

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 224.036 van 25 juni 2013
in de zaak A. 208.883/XII-7370**

In zake: de NV PAMI
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Mertens
kantoor houdend te 3580 Beringen
Scheigoorstraat 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV ROBBERECHTS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 mei 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van de Staatssecretaris voor Ambtenarenzaken en Modernisering van de Openbare Diensten dd. 03.05.2013 waarbij de opdracht FORCMS-MM-057-PERCEEL 1 voor de levering en plaatsing van een volledig gamma ergonomisch

kantoormeubilair bestemd voor de overheidsdiensten in het hele land wordt toegewezen aan de nv Robberechts”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 5 juni 2013 heeft de nv Robberechts gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 juni 2013, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Wim Mertens, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Leopold Schellekens en Jochen Vranckx, die loco advocaat David D’Hooghe verschijnen voor de verwerende partij en advocaat Peter Flamey, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Alexander Van Steenberge 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 FOD Personeel & Organisatie schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor de levering en plaatsing van een volledig gamma ergonomisch kantoormeubilair.

3.2. Het huidige geschil heeft betrekking op de gunning van perceel 1, in het bestek FORCMS-MM-057 omschreven als:

“Een volledig gamma ergonomisch kantoormeubilair met o.a. bureaus, benches, ladeblokken, roldeurkasten, schuifdeurkasten, scheidingswanden, ...”.

Het bestek voorziet onder punt 8.3 in de volgende gunningscriteria:

“De opdracht wordt toegewezen aan de inschrijver die de meest interessante regelmatige offerte indiende.

Voor perceel 1 worden volgende criteria toegepast teneinde de meest interessante offerte te bepalen:

1. Prijs (40%)
2. Kwaliteit (25%)
3. Gebruiksvriendelijkheid (25%)
4. Ecologische kwaliteit (5%)
5. Volledigheid van het gamma (5%)”.

3.3. Op 31 juli 2012 vindt een informatiezitting plaats waarvan een proces-verbaal wordt opgesteld. Onder meer verzoekende en tussenkomende partij zijn aanwezig.

3.4. Op 3 mei 2013 wordt een gemotiveerde gunningsbeslissing genomen, met als conclusie:

“4.6. Eindresultaat

Overwegend dat op basis van de hierboven vermelde besluiten onder punten 4.1. tot 4.5., de evaluatie van de offertes beoordeeld op basis van de gunningscriteria ‘prijs’, ‘gebruiksvriendelijkheid’, ‘technische kwaliteit’, ‘ecologische kwaliteit’ en ‘volledigheid van het gamma’, en dit volgens de wijze bepaald in punten 8.3. en in bijlage 1 van het bestek, volgend eindresultaat bekomen wordt:

		AHREND	PAMI	ROBBER ECHTS	TDS	GISPEN
		5	2	1	4	3
Totaal prijs	40	34,79	34,51	35,43	33,92	37,77
Technische kwaliteit	25	24,27	24,76	25,00	22,94	24,88
Gebruiksvrien delijkheid	25	23,82	23,43	25,00	25,00	23,04

Ecologische kwaliteit	5	0,00	4,58	4,19	1,79	2,18
Volledigheid gamma	5	4,12	5,00	4,71	4,12	3,53
Totaal	100	87,00	92,28	94,33	87,77	91,40

Overwegend dat na deze beoordeling wordt vastgesteld dat de firma Robberechts nv de voordeligste regelmatige offerte heeft ingediend”.

Beslist wordt om perceel 1 aan deze inschrijver te gunnen.

3.5. Per op 7 mei 2013 ter post aangetekende brief wordt verzoekende partij van deze beslissing op de hoogte gebracht.

IV. Tussenkomst

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

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 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.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

6. Verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, de schending van artikel 89, 110 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 schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, de schending van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en de schending van het gelijkheidsbeginsel”.

Zij acht deze rechtsnormen geschonden “doordat de opdracht werd gegund aan een onregelmatige inschrijver omdat de offerte van de gekozen inschrijver strijdig is met essentiële bepalingen van het bestek”.

7. Verzoekende partij verduidelijkt in een toelichting dat de offerte van de gekozen inschrijver niet voldoet aan de verplichte besteksvereiste inzake de “gelagerde glijders voor de dubbele laden van de ladeblokken”. De offerte van de gekozen inschrijver is substantieel onregelmatig wegens afwijking van de

technische voorwaarden. In het offerteformulier dat integraal deel uitmaakt van het bestek staat:

“Zowel de enkelvoudige als de dubbele laden dienen gemonteerd op stevige praktische en geluidsloze glijders waarvan het glijstelsysteem volledig is afgeschermd [...] De dubbele laden dienen gemonteerd te zijn op stevige, gelagerde glijders”.

In het proces-verbaal van de informatiezitting staat het volgende:

“‘Dubbele lades moeten bovendien voorzien worden van gelagerde glijders’ of, in het Frans: ‘Les tiroirs doubles doivent en plus être pourvus de glissières avec roulement à billes’”.

In het verzoekschrift zijn twee foto’s opgenomen van hetgeen volgens verzoekende partij blijkbaar de glijder zou zijn zoals de gekozen inschrijver deze zou hebben aangeboden. Op die foto’s zijn plasticwielletjes met een as te zien, geen lagering.

Verzoekende partij stelt bij die foto’s vast: “de niet-gelagerde wielen kunnen enkel fungeren als geleidewiel, maar kunnen geen kracht opnemen [...]. Een gewoon rond kunststofwiel met een as is niet gelagerd en neemt geen kracht op”.

Verzoekende partij besluit dat, wat het gunningscriterium prijs betreft, het significant verschil tussen de offertes van verzoekende en tussenkomende partij enkel gelegen is in de prijs voor post 6. Indien verzoekende partij had geweten dat verwerende partij ook genoeg zou nemen met de minder dure uitvoering, had zij eveneens voor dergelijke uitvoering gekozen en zou haar prijsaanbieding lager zijn.

Beoordeling

8. Het middel lijkt op het eerste gezicht feitelijke grondslag te missen. Verzoekende partij steunt zich immers op foto’s van een glijder die niet lijkt overeen te stemmen met de glijder aangeboden door tussenkomende partij:

anders dan wat verzoekende partij betoogt, lijkt de oplossing van tussenkomende partij niet te bestaan uit een gewoon rond kunststofwiel met een as, maar omvat het aangeboden glijdersysteem ook een wiel met lagers.

Eveneens bij foto's, betoogt tussenkomende partij in haar verzoekschrift dat de ladegeleiders voor de dubbele laden worden uitgevoerd met kogellagers, en stelt verwerende partij in haar nota "Er wordt wel degelijk (ook) voorzien in een lager met metalen kogeltjes of rolletjes. De pijl duidt het gelagerd wiel aan met omsluitende metaaldelen dat de wrijving tussen de as en het wiel vermindert, hetgeen overeenstemt met de door verzoekende partij opgegeven definitie van een uitvoering met kogellager".

Ter terechtzitting legt verwerende partij die glijder voor, die gelagerde wieltjes bevat en waarbij zij en tevens tussenkomende partij bevestigen dat dit het type glijder is dat aangeboden was bij de offerte van tussenkomende partij.

Verzoekende partij betoogt ter terechtzitting dat de getoonde glijder niet de aangeboden glijder zou zijn. Die affirmatie lijkt de conclusie, dat een glijder met gelagerde elementen is aangeboden, niet te ondergraven: het is niet aan de Raad van State om op grond van die affirmatie – zeker zonder enige klacht van valsheid – aan de gezamenlijke stelling van verwerende en tussenkomende partij geen geloof meer te hechten.

9. Reeds in het inleidend verzoekschrift maar eveneens ter terechtzitting lijkt verzoekende partij er voorts van uit te gaan dat zelfs een glijder met gelagerde wielen nog niet in overeenstemming zou zijn met de besteksvereiste "gelagerde glijders", in de Franse versie "glissières à roulements à billes".

In zoverre verzoekende partij zich al mag beroepen, als inschrijver met taalkeuze Nederlands, op de Franse verwoording van besteksbepalingen, lijkt het ook dan dat verwerende partij bij het niet onregelmatig verklaren van de offerte van tussenkomende partij, aan het besteksvereiste "gelagerde glijders" geen uitleg heeft gegeven die de perken van de redelijke interpretatie van dat begrip te buiten gaat. Tot een andere uitspraak kan de Raad

van State zeker *prima facie* bij uiterst dringende noodzakelijkheid niet komen, nu de inhoud van voormeld begrip ook een technische discussie kan genereren die zich niet tot snelle beslechting leent en voorts omdat het ook in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toekomt om dergelijke technische vereisten te interpreteren, vanuit haar behoeften.

10. Dit alles leidt tot het besluit dat het middel als niet ernstig wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

11. Verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, de schending van artikel 89, 110 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 schending van de artt. 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen en de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Zij acht deze rechtsnormen geschonden “doordat de opdracht werd gegund aan een onregelmatige inschrijver omdat de offerte van de gekozen inschrijver strijdig is met essentiële bepalingen van het bestek, minstens doordat de verwerende partij de mogelijkheid tot uitsluiting niet heeft onderzocht”.

12. In de toelichting laat verzoekende partij gelden dat de gekozen inschrijver niet is gecertificeerd wat het vereiste van het gebruik van duurzaam geëxploiteerd hout betreft. Een beroep op het label van een leverancier biedt geen enkele garantie dat wordt voldaan aan de vereisten van de omzendbrief P&O/DO/2 betreffende het aankoopbeleid van de federale overheid ter bevordering van het gebruik van duurzaam geëxploiteerd hout van 18 november 2005.

De onderneming van verzoekende partij is wel PEFC-gecertificeerd, terwijl de gekozen inschrijver niet gecertificeerd is, maar een beroep doet op het label van zijn leveranciers.

Indien de werkwijze van de gekozen inschrijver wordt getolereerd, wordt de mogelijkheid geboden om bij de inschrijving *pro forma* offertes van derde ondernemingen bij te brengen, terwijl uiteindelijk toch gebruik wordt gemaakt van leveringen van niet-gecertificeerde ondernemingen. Op die manier verwerft de gekozen inschrijver een belangrijk prijsvoordeel ten aanzien van inschrijvers die wel te allen tijde voldoen aan de certificeringsplicht.

Beoordeling

13. In het bestek staat onder titel 6.4.3 “Dossier ‘Technische bijlagen – verplicht aangeboden materiaal’” het volgende vermeld:

“Dit dossier zal bestaan uit volgende elementen:

[...]

E) FSC-label, PEFC-label of gelijkwaardig (enkel voor perceel 1)

De inschrijver voegt bij zijn offerte een label dat aantoont dat het aangeboden meubilair wordt vervaardigd met hout dat werd ontgonnen volgens de principes van duurzaam bosbeheer”.

In de bijlage ‘Offerteformulier’ staat onder “Ik voeg in bijlage aan mijn offerte voor de selectie, de regelmatigheid en voor de gunning (punten 6.4, 8.1.3. en 8.2 van het bestek)” onder meer: “6.4.3 e) Een label of elk ander passend bewijsmiddel dat aantoont dat het aangeboden meubilair wordt vervaardigd met hout dat ontgonnen werd volgens de principes van duurzaam bosbeheer”.

In de bijlage ‘Offerteformulier’ wordt dan nog voor post 6 aangegeven: “Een label dat legaal/duurzaam bosbeheer (FSC, PEFC of gelijkwaardig) voor de gebruikte spaanplaat aantoont, dient bij de offerte gevoegd te worden”.

14. Daargelaten de vraag of de eis van duurzaam bosbeheer een essentiële besteksbepaling uitmaakt, moet worden opgemerkt dat verzoekende partij deze bepalingen niet correct lijkt in te vullen.

Verzoekende partij leest immers in voormelde bepalingen dat de inschrijver zelf of het eindproduct gecertificeerd dienen te zijn. In de diverse besteksbepalingen wordt echter slechts bepaald dat het hout of spaanplaat waaruit het aangeboden meubilair werd vervaardigd, is ontgonnen volgens de principes van duurzaam bosbeheer. Het aanknopingspunt voor het duurzaam bosbeheer lijkt het gebruikte hout of spaanplaat, niet het eindproduct of de inschrijver.

Vereisen dat de inschrijver zelf gecertificeerd zou zijn, maakt overigens een eis uit met betrekking tot de persoon van de inschrijver zelf. De zienswijze van verzoekende partij zou van de eis om een label voor te leggen op het eerste gezicht een selectiecriteria maken. Evenwel wordt in het bestek het voorleggen van een label duidelijk juist niet in verband gebracht met de inschrijver, en ook niet met het te leveren eindproduct, maar enkel met het materiaal waarmee dat product is vervaardigd.

15. Tussenkomen partij heeft de PEFC- en FSC-certificaten van de onderneming EGGER toegevoegd. Dit is de enige opgegeven leverancier van het hout waarop tussenkomen partij een beroep doet. Tussenkomen partij voegt eveneens verklaringen toe van vertegenwoordigers van de onderneming EGGER waarbij gewezen wordt op de prioriteit van duurzaam bosbeheer en de samenstelling van de spaanplaten uit gerecycleerd hout en hout dat voortkomt uit duurzaam bosbeheer.

De door tussenkomen partij ingediende certificaten van haar enige leverancier van hout lijken aldus op het eerste gezicht te volstaan om aan te nemen dat tussenkomen partij aan de voormelde besteksbepalingen voldoet. Indien toch zou blijken dat tussenkomen partij meubilair zou leveren dat niet werd vervaardigd met hout dat ontgonnen werd volgens de principes van duurzaam bosbeheer, dan betreft dit, zo blijkt, een probleem in de uitvoering van de opdracht en niet in de gunning.

Het tweede middel is niet ernstig.

VII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Robberechts tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 25 juni 2013, 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