: de NV SCA HYGIENE PRODUCTS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN GERAARDSBERGEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kathleen De Hornois en Katrien Kempe
kantoor houdend te 1831 Diegem
Berkenlaan 8A
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 mei 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing d.d. 27 maart 2013 van [het OCMW van Geraardsbergen], in het kader van de overheidsopdracht voor leveringen ‘Ouderenzorg – Woonzorgcentrum Denderoord en woonzorgcentrum De Populier – leveren van incontinentiemateriaal’, getiteld ‘Stopzetting lopende procedure en herneming van het dossier met toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking’”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 mei 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaten Kathleen De Hornois en Katrien Kempe, die verschijnen voor de verwerende 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 kort beschreven als “Ouderenzorg. Woonzorgcentrum Denderoord en woonzorgcentrum De Populier en eventueel andere ocmw’s en private woonzorgcentra uit de buurt. Aankoop van incontinentiemateriaal”.

De geraamde waarde van de opdracht bedraagt 241.323,00 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 28 juni 2012 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 3 juli 2012 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Het bijzonder bestek L/2012/002 is van toepassing.

Artikel I.5 betreft de kwalitatieve selectie en bepaalt inzake economische en financiële draagkracht de selectiecriteria.

De aankondiging verwijst in punt III.2.2) “Economische en financiële draagkracht” naar het bestek.

Artikel I.13 bevat de volgende gunningscriteria: de “kwaliteit” (op 40), het “bedrag van de offerte” (op 30), de “omzetkorting” (op 10), de “voorgestelde aanpak en ondersteuning (op 10) en “prijsgarantiesysteem” (op 10).

Artikel I.15 ten slotte betreft de keuze van de offerte en bepaalt onder meer dat de inschrijver, door de indiening van zijn offerte, al de clausules van het bestek aanvaardt en dat “elk voorbehoud of het niet nakomen van verbintenissen inzake één van deze clausules of beschikkingen leidt tot de substantiële onregelmatigheid van zijn offerte”.

3.4. De offertes worden geopend op 26 september 2012 om 11 u. (elektronische opening). Enkel verzoekende partij en de bvba Ontex dienden een offerte in.

3.5. Het Diensthoofd Budget- en aankoopbeheer stelt in een verslag van nazicht van 15 januari 2013 vast dat de twee inschrijvers worden geselecteerd en dat beide offertes regelmatig zijn. Dit wordt onder meer als volgt gemotiveerd:

“3. Kwalitatieve selectie van de inschrijvers
[...]

Samenvatting van het nazicht van de inschrijvers

Naam	Tijdig	RSZ	btw + bel.*	Jur.1	Fin.2	Techn.3
SCA [Hygiene] Products – Personal Care NV	Ja	OK	OK	OK	OK	OK
Ontex bvba	Ja	OK	OK	OK	OK	OK

*btw + belastingen

1 Juridische situatie

2 Economische en financiële draagkracht

3 Technische bekwaamheid

Besluit van de kwalitatieve selectie
 Volgende inschrijvers worden geselecteerd omdat eventuele tekortkomingen niet essentieel zijn:

Naam	Motivering
SCA [Hygiene] Products – Personal Care NV	In orde
Ontex bvba	In orde

4. Administratief en technisch nazicht van de offertes van geselecteerde kandidaten

Samenvatting administratief nazicht (vereisten waaraan de offertes moeten voldoen)

Nr.	Naam	Behoorlijk In-gevuld	Gevol-machtig de	Off. form.* Conform	Off. form.* Ondert.1	Inventaris Conform	Inventaris Ondert.1
Perceel 1 (Onderleggers)							
1	Ontex bvba	OK	OK	OK	OK	OK	OK
2	SCA [Hygiene] Products – Personal Care NV	OK	OK	OK	OK	OK	OK
Perceel 2 (Tweedelig systeem – incontinentieverbanden en stretchbroekjes)							
1	Ontex bvba	OK	OK	OK	OK	OK	OK
2	SCA [Hygiene] Products – Personal Care NV	OK	OK	OK	OK	OK	OK
Perceel 3 (Eendelig systeem – incontinentieverbanden)							
1	Ontex bvba	OK	OK	OK	OK	OK	OK
2	SCA [Hygiene] Products – Personal Care NV	OK	OK	OK	OK	OK	OK

* Offerteformulier
 1 Ondertekend

Technisch nazicht per perceel van de offertes per perceel [...]”.

Na een vergelijking van de offertes wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de bvba Ontex die met 83,5 punten op 100 als eerste werd gerangschikt. Verzoekende partij scoort 79,55 op 100. Het gunningscriterium “Prijsgarantiesysteem” wordt als volgt beoordeeld:

“[...]”

Gunningscriterium nr. 5: Prijsgarantiesysteem Beoordeling op 10 punten De inschrijver geeft duidelijk aan welke resultaten hij wenst te bereiken. Hij stelt zelf een resultaatsverbintenis op, waarbij hij een maximale kostprijs per incontinente per dag vooropstelt. Wanneer na afloop van het kwartaal blijkt dat de kostprijs overschreden is, engageert de inschrijver zich om het verschil terug te betalen of te crediteren op de volgende factuur. Verder wordt per aanbieding een score toegekend volgens dezelfde formule als hierboven, pt. 2.			
1	Ontex bvba	0,72 EUR/dag/incontinente bewoner, excl. btw de overschrijdingswaarborg wordt vastgelegd in een afzonderlijk contract en omvat duidelijke omschrijving van toepassingsregels: - gemiddelde kosten per 24u per incontinent lager zijn dan 0,72 EUR ± winst volledig ten gunste van de instelling. - bij overschrijding van dit bedrag ± wordt de terugbetaling tot een maximum van 10% boven het gegarandeerd bedrag (0,7920 EUR) verzekerd in vorm van een creditnota.	8
2	SCA [Hygiene] Products – Personal Care NV	0,75 EUR/dag/incontinente bewoner excl. btw De garantiëwaarborg maakt enkel melding van deze ondergrens. De toepassingsregels zijn minder duidelijk omdat er geen bovengrens wordt vastgelegd. SCA zal op ogenblik van belangrijke afwijkingen, in onderling overleg, de grenzen aanpassen.	7

[...]”.

3.6. De raad voor maatschappelijk welzijn van Geraardsbergen keurt op 27 februari 2013 dit verslag van nazicht goed en gunt de opdracht aan de bvba Ontex voor een totaalbedrag van 215.639,98 euro, btw niet inbegrepen.

3.7. Met een op 21 maart 2013 ingediend verzoekschrift (zaak A. 208.274/XII-7304) vraagt verzoekende partij de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van deze beslissing de opdracht te

gunnen aan de bvba Ontex alsook van de impliciete weigeringsbeslissing om deze opdracht te gunnen aan verzoekende partij.

De raad voor maatschappelijk welzijn van Geraardsbergen beslist vervolgens op 27 maart 2013 de gunningsbeslissing van 27 februari 2013 in te trekken en het vervolg van de gunningsprocedure in beraad te nemen.

Bij arrest nr. 223.106 van 4 april 2013 stelt de Raad van State dan ook vast dat de voormelde vordering tot schorsing zonder voorwerp is, minstens dat verzoekende partij haar belang bij die vordering heeft verloren. Er blijkt sindsdien geen annulatieberoep te zijn ingediend tegen de gunningsbeslissing van 27 februari 2013.

3.8. Eveneens op 27 maart 2013 beslist de raad voor maatschappelijk welzijn van Geraardsbergen de lopende opdracht stop te zetten, de opdracht te gunnen op grond van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking conform artikel 17, § 2, 1°, d), van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ en de inschrijvers bvba Ontex en nv SCA Hygiene Products hiervoor uit te nodigen, op basis van het aldus aangepaste bestek:

“Artikel 4: Volgende niet-wezenlijke wijziging aan te brengen aan de voorwaarden van het bestek:

‘De inschrijver geeft duidelijk aan welke resultaten hij wenst te bereiken. Hij stelt zelf een resultaatsverbintenis op, waarbij hij een maximale kostprijs per incontinent per dag vooropstelt die zal gelden voor de volledige duurtijd van de opdracht (enkel het aantal incontinenten is een veranderlijke parameter). Wanneer na afloop van het kwartaal blijkt dat de kostprijs overschreden is, engageert de inschrijver zich om het verschil terug te betalen of te crediteren op de volgende factuur zonder enige beperking. Wanneer na afloop van het kwartaal blijkt dat de kostprijs lager ligt dan de aangegeven gemiddelde maximale kostprijs zal de winst volledig ten gunste vallen van het OCMW Geraardsbergen’

Verder wordt per aanbieding een score toegekend volgens dezelfde formule als hierboven, pt. 2 van de criteria in het bestek”.

Eerder in die beslissing verwijst de raad voor maatschappelijk welzijn onder meer naar de intrekking van de gunningsbeslissing van 27 februari 2013 en overweegt de raad dat beide offertes ingediend in de eerste gunningsprocedure onregelmatig zijn want een voorbehoud bevatten ten opzichte van de gevraagde prijsgarantie, maar dat beide inschrijvers een offerte indienden die voldeed aan de kwalitatieve selectie en aan de bijzondere kwalitatieve en formele vereisten van het bestek, en dat “de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk gewijzigd worden, met uitzondering van volgende bescheiden verduidelijking in de formulering van het vijfde gunningscriterium met betrekking tot het prijsgarantiesysteem”.

Dit is de bestreden beslissing.

3.9. Met een brief gedateerd op 15 april 2013 deelt verwerende partij aan verzoekende partij het intrekkingbesluit van 27 maart 2013 mee dat reeds een eerste maal was meegedeeld bij telefax van 27 maart 2013 aan de raadsman van verzoekende partij, alsook dat zij eerstdaags in kennis zal worden gesteld van het verdere verloop van de overheidsopdracht.

3.10. Met een blijkbaar aangetekend en via e-mail verzonden brief gedateerd op 23 april 2013 deelt verwerende partij – nogmaals – afschrift mee van het intrekkingbesluit van 27 maart 2013 en thans ook van de bestreden beslissing tot “het stopzetten van de lopende procedure en herneming van het dossier met toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking” alsook de bijhorende analyse van het selectiecriterium inzake financiële en economische draagkracht van verzoekende partij en de bvba Ontex, opgesteld door haar financieel beheerder.

3.11. Op 2 mei 2013 wordt voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. De regelmatigheid van de bij telefax en aangetekende brief van 16 mei 2013 door verzoekende partij ingediende “nota na inzage administratief

dossier” met een aanvullend nieuw middel, wordt hierna besproken samen met dit middel.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

Exceptie

5.1. Verwerende partij betwist in een exceptie het belang van verzoekende partij.

Beoordeling

5.2. 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.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

7. Verzoekende partij steunt dit middel op “de schending van artikel 16 van de [w]et van 24 december 1993 [betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten], artikel 17, §2, 1°, d) van de [w]et van 24 december 1993, artikel 18 van de [w]et van 24 december 1993 juncto artikel 65/4 en 65/5 van de [w]et van 24 december 1993; schending van artikel 110, §2 juncto artikel 89 van het [k]oninklijk [b]esluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; schending van het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur” en vat dit middel als volgt samen:

“Schending van artikel 110, §2 juncto artikel 89 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996; schending van het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel;

Doordat Verwerende Partij in de Bestreden Beslissing de offerte van Verzoekende Partij substantieel onregelmatig verklaard omwille van een vermeend voorbehoud nopens de besteksvoorwaarden inzake het prijsgarantiesysteem;

Terwijl een zorgvuldige en correcte lezing van de offerte van Verzoekende Partij aantoonde dat Verzoekende Partij een offerte heeft ingediend die beantwoordt aan de bepalingen van het Bestek, met inbegrip van de gevraagde onvoorwaardelijke resultaatsverbintenis inzake prijsgarantie; dat immers Verzoekende Partij in haar offerte enkel heeft verwezen naar het recht op een herziening van de overeenkomst, zoals opgenomen in artikel 16, §2, AAV;

Zodat de beoordeling van Verwerende Partij om de offerte van Verzoekende Partij onregelmatig te verklaren, niet steunt op in rechte aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek; minstens dat bij deze beoordeling Verwerende Partij de perken van de redelijkheid heeft overschreden;

En schending van artikel 16 en 18 van de Wet van 24 december 1993;

Doordat Verwerende Partij voormelde onregelmatigheid van de offerte van Verzoekende Partij als materiële motivering hanteert om de Opdracht niet te gunnen aan Verzoekende Partij en daarentegen de lopende gunningsprocedure onder de vorm van een offerteaanvraag stop te zetten;

Terwijl Verzoekende Partij dus wel degelijk een regelmatige offerte heeft ingediend, zodat er geen rechtsgeldige en draagkrachtige motieven voorhanden zijn om de gunningsprocedure onder de vorm van een offerteaanvraag stop te zetten, zoals vereist door artikel 18 van de Wet van 24 december 1993;

Zodat Verzoekende Partij aanspraak kan maken op gunning van de Opdracht overeenkomstig artikel 16 van de Wet van 24 december 1993, nu zij de economisch meest voordelige offerte heeft ingediend in het kader van voormelde offerteaanvraag;

En schending van artikel 17, §2, 1°, d) van de Wet van 24 december 1993;

Doordat Verwerende Partij voormelde onregelmatigheid van de offerte van Verzoekende Partij als motivering hanteert om de lopende gunningsprocedure onder de vorm van een offerteaanvraag stop te zetten; en aansluitend een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op grond van artikel 17, §2, 1°, d) van de Wet van 24 december 1993 op te starten;

Terwijl gelet op de regelmatigheid van de offerte van Verzoekende Partij de toepassingvoorwaarden van voormeld artikel 17, §2, 1°, d) van de Wet van 24 december 1993 niet vervuld zijn;

Zodat de Bestreden Beslissing artikel 17, §2, 1°, d), van de Wet van 24 december 1993 schendt”.

In de toelichting bij het middel betoogt verzoekende partij:

“Zo heeft Verzoekende Partij in haar offerte duidelijk haar engagement aangegeven. De gevraagde prijsgarantie ging uit van een bedrag van 0,75 EUR/dag/incontinente bewoner. In de bijlage ‘Beschrijving garantietaarborg of prijsgarantiesysteem’ van haar offerte wordt bovendien herhaaldelijk aangegeven dat de garantietaarborg:

- wordt uitgedrukt in een ‘ongewijzigde’ maximale kostprijs (exclusief btw) per 24 uur per incontinente bewoner;
- met ‘als enige variabele parameter het aantal incontinente residenten’; en
- waarbij de resultaatsverbintenis inhoudt dat ‘bij overschrijding van de maximumprijs’ de ‘volledige overschrijding’ wordt terugbetaald.

Verzoekende Partij heeft zich dan ook volledig geconformeerd aan de gevraagde resultaatsverbintenis met maximale kostprijs en een integrale terugbetaling aan Verwerende Partij bij overschrijding van dit maximum.

Verwerende Partij wijst in de Bestreden Beslissing op een vermeend voorbehoud in de offerte van Verzoekende Partij in de zin dat de grenzen van het garantiesysteem zouden worden aangepast bij ‘belangrijke wijzigingen, bv zeer gevoelige stijging in zorgbehoevendheid’.

Deze bepaling maakt evenwel geen substantiële onregelmatigheid. Artikel 1.13 van het Bestek vat de omschrijving van het prijsgarantiesysteem immers aan met volgende zinsnede:

‘De inschrijver geeft duidelijk aan welke resultaten hij wenst te bereiken’.

Deze ‘resultaten’ worden bepaald door het incontinentiebeleid dat door de inschrijvers wordt voorgesteld en wordt gequoteerd onder het vierde gunningscriterium. Van de inschrijvers wordt vervolgens onder het vijfde gunningscriterium verwacht dat zij een prijsgarantie opgeven, in de vorm van een resultaatsverbintenis, wat betreft de resultaten van het voorgestelde beleid.

De bepaling in de offerte van Verzoekende Partij wijst precies op voormelde uitgangspunten inzake het voorgestelde beleid, doch doet op geen enkele wijze afbreuk aan de in de offerte uitdrukkelijk opgenomen resultaatsverbintenis met een onbeperkt engagement tot terugbetaling.

In essentie vormt de zinsnede die Verzoekende Partij in haar offerte heeft opgenomen, enkel en uitsluitend een verwijzing naar artikel 16, §2, AAV, dat luidt als volgt:

[...]

Voormeld artikel 16, §2, AAV, dat op de Opdracht van toepassing is, bevat het recht op een herziening van de aannemingsovereenkomst in geval van onvoorzienbare omstandigheden, die een zeer belangrijk nadeel in hoofde van hetzij de dienstverlener, hetzij de aanbestedende overheid tot gevolg hebben.

[...]

Verzoekende Partij is van oordeel dat in casu de beoordeling tot het onregelmatig verklaren van de offerte van Verzoekende Partij — in casu de meest verstekkende sanctie — niet berust op in rechte aanvaardbare motieven, minstens dat, gegeven de concrete bewoordingen van de offerte van Verzoekende Partij, de beslissing tot het onregelmatig verklaren van de offerte een schending inhoudt van het zorgvuldigheidsbeginsel.

De Bestreden Beslissing verklaart de offerte van Verzoekende Partij dan ook ten onrechte onregelmatig en schendt derhalve artikel 110, §2 juncto artikel 89 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996”.

De beslissing tot stopzetting van de offerteaanvraag die steunt op de vermeende onregelmatigheid van alle offertes schendt volgens haar dan ook artikel 18 van de wet van 24 december 1993 en het materieel motiveringsbeginsel, nu deze beslissing niet op in rechte en in feite aanvaardbare motieven berust.

De bestreden beslissing, meer bepaald de daarin besloten impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht ingevolge de door verwerende partij georganiseerde offerteaanvraag aan verzoekende partij te gunnen, miskent om die reden ook artikel 16 van de wet van 24 december 1993. Verzoekende partij heeft in het kader van voormelde offerteaanvraag naar eigen zeggen immers tijdig een regelmatige offerte ingediend en was bovendien de enige rechtsgeldige inschrijver nu de offerte van de bvba Ontex wel terecht onregelmatig werd verklaard en deze laatste bovendien blijkens het tweede middel ten onrechte werd geselecteerd.

Nu de offerte van verzoekende partij ten onrechte onregelmatig werd verklaard, kon verwerende partij ook niet op rechtsgeldige wijze besluiten tot het opstarten van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op grond van artikel 17, § 2, 1^o, d), van de wet van 24 december 1993.

Beoordeling

8.1. Overeenkomstig artikel 16 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ dient de opdracht, bij algemene of beperkte offerteaanvraag, toegewezen te worden aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek, of eventueel in de aankondiging van de opdracht.

Overeenkomstig artikel 17, § 2, 1°, van deze wet mag, in het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken, leveringen of diensten, bij onderhandelingsprocedure gehandeld worden zonder naleving van bekendmakingsregels bij de aanvang van de procedure, doch, indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstverleners, wanneer onder meer:

“d) enkel onregelmatige offertes ingediend werden ingevolge aanbesteding of offerteaanvraag, of indien slechts onaanvaardbare prijzen werden voorgesteld, voor zover:

- de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk gewijzigd werden en
- de aanbestedende overheid alle inschrijvers raadpleegt die voldoen aan de minimumeisen op beroeps-, economisch en technisch vlak zoals bepaald door de Koning, en die een offerte indienden die aan de formele eisen van de eerste procedure voldeed”.

Overeenkomstig artikel 18, eerste lid, van deze wet mag een aanbestedende overheid zowel afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze, zij het dat zij daarbij niet willekeurig te werk mag gaan en dat die beslissing moet steunen op in feite en in rechte aanvaardbare motieven die de beslissing kunnen dragen.

8.2. 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:

“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”.

Luidens artikel 89, derde lid, van ditzelfde koninklijk besluit omvatten de essentiële voorwaarden van de opdracht onder meer “prijzen, termijnen, technische specificaties”.

8.3. Uit het dossier blijkt dat verwerende partij een gemotiveerde beslissing opstelde om de lopende offerteaanvraag stop te zetten en dat deze beslissing de juridische en feitelijke motieven bevat waarop deze stopzetting steunt, namelijk de vaststelling dat de twee ingediende offertes om de volgende redenen substantieel onregelmatig zijn:

“Overwegende dat zowel Ontex bvba als SCA Hygiene Products een offerte hebben ingediend behept met een substantiële onregelmatigheid, aangezien beiden met betrekking tot het vijfde gunningscriterium ‘prijsgarantiesysteem’ afwijkingen hebben voorzien in hun offerte van de voorwaarden zoals opgenomen in het bestek, meer bepaald heeft

° Ontex bvba in zijn offerte aangegeven zich te verbinden tot de terugbetaling tot een maximum van 0,7920 EUR (excl btw) zijnde 10% boven het gegarandeerd bedrag per dag per incontinente bewoner

° SCA Hygiene Products in zijn offerte gemeld dat in geval van belangrijke wijzigingen, bv zeer gevoelige stijging in zorgbehoefte, behouden we ons het recht voor om in onderling overleg de grenzen aan te passen;

Overwegende dat het bijzonder bestek L/2012/002 bepaalt in punt I.5 dat elk voorbehoud of het niet nakomen van verbintenissen inzake één van deze clausule of beschikkingen leidt tot de substantiële onregelmatigheid van zijn offerte. Dat derhalve niet anders kan worden besloten dan tot de onregelmatigheid van de beide offertes die werden ingediend aangezien ze beiden een voorbehoud inhouden ten opzichte van de gevraagde prijsgarantie;”.

Artikel I.13 van het bestek beschrijft dit vijfde gunningscriterium “prijsgarantiesysteem” als volgt:

“De inschrijver geeft duidelijk aan welke resultaten hij wenst te bereiken. Hij stelt zelf een resultaatsverbintenis op, waarbij hij een maximale kostprijs per incontinente per dag vooropstelt. Wanneer na afloop van het kwartaal blijkt dat de kostprijs overschreden is, engageert de inschrijver zich om het verschil terug te betalen of te crediteren op de volgende factuur

Verder wordt per aanbieding een score toegekend volgens dezelfde formule als hierboven, pt. 2”.

Verzoekende partij lijkt niet te betwisten dat de voormelde beoordeling, indien juist, een geldige reden was om de lopende gunningsprocedure stop te zetten maar voert in dit middel in wezen aan dat deze beslissing steunt op een onwettig motief nu haar offerte, anders dan de offerte van de bvba Ontex, niet onregelmatig is want niet afwijkt van en geen voorbehoud bevat wat betreft de essentiële bestekvoorwaarden inzake de prijsgarantie.

Het betreft hierbij de volgende passus uit het onderdeel “garantiewaarborg” in haar offerte:

“In geval van belangrijke afwijkingen, bv. zeer gevoelige stijging in zorgbehoevendheid.., behouden we ons het recht om in onderling overleg de grenzen aan te passen”.

9.1. Uit voormelde motivering in de bestreden beslissing blijkt dat de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig wordt verklaard op grond van het feit dat deze afwijkt van de in het bestek gevraagde prijsgarantie door in de offerte te vermelden dat, “in geval van belangrijke wijzigingen, bv. zeer gevoelige stijging in zorgbehoevenheid”, zij zich “het recht [voorbehoudt] om in onderling overleg de grenzen aan te passen”, waarmee de door haar voorgestelde maximumprijs bedoeld is.

Verzoekende partij toont in de huidige stand van het geding niet *prima facie* aan dat verwerende partij dit niet redelijkerwijze als een besteksafwijking en voorbehoud mocht beschouwen.

Verzoekende partij stelt weliswaar een maximumprijs per zorgbehoevende voor, en verbindt zich er aldus toe dat, indien de kost hoger blijkt, zij deze extra last op zich neemt, zoals gevraagd in het bestek. Tegelijk behoudt zij zich in haar voormelde “Garantiewaarborg” van haar offerte echter het recht voor deze grenzen, dus dit maximum en deze ten laste neming, aan te passen “in geval van belangrijke wijzigingen, bv. zeer gevoelige stijging in zorgbehoevendheid”,

weliswaar “ in onderling overleg”, zodat in haar offerte deze garantie niet verworven lijkt tijdens de gehele duur van de opdracht.

Verzoekende partij voert aan dat artikel I.13 van het bestek de omschrijving van het prijsgarantiesysteem aanvat met zinsnede “De inschrijver geeft duidelijk aan welke resultaten hij wenst te bereiken”, dat deze “resultaten” worden bepaald door het incontinentiebeleid dat door de inschrijvers wordt voorgesteld en wordt gequoteerd onder het vierde gunningscriterium, dat “van de inschrijvers vervolgens onder het vijfde gunningscriterium [wordt] verwacht dat zij een prijsgarantie opgeven, in de vorm van een resultaatsverbintenis, wat betreft de resultaten van het voorgestelde beleid” en dat “De bepaling in de offerte van Verzoekende Partij [...] precies [wijst] op voormelde uitgangspunten inzake het voorgestelde beleid, doch [...] op geen enkele wijze afbreuk [doet] aan de in de offerte uitdrukkelijk opgenomen resultaatsverbintenis met een onbeperkt engagement tot terugbetaling”.

Verzoekende partij gaat er aldus aan voorbij dat blijkens die “GarantiewaARBorg” in haar offerte dit onbeperkt engagement tot terugbetaling, dus de verbintenis dat zij de kost boven de maximumkostprijs zelf ten laste neemt, niet onbegrensd geldt maar in onderling overleg bij belangrijke wijzigingen bijvoorbeeld zeer gevoelige stijging in de zorgbehoevendheid, wordt aangepast en dus niet de door het bestek, zo lijkt, tijdens de gehele duur van de opdracht, gevraagde garantie is van een maximumkost per zorgbehoevende.

Het argument dat dit geen afwijking of voorbehoud is, maar een toepassing van artikel 16 van de ‘algemene aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de concessies voor openbare werken’, gevoegd bij het koninklijk besluit van 26 september 1996 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’, namelijk blijkbaar artikel 16, § 2, overtuigt *prima facie* evenmin. Dit artikel 16 bepaalt:

“§ 1. De aannemer kan zich beroepen op nalatigheden, vertragingen of welke feiten ook die hij aan de aanbestedende overheid of haar personeel ten laste legt en die voor hem oorzaak zouden zijn van een vertraging en/of een nadeel, met het oog op het verkrijgen van een verlenging van de

uitvoeringstermijnen, herziening of verbreking van de opdracht en/of schadevergoeding. Onder voorbehoud van de bepalingen van artikel 42, § 1, tweede lid, is een op een mondeling bevel gesteunde klacht onontvankelijk.

De aanbestedende overheid kan zich beroepen op nalatigheden, vertragingen of welke feiten ook die het aan de aannemer of zijn personeel ten laste legt, en die voor haar oorzaak zouden zijn van een vertraging en/of een nadeel, met het oog op het verkrijgen van herziening of verbreking van de opdracht en/of schadevergoeding.

§ 2. 1°. In beginsel heeft de aannemer geen recht op enige wijziging van de contractuele voorwaarden wegens onverschillig welke omstandigheden waaraan de aanbestedende overheid vreemd is. De aannemer kan nochtans, hetzij om verlenging van de uitvoeringstermijnen, hetzij, wanneer hij een zeer belangrijk nadeel heeft geleden, om herziening of verbreking van de overeenkomst vragen, door omstandigheden te doen gelden, die hij redelijkerwijze niet kon voorzien bij het indienen van de offerte of de gunning van de opdracht, die hij niet kon ontwijken en waarvan hij de gevolgen niet kon verhelpen alhoewel hij al het nodige daarvoor heeft gedaan.

2°. Dienen als onder 1° bedoelde omstandigheden beschouwd, de ongunstige weersomstandigheden en de gevolgen hiervan, doch slechts in de mate dat waarin ze door de aanbestedende overheid als abnormaal worden erkend, voor de plaats en voor het seizoen.

3°. De aannemer kan slechts het in gebreke blijven van een onderaannemer aanvoeren, in zoverre deze zich kan beroepen op omstandigheden die de aannemer zelf had kunnen inroepen indien hij zich in een gelijkaardige toestand zou hebben bevonden.

4°. Wanneer de aannemer een zeer belangrijk voordeel genoten heeft ten gevolge van sub 1° hierboven genoemde omstandigheden, kan de aanbestedende overheid om herziening van de opdracht vragen ten laatste negentig kalenderdagen volgend op de datum van de betekening van het proces-verbaal van voorlopige oplevering van de opdracht.

De aanbestedende overheid is evenwel verplicht om, op straffe van verval, de aannemer zo snel mogelijk schriftelijk op de hoogte te brengen van deze omstandigheden, door hem in het kort te wijzen op de invloed die zij op het verloop en op de kostprijs van de opdracht hebben gehad of zouden kunnen hebben.

[...]

§ 6. Voor de toepassing van dit artikel moet onder herziening van de opdracht worden verstaan het aanpassen van haar clausules en voorwaarden aan de in § 1 en § 2 bedoelde feiten of omstandigheden”.

Aangezien verzoekende partij zelf stelt dat dit artikel 16 van toepassing is en ook verwerende partij in de nota erkent dat dit artikel 16 toepasselijk is, was de betrokken verwijzing in de offerte overbodig indien enkel bedoeld was dit artikel 16 te hernemen. Indien dit de bedoeling was, kon trouwens,

zo lijkt, volstaan met een verwijzing in de voormelde “GarantiewaARBorg” naar dit artikel of een vermelding dat deze prijsgarantie geen afbreuk doet aan dit artikel 16. Evenmin werd daarbij dit artikel 16 letterlijk hernomen.

Aldus mocht verwerende partij, zo lijkt, aannemen dat met de voormelde tekst in de “GarantiewaARBorg” bedoeld was verder te gaan dan wat bepaald is in dit artikel 16.

Dit wordt, zo lijkt, ook bevestigd door de formulering in die “GarantiewaARBorg” dat in geval van “belangrijke afwijkingen bv. zeer gevoelige stijging van de zorgbehoevendheid”, de prijsgarantie aangepast kan worden. Dit lijkt immers verder te gaan dan de hypothesen aan de orde in dat artikel 16. Zo veronderstelt artikel 16, § 1, onder meer dat er sprake is van “nalatigheden, vertragingen of welke feiten ook die [de aannemer] aan de aanbestedende overheid of haar personeel ten laste legt”, hetgeen niet lijkt samen te vallen met de hypothese aan de orde in de voormelde tekst van de “GarantiewaARBorg” in de offerte van verzoekende partij. Voorts bepaalt artikel 16, § 2, 1°, dat de aannemer in beginsel geen recht heeft op enige wijziging van de contractuele voorwaarden wegens onverschillig welke omstandigheden waaraan de aanbestedende overheid vreemd is terwijl in de voormelde tekst van de “GarantiewaARBorg” voorgesteld door verzoekende partij niet uitdrukkelijk wordt bepaald dat deze wijzigingen vreemd moeten zijn aan de aanbestedende overheid; evenmin wordt daarin bepaald dat het moet gaan om omstandigheden, “die [de aannemer] redelijkerwijze niet kon voorzien bij het indienen van de offerte of het gunnen van de opdracht, die hij niet kon ontwijken en waarvan hij de gevolgen niet kon verhelpen alhoewel hij al het nodige daarvoor heeft gedaan” zoals voorts aan de orde in dat artikel 16, § 2, 1°.

Aldus lijkt verwerende partij niet onzorgvuldig te hebben gehandeld door te oordelen dat de offerte van verzoekende partij afwijkt van het in het bestek gevraagde prijsgarantiesysteem, en dus ook een voorbehoud bevat, dit wil zeggen 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.

Evenmin lijkt dan aangetoond dat de onregelmatigverklaring van verzoekende partij niet berust op in rechte aanvaardbare motieven.

9.2. In de mate dat verzoekende partij daarbij opmerkt dat de meest verregaande sanctie is toegepast, toont zij niet concreet aan waarom dit tot een andere conclusie zou leiden. In de eerste plaats stelt zij zelf dat de offerte van de bvba Ontex, ook omwille van een afwijking van dit prijsgarantiesysteem, substantieel onregelmatig was en diende geweerd zoals verwerende partij deed. Voorts gaat het hier, zoals verwerende partij in de nota benadrukt, om een afwijking van het in het bestek gevraagde “prijsgarantiesysteem”, dus van bepalingen van het bestek die betrekking hebben op een prijselement en dus overeenkomstig artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 een essentiële besteksbe­paling. Ten slotte bepaalt ook het bestek uitdrukkelijk, in artikel I.15, dat “elk voorbehoud of het niet nakomen van verbintenissen inzake één van deze clausules of beschikkingen leidt tot de substantiële onregelmatigheid van [de] offerte”. Mocht verzoekende partij bedoelen dat haar afwijking minder verregaand is dan deze opgenomen in de offerte van de bvba Ontex, toont zij, in dat licht, niet aan waarom haar afwijking enkel tot een relatieve onregelmatigheid zou mogen leiden.

Aldus is de ingeroepen schending van artikel 89 en 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 niet *prima facie* aangetoond en evenmin de schending van artikel 18 van de wet van 24 december 1993.

9.3. Evenmin lijkt dan aangetoond dat de artikelen 65/4 en 65/5 van die wet zijn geschonden, bepalingen die in het middel samen met artikel 18 worden ingeroepen.

Krachtens artikel 65/4, eerste lid, 6°, van de meer vermelde wet van 24 december 1993 stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op “wanneer ze afziet van het plaatsen van de opdracht en eventueel beslist een nieuwe opdracht uit te schrijven”. Krachtens het eveneens in het middel ingeroepen artikel 65/5, 8°, van die wet bevat die beslissing “de juridische en feitelijke motieven van de beslissing van de aanbestedende instantie om af te zien

van het plaatsen van de opdracht en, in voorkomend geval, de vermelding van de nieuwe gunningsprocedure die gevolgd wordt”.

Uit het voorgaande volgt immers dat verwerende partij dergelijke gemotiveerde stopzettingsbeslissing opstelde.

9.4. In de mate dat verzoekende partij aanvoert dat de bestreden beslissing, meer bepaald de daarin volgens haar besloten impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht ingevolge de door verwerende partij georganiseerde offerteaanvraag aan verzoekende partij te gunnen, ook artikel 16 van de wet van 24 december 1993 schendt, steunt zij deze grief in wezen op de reeds besproken en niet ernstig bevonden grief dat haar offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard zodat het middel ook op dit punt niet ernstig is.

9.5. In de mate dat verzoekende partij ten slotte de schending inroept, door de beslissing om een beroep te doen op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, van artikel 17, § 2, 1°, d), van de voormelde wet van 23 december 1993, steunt dit betoog eveneens op de reeds niet ernstig bevonden grief dat haar offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard. Zij toont met het hier besproken middel dan ook niet aan dat niet voldaan is aan het vereiste dat enkel onregelmatige offertes werden ingediend. De vraag of daarbij ook de bvba Ontex uitgenodigd mocht worden, valt voorts samen met het tweede middel, dat, zoals hierna zal blijken, evenmin ernstig is. Aangezien de andere toepassingsvoorwaarden van artikel 17, § 2, 1°, d), niet worden betwist, is het middel ook op dit punt niet ernstig.

9.6. Aldus is het eerste middel in zijn geheel niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

10. Verzoekende partij steunt dit middel op “de schending van artikel 16 [lees 17, § 2, 1°, d)] van de [w]et van 24 december 1993 [betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten]; van artikelen 42 en 44 van het [k]oninklijk [b]esluit van

8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken]; van het algemeen rechtsbeginsel vervat in het adagium “patere legem quam ipse fecisti”, het zorgvuldigheidsbeginsel, het materieel motiveringsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel” en vat dit middel als volgt samen:

“Schending van de artikelen 42 en 44 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996; van het algemeen rechtsbeginsel vervat in het adagium ‘patere legem quam ipse fecisti’, het zorgvuldigheidsbeginsel, het materieel motiveringsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel;

Doordat Verwerende Partij een inschrijver, m.n. [de bvba Ontex], selecteert die kennelijk niet over de kwalitatieve vereisten inzake financiële en economische draagkracht, zoals voorgeschreven in het Bestek, beschikt; meer bepaald een inschrijver die niet de vereiste ‘overwegend positieve financiële ratio’s’ kon voorleggen;

Terwijl een beslissing nopens de kwalitatieve selectie van een inschrijvers enkel op rechtsgeldige wijze kan worden genomen, indien die inschrijver aantoonbaar voldoet aan de door de aanbestedende overheid in het bestek voorgeschreven vereisten inzake financiële en economische draagkracht;

En schending van artikel 17, §2, 1°, d) van de Wet van 24 december 1993;

Doordat [de bvba Ontex] dus niet in aanmerking kwam voor selectie, maar Verwerende Partij deze wel heeft uitgenodigd tot deelname aan de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op grond van voormeld artikel 17, §2, 1°, d) van de Wet van 24 december 1993;

Terwijl die bepaling voorziet dat enkel die inschrijvers die voldeden aan de selectievereisten van initiële gunningsprocedure mogen worden uitgenodigd om deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure;”.

In een toelichting bij het middel benadrukt verzoekende partij dat de bvba Ontex ten onrechte werd geselecteerd nu uit de stukken van verwerende partij en de gepubliceerde jaarrekeningen van de bvba Ontex blijkt dat er geen “overwegend positieve” financiële ratio’s zijn zoals vereist door het bestek. Zij werkt deze stelling ook cijfermatig uit met een analyse van onder meer solvabiliteits- en rendabiliteitsratio’s, winst- en verliesmarges, handelsschulden, en besluit:

“Op grond van voorgaande gegevens zal Uw Raad evenwel vaststellen dat Verwerende Partij niet op redelijke en rechtsgeldige wijze kon besluiten dat de ‘financiële ratio’s’ van [de bvba Ontex] ‘overwegend positief’ zijn.

‘Overwegend’ betekent immers ‘in grote mate’, of minstens ‘in meerdere mate’. Welnu, het blijkt dat:

- op grond van een zuiver cijfermatige benadering van het evaluatiedocument van Verwerende Partij er slechts vijfmaal ‘een gunstige evolutie’ wordt vastgesteld ten opzichte van zesmaal ‘een ongunstige evolutie’. De vastgestelde evoluties zijn dan ook ‘overwegend’ negatief; en dat
- de belangrijkste financiële ratio’s, meer bepaald de solvabiliteitsratio en de rentabiliteitsratio’s over de laatste 3 boekjaren negatief zijn, alsook dat de openstaande handelsschulden exponentieel toenemen”.

Beoordeling

11.1. Overeenkomstig artikel 42 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 gaat de aanbestedende overheid bij openbare aanbesteding en algemene offerteaanvraag, “op grond van de inlichtingen betreffende de eigen situatie van ieder leverancier en van de inlichtingen en documenten die nodig zijn voor de beoordeling van de financiële, economische en technische minimumeisen overeenkomstig de artikelen 43 tot 46*bis* van dit besluit over tot de kwalitatieve selectie van de inschrijvers”.

Artikel 44 van het besluit bepaalt dat de financiële en economische draagkracht van de leverancier, over het algemeen, aangetoond kan worden door één of meer van de volgende referenties:

“[...]

2° door voorlegging van de balansen, uittreksels uit balansen of jaarrekeningen van de onderneming, indien de wetgeving van het land waar de leverancier is gevestigd de bekendmaking van balansen voorschrijft;

3° door een verklaring betreffende de totale omzet van de onderneming en haar omzet in producten waarop de opdracht betrekking heeft over de laatste drie boekjaren;

[...]”.

Het bestek, waarnaar de aankondiging voor dit punt verwijst en werkwijze die door de partijen niet wordt betwist, bevat in artikel I.5, inzake de financiële en economische draagkracht, onder meer de volgende vereisten:

“De financiële ratio’s (liquiditeit, solvabiliteit, rentabiliteit, betalingstermijn klanten en leveranciers) m.b.t. de jaarrekeningen van de laatste drie boekjaren moeten overwegend positief zijn en de omzet in de producten, waarop de opdracht betrekking heeft, voldoende groot, d.w.z. minstens 10 keer zo groot als het bedrag van de offerte op jaarbasis, om te voldoen aan de financiële en economische minimumeisen”.

In de bestreden beslissing wordt als volgt geoordeeld dat beide inschrijvers aan deze - en de andere selectiecriteria voldoen:

“Overwegende dat zowel Ontex bvba als SCA Hygiene Products een offerte indienden die voldeed aan de kwalitatieve selectie en aan de bijzondere kwalitatieve en formele vereisten van het bijzonder bestek L/2012/002, in die zin dat zowel de financiële ratio’s van Ontex bvba als SCA Hygiene Products overwegend positief zijn zoals blijkt uit de analyse van Hans Suys, financieel beheerder van het OCMW Geraardsbergen (zie stukken gevoegd als bijlage 1 bij deze beslissing), en de omzet in de producten, waarop de opdracht betrekking heeft, minstens 10 keer zo groot is als het bedrag van de offerte op jaarbasis, om te voldoen aan de financiële en economische minimumeisen”.

Dit oordeel steunt blijkens het dossier en de kennisgeving aan verzoekende partij op een door de financiële beheerder opgestelde beoordelingstabel. Deze luidt voor de bvba Ontex als volgt:

“[...]”

1.Onderzoek van de financiële en economische draagkracht				
(art. 70 K.B. van 8/1/1996 betreffende de overheidsopdrachten)				
Financiële ratio's	Boekjaar	Boekjaar	Boekjaar	Commentaar
	2009	2010	2011	
	EUR	EUR	EUR	
Liquiditeit	0,91	0,95	1,45	goede liquiditeit
Vlottende activa	163.867.358,00	286.250.058,00	297.256.548,00	2010 evolueert gunstig t.o.v. 2009
Schulden korte termijn	180.085.344,00	300.273.529,00	205.539.838,00	2011 evolueert gunstig t.o.v. 2010

Solvabiliteit	0,31	0,23	0,20	grote financiële afhankelijkheid
Eigen vermogen	126.249.470,00	124.372.281,00	116.389.595,00	2010 evolueert ongunstig t.o.v. 2009
Vreemd vermogen	405.465.177,00	543.517.415,00	580.308.119,00	2011 evolueert ongunstig t.o.v. 2010
Betalingstermijn klanten	41 dagen	67 dagen	39 dagen	snelle betalingstermijn
Handelsvorderingen	49.075.017,00	101.174.156,00	108.255.672,00	2010 evolueert ongunstig t.o.v. 2009
Omzet	435.906.501,00	553.912.501,00	1.000.763.402,00	2011 evolueert gunstig t.o.v. 2010
Betalingstermijn leveranc.	54 dagen	103 dagen	82 dagen	trage betalingstermijn
Handelsschulden	53.081.195,00	148.077.805,00	182.036.802,00	2010 evolueert ongunstig t.o.v. 2009
Inkopen + div. goederen	358.243.001,00	522.281.946,00	808.294.592,00	2011 evolueert gunstig t.o.v. 2010
Rentabiliteit	9,20%	13,28%	32,37%	goede rentabiliteit
Winst uit de gewone bedrijfsuitvoering voor belasting	11.617.588,00	16.516.487,00	37.672.949,00	2010 evolueert gunstig t.o.v. 2009
Eigen vermogen	126.249.470,00	124.372.281,00	116.389.595,00	2011 evolueert gunstig t.o.v. 2010
Rentabiliteit	7,71%	-1,51%	-6,86%	Verlieslatend
Netto-winst na belastingen	9.732.885,00	-1.877.189,00	-7.982.686,00	2010 evolueert ongunstig t.o.v. 2009
Eigen vermogen	126.249.470,00	124.372.281,00	116.389.595,00	2011 evolueert ongunstig t.o.v. 2010
Verhouding omzet	1.674,67	2.128,02	3.844,74	omzet voldoende groot
Omzet	435.906.501,00	553.912.501,00	1.000.763.402,00	2010 evolueert gunstig t.o.v. 2009
Bedrag offerte	260.294,38	260.294,38	260.294,38	2011 evolueert gunstig t.o.v. 2010
Besluit	De ratio's van Ontex zijn overwegend positief en meer dan voldoende omzet			
De liquiditeit vertoont een positieve evolutie en is goed in 2011				
De financiële onafhankelijkheid stijgt wel met de jaren, hetgeen niet positief is				

De inningen van de klanten verlopen sneller dan de betaling aan de schuldeisers wat positief is
De rendabiliteit is negatief maar is te wijten aan het uitzonderlijk resultaat. Indien we dit uitzuiveren is de rendabiliteit goed.
De verhouding omzet is voldoende groot.
[...]”.

Wat verzoekende partij betwist zijn niet deze cijfers maar wel de conclusie dat de financiële ratio's, zoals in het bestek vereist, overwegend positief zijn.

11.2. In de mate dat verzoekende partij aldus aanvoert dat de bvba Ontex niet voldeed aan de in het bestek van de eerdere offerteaanvraag gestelde selectievereiste dat de financiële ratio's overwegend positief zijn, wordt opgemerkt dat het in de eerste plaats aan verwerende partij toekomt de voorgelegde jaarrekeningen te beoordelen en dat zij ter zake over beoordelingsvrijheid beschikt.

11.3. Verwerende partij werpt op dat verzoekende partij zich ter ondersteuning van dit middel steunt op de gepubliceerde jaarrekeningen van de bvba Ontex, zelf overgaat tot de berekening van de solvabiliteits- en rentabiliteitsratio en eigenhandig vaststelt dat een substantiële negatieve evolutie kan worden waargenomen van de betalingstermijn van de handelsschulden, maar niet toelicht “welk begrip zij toekent” aan de elementen die in aanmerking werden genomen voor de berekening van de solvabiliteits- en rentabiliteitsratio terwijl zowel boekhoudkundig als vennootschapsrechtelijk verschillende betekenissen kunnen worden toegekend aan de begrippen “eigen vermogen”, “vreemd vermogen”, “winst” of “verlies”.

De Raad van State van zijn kant moet opmerken dat verzoekende partij daarenboven niet de omzetverhouding ter sprake brengt, die door verwerende partij ook onder “financiële ratio's” is in rekening gebracht.

11.4. Uit wat voorafgaat volgt dat beoordelen van het ernstig karakter van het middel interpretatie en feitelijke invulling vereist van diverse begrippen uit de boekhoudkundige sfeer, waaromtrent partijen redetwisten, en zulks niet met argumenten die concreet steunen op het boekhoudrecht; dat in die omstandigheden

niet mag worden verwacht van de Raad van State dat hij de stellingen van de ene of andere partij op eigen gezag zou onderschrijven, na een onderzoek waarvoor hij niet de tijd heeft in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, laat staan dat hij dergelijk onderzoek zelfs zou kunnen verrichten zonder ondersteuning van een onafhankelijk deskundige inzake balansanalyse.

Het middel leent zich aldus niet tot onderzoek in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid en bijgevolg kan er geen ernstig karakter aan worden toegekend, nodig om er een schorsing op te steunen.

11.5. Aldus mag ook het tweede middel niet worden aanvaard als het rechtens vereiste ernstig middel.

C. Derde middel

Uiteenzetting

12. Na inzage van het administratief dossier dient verzoekende partij een nota in met een “bijkomend” derde middel. Verzoekende partij steunt dit nieuwe middel op “de schending van artikel 17, §2, 1°, d) van de [w]et van 24 december 1993 [betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten]; schending van artikel 89 van het [k]oninklijk [b]esluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken]; schending van artikel 94 van het [k]oninklijk [b]esluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken]; schending van het beginsel “patere legem quam ipse fecisti” en vat dit middel als volgt samen:

“Schending van schending van artikel 89, tweede lid, van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996; schending van artikel 94 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996; schending van het beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’;

Doordat Verwerende Partij de offerte van [de bvba Ontex] als formeel regelmatig beschouwd, niettegenstaande blijkt dat de persoon die namens [de bvba Ontex] de offerte heeft ondertekend (i) zelf niet bevoegd is om [de

bvba Ontex] als vennootschap te verbinden; en (ii) de volmacht die aan de offerte werd toegevoegd om deze bevoegdheid te verlenen niet rechtsgeldig (lees: elektronisch, zoals vereist door artikel I.10 van het Bestek) blijkt te zijn ondertekend;

Terwijl artikel 89, tweede lid en 94 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 bepalen dat een offerte die niet op regelmatige wijze is ondertekend (via volmacht) behept is met een substantiële formele nietigheid, d.w.z. een nietigheid waaromtrent een aanbestedende overheid niet kan heenstappen; en

Schending van schending van artikel 17, §2, 1°, d) van de Wet van 24 december 1993;

Doordat in de Bestreden Beslissing de offerte van [de bvba Ontex] formeel regelmatig wordt beschouwd en [de bvba Ontex] derhalve wordt uitgenodigd om deel te nemen aan de door Verwerende Partij opgestarte onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking;

Terwijl artikel 17, §2, 1°, d) van de Wet van 24 december 1993 bepaalt dat enkel die inschrijvers die een formeel regelmatige offerte hebben ingediend, mogen worden uitgenodigd tot de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking;

Zodat bijgevolg de Bestreden Beslissing artikel 89, tweede lid juncto artikel 94 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 schendt, in samenhang met het rechtsbeginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’, en, gegeven de formele substantiële nietigheid van de offerte van Belanghebbende Partij, tevens artikel 17, §2, 1°, d) van de Wet van 24 december 1993 schendt”.

Beoordeling

Regelmatigheid van de nota na inzage administratief dossier

13. Deze nota na inzage administratief dossier waarin een aanvullend nieuw middel wordt opgeworpen dient als een pleitnota te worden aangemerkt.

De procedureregeling voorziet niet in de neerlegging van dergelijke pleitnota, niet voorafgaand aan of op de terechtzitting, noch heeft de Raad van State om een dergelijk stuk verzocht. In principe dient een pleitnota buiten het debat te worden gehouden tenzij in dat stuk nieuwe gegevens worden

aangebracht die de indiener ervan niet eerder kon aanvoeren en eventueel decisief kunnen zijn voor de beslechting van de zaak.

In de huidige stand van het geding blijkt niet dat verzoekende partij vóór het indienen van het administratief dossier kennis had van de offerte van de bvba Ontex of het proces-verbaal van opening en dus van de gegevens waarop dit middel steunt. In de eerste zaak A. 208.274/XII-7304 werd immers geen administratief dossier ingediend. Ook in het verslag van nazicht waarop de eerste – ingetrokken – gunningsbeslissing steunt wordt bij het administratief nazicht onder “gevolmachtigde”, en “Off[erte] form[ulier] Ondert[ekend]” bij Ontex vermeld “OK” en ook in de thans bestreden beslissing wordt zonder meer aangegeven dat deze offerte formeel regelmatig was. Dit middel kon dan ook, zo lijkt, niet reeds in het verzoekschrift worden geformuleerd, en lijkt voorts decisief te kunnen zijn voor de oplossing van de zaak.

Indien een middel al zou mogen worden aangebracht in een pleitnota of ter terechtzitting, mag zulks, ook al is het middel van openbare orde, enkel gebeuren indien de daarin aangevoerde onrechtmatigheid evident lijkt en bijgevolg over alle aspecten ervan debat gevoerd kan worden ter terechtzitting.

De vraag of dit derde middel aan die laatste voorwaarde voldoet, valt samen met het onderzoek van het ernstig karakter ervan.

Ernstig karakter van het middel

14.1. In dit middel wordt in essentie opgeworpen dat de offerte van de bvba Ontex ingediend in het kader van de oorspronkelijke gunningsprocedure en elektronisch ondertekend door Anne Tulkens formeel onregelmatig was want niet geldig ondertekend nu de bij de offerte gevoegde, aan Anne Tulkens op 8 mei 2012 door Steven Vandebogaerde verleende volmacht om offertes in te dienen binnen de Benelux niet elektronisch ondertekend werd door de volmachtgever, zoals volgens verzoekende partij vereist door artikel I.10 van het bestek.

14.2. Te dezen heeft verwerende partij in de bestreden beslissing geoordeeld dat de offerte van de bvba Ontex, ingediend in het kader van de thans

stopgezette eerste gunningsprocedure, voldeed aan de formele vereisten van het bijzonder bestek L/2012/002. In het verslag van nazicht waarop de eerste – ingetrokken – gunningsbeslissing steunt wordt bij het administratief nazicht onder “gevolmachtigde”, en “Off[erte] form[ulier] Ondert[ekend]” bij Ontex vermeld “OK”.

Uit het dossier blijkt niet dat verwerende partij de bevoegdheid van de volmachtgever heeft onderzocht. Deze wordt door verzoekende partij echter niet betwist zodat in de huidige stand van het geding ervan wordt uitgegaan dat deze bevoegd was om aan Anne Tulkens volmacht te geven om namens bvba Ontex offertes in te dienen en dus verbintenissen aan te gaan.

In het arrest van de Raad van State nr. 223.253 van 23 april 2013, inzake nv Tractebel Engineering, is overwogen dat, indien bij het indienen van de offerte zou worden vereist dat een bij de offerte gevoegde volmacht tevens elektronisch ondertekend wordt door de volmachtgever zelf, aan de inschrijver aldus *de facto* een mogelijkheid lijkt te worden ontnomen waarin de reglementering uitdrukkelijk voorziet, omdat in dat geval de tussenkomst van gemachtigden nutteloos lijkt. Die vaststelling en de onderliggende vraagstelling lijken ook voor de in het geding zijnde besteksbepaling te kunnen gelden. Aldus rijst te dezen de vraag of dat vereiste wel verenigbaar is met de artikelen 89 en 94 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, betreffende ondertekening van offertes en volmachtgebruik bij het indienen ervan.

14.3. Gelet op deze kwestie lijkt de aangevoerde onwettigheid in dit nieuwe middel niet evident en lijkt het middel niet te beantwoorden aan wat een middel is waarvan alle aspecten ter terechtzitting kunnen worden bepleit als voorwaarde voor zijn ontvankelijkheid. Evenmin lijkt het aldus te gaan om een middel waarvan enkel onderzocht moet worden of de feitelijke uitgangspunten juist zijn zoals verzoekende partij in de nota opwerpt als argument. Overigens is de betwisting beperkt: de offerte werd door de volmachthouder elektronisch ondertekend en op de bijgevoegde volmacht staat een handtekening. Weliswaar is niet duidelijk of dit een ingescande handtekening is, een stempel of een kopie van een in origineel ondertekende volmacht, maar er wordt ook niet betwist dat die volmacht uitgaat van en initieel werd ondertekend door de volmachtgever.

14.4. Het middel is bijgevolg niet ontvankelijk in de procedure gebracht.

VIII. Besluit

15. Er zijn geen middelen aangebracht waarvan het ernstig karakter wordt aanvaard. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen, zonder dat nog dient te worden ingegaan op de door verwerende partij gevraagde belangenafweging.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt 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 30 mei 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Joris Casneuf,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Dierk Verbiest