

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 225.223 van 23 oktober 2013
in de zaak A. 210.335/XII-7475**

In zake: de NV ALLGRO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sofie Boeykens
kantoor houdend te 9000 Gent
Molenaarsstraat 111 bus 1A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AZ SINT-JAN BRUGGE-OOSTENDE,
autonome verzorgingsinstelling
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Gendt
kantoor houdend te 3000 Leuven
Sint-Geertruiabdij 8 bus 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 oktober 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de gunningsbeslissing van de raad van bestuur van het AZ Sint-Jan Brugge-Oostende av van 18 september 2013 voor de levering van vers gesneden groenten aan het AZ Sint-Jan Brugge-Oostende av van 01.01.2014 tot en met 31.12.2014 of tot en met 31.12.2015”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 oktober 2013, om 11.00 uur.

Staatsraad Geert Debersaques heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Sofie Boeykens, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Tom De Gendt, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Het AZ Sint-Jan Brugge-Oostende A.V. schrijft een overheidsopdracht uit voor het leveren van algemene voeding in 2014 en eventueel in 2014 en 2015. Er wordt gekozen voor de procedure van de algemene offerteaanvraag. De opdracht is onderverdeeld in 16 percelen.

De vordering heeft uitsluitend betrekking op perceel nr. 12 “vers gesneden groenten”.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 30 april 2013 en het Publicatieblad van de Europese Unie op 3 mei 2013.

3.3. Het op de opdracht toepasselijke bijzonder bestek vermeldt de volgende gunningscriteria:

“10. Gunningscriteria

Voor de gunning van de leveringen wordt de regelmatige offerte gekozen die het voordeligst lijkt, nadat rekening is gehouden met volgende criteria die in dalende volgorde van belangrijkheid vermeld zijn:

- De prijs
- De kwaliteit”.

Daarnaast bevat het bijzonder bestek ook de volgende bepaling:

“11. Aard van de gunning

De gunning kan gebeuren per artikellijn, per perceel of globaal voor alle percelen samen. Dit staat telkens duidelijk op het inschrijvingsformulier vermeld.

Gunning per perceel: in dit geval kan de offerte slechts in aanmerking worden genomen indien de inschrijver voor alle artikellijnen van het volledige perceel prijs heeft opgegeven.

Gunning globaal: in dit geval kan de offerte slechts in aanmerking genomen worden indien de inschrijver voor alle gevraagde percelen van het bestek een prijs heeft opgegeven”.

Voor elk perceel is bij het bestek tevens een inschrijvingsformulier gevoegd waarin bepaald wordt of de gunning per perceel of globaal zal gebeuren. Voorts bevat het inschrijvingsformulier een inventaris van artikelnummers met hun benamingen, waarvoor de inschrijvers hun prijzen dienen op te geven.

3.4. Voor perceel 12 dienen op 26 juni 2013 drie inschrijvers tijdig een offerte in, waaronder de verzoekende partij.

3.5. Vervolgens adviseert “het Comité” van de verwerende partij om het betrokken perceel voor de periode van 1 januari 2014 tot en met 31 december 2015 toe te wijzen aan de inschrijver nv Duva Fruit op grond van de volgende overwegingen:

“Overwegend dat

- De offerte van de firma Allgro niet weerhouden werd omdat er niet aangeboden werd voor artikellijnen 108, 109 en 166.

- Er een HACCP-audit uitgevoerd werd bij de firma Duva Fruit met een positief resultaat.
- De stalen opgevraagd bij de firma Duva Fruit goed bevonden werden door de keuken.
- Er 2 firma's conform aangeboden hebben met volgend resultaat (bedragen excl. btw):

	2014	2015
Duva Fruit	193.759,25	193.759,25
Velle	211.888,80	

[...]”.

3.6. Op 18 september 2013 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij om de opdracht voor perceel 12 te gunnen aan de nv Duva Fruit.

3.7. Met een aangetekend schrijven van 19 september 2013 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 ‘tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ nog 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, de 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.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert de schending aan van het redelijkheidsbeginsel. Haar offerte is volgens haar ten onrechte geweerd omdat drie artikellijnen op een perceel van 74 artikellijnen niet werden ingevuld. Zij wijst erop dat de vermoedelijke hoeveelheden per jaar van de gevraagde vers gesneden groenten 88.973 kg bedragen, terwijl de betrokken artikellijnen slechts staan voor 4.020 kg, minder dan 5% van de totale vermoedelijke hoeveelheid per jaar. Naar wat de verzoekende partij stelt, gaat het volgens haar gebruikelijke eenheidsprijzen slechts om ongeveer 10.000 euro per jaar op een totaalbedrag van 164.507,79 euro per jaar. Zich steunend op een *mutatis mutandis*-toepassing van rechtspraak van de Raad van State, betoogt ze dat “ook voor de betrokken artikellijnen een prijs werd ingevuld, weze het manifest per abuis – een prijs van 0 euro”.

Aldus gebod, volgens de verzoekende partij, het redelijkheidsbeginsel dat de verzoekende partij in staat werd gesteld de kennelijk materiële fout te herstellen, temeer daar deze een zeer beperkt aantal artikellijnen betreft en betrekking heeft op een relatief lage vermoedelijke hoeveelheid/jaar ten opzichte van de totaliteit van het perceel. Het niet-opgeven van een eenheidsprijs voor een bepaalde post geeft geen aanleiding tot de substantiële nietigheid van de

inschrijving, wanneer de gelijkheid van de inschrijvers daardoor niet wordt aangetast, bijvoorbeeld omwille van de geringe relatieve waarde van die post. Offertes aangetast door een niet-substantieel gebrek zijn slechts relatief onregelmatig. Te dezen is er volgens de verzoekende partij slechts sprake van een relatieve onregelmatigheid om de volgende redenen:

- Een en ander heeft betrekking op 3 van de 74 lijnen, voor een zeer beperkte hoeveelheid/jaar ten opzichte van de volledige hoeveelheid/jaar;
- Het gebrek maakt geenszins de onderlinge vergelijkbaarheid van de offertes onmogelijk. Werkend met de gebruikelijke eenheidsprijzen van de verzoekende partij betreffen de drie lijnen ongeveer 10.000 euro, wat de offerte van de verzoekende partij nog steeds kennelijk de goedkoopste maakt. Ook bij het behoud van de vermelding “0 euro” blijft een vergelijking mogelijk, aangezien gegund wordt voor een globale prijs op perceelsniveau;
- Het gebrek betreft manifest een kleine materiële vergetelheid die niet met bedrieglijk inzicht werd begaan.

Aldus kan in het licht van het redelijkheidsbeginsel worden gesteld dat in acht genomen het voorgaande, de aanbestedende overheid er op dient te letten dat de sanctie van de nietigheid niet buiten verhouding staat tot de vastgestelde onregelmatigheid. Gelet op de gesitueerde relativiteit van het gebrek dicteert het redelijkheidsbeginsel volgens de verzoekende partij dat de aanbestedende overheid de verzoekende partij in staat had moeten stellen om het gesitueerde beperkte gebrek te remediëren.

Beoordeling

6. Een schending van het redelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, waarop de verzoekende partij het middel steunt, veronderstelt dat de overheid bij het nemen van de beslissing onredelijk heeft gehandeld, met andere woorden dat zij haar beleidsvrijheid onjuist heeft gebruikt. Het redelijkheidsbeginsel kan derhalve slechts geschonden zijn indien de aanbestedende overheid een beslissing neemt die dermate afwijkt van het normale

beslissingspatroon, dat het niet denkbaar is dat een ander zorgvuldig handelend bestuur in dezelfde omstandigheden tot deze besluitvorming zou komen.

Het komt de Raad van State niet toe zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van de bevoegde administratieve overheid. Hij is in de uitoefening van zijn wettigheidscontrole op de voor hem aangevochten gunningsbeslissing enkel bevoegd om, desgevraagd, na te gaan of de aanbestedende overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond ervan in redelijkheid tot het bestreden besluit is kunnen komen.

Het staat voorts in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid en niet aan de Raad van State om vast te stellen of een afwijking van het bestek in een offerte al dan niet een essentiële besteksbepalings betreft. Indien een offerte substantieel onregelmatig is, omdat ze een afwijking bevat van een essentiële besteksbepalings, moet het bestuur die offerte vervolgens buiten beschouwing laten. Ter zake beschikt het niet over een discretionaire bevoegdheid. Indien de offerte daarentegen enkel relatieve onregelmatigheden bevat, is de aanbestedende overheid vrij om de offerte al dan niet als onregelmatig te weren, zij het dat die beoordelingsbevoegdheid steeds in het licht van de concrete beschikbare gegevens moet worden uitgeoefend. In het ene en het andere geval moet de beoordeling zijn uitgegaan van aanvaardbare motieven die voortvloeien uit zorgvuldig onderzoek.

7. Het bestek voor de gehele opdracht van zestien percelen is onderverdeeld in verschillende deelbestekken en voor elk van de deelbestekken blijkt een afzonderlijke inventaris te zijn opgesteld. Sommigen van deze deelbestekken bevatten verschillende percelen. Daarbij wordt dan telkens vermeld of de gunning gebeurt per perceel of globaal (voor alle percelen binnen het deelbestek). Op te merken valt dat het aan de orde zijnde deelbestek “vers gesneden groenten” niet opgedeeld blijkt te zijn in percelen. De gunning lijkt in dergelijk geval zowel globaal als per perceel te gebeuren aangezien het deelbestek slechts uit één perceel bestaat. In deze stand van het geding lijkt de vereiste die gesteld wordt bij gunning per perceel evenzeer en cumulatief te gelden bij opdrachten die globaal worden gegund.

Hoewel het bestek aan de voormelde bepalingen inzake “de aard van de gunning” niet uitdrukkelijk de sanctie van de nietigheid verbindt, laat het zich op het eerste gezicht begrijpen dat de betrokken bepalingen in het licht van de formulering ervan (“de offerte kan slechts in aanmerking worden genomen”) en het feit dat zij betrekking hebben op de wijze van prijsopgave, van essentieel belang worden geacht door de aanbestedende overheid. Het niet nakomen van de in die bepalingen voorgeschreven verplichtingen leidt dan ook in principe tot een substantiële onregelmatigheid die niet kan worden geregulariseerd.

De stelling dat er geen sprake zou zijn van een substantiële onregelmatigheid zelfs al betreft de afwijking de prijsvorming, indien duidelijk is dat het verzuim of de misslag geen invloed heeft op de rangschikking, kan op het eerste gezicht in voorliggende zaak niet worden gevolgd, gelet op de uitdrukkelijke en essentiële besteksbepaling overeenkomstig welke de offerte slechts in aanmerking wordt genomen indien de inschrijver voor alle artikellijnen van het volledige perceel prijs heeft opgegeven.

Eenmaal zoals te dezen vaststaat dat een besteksbepaling essentieel is, dient de aanbestedende overheid een daarvan afwijkende offerte te weren. De argumenten van de verzoekende partij ter zake, m.n. de omvang van de afwijking, of deze al dan niet met bedrieglijk inzicht werd begaan en de al dan niet aantasting van de vergelijkbaarheid van de offertes zijn dan niet van tel en staan niet ter appreciatie.

8. De offerte van de verzoekende partij werd door de verwerende partij geweerd, in essentie “omdat er niet aangeboden werd voor artikellijnen 108, 109 en 166”.

Anders dan wat de verzoekende partij in haar verzoekschrift lijkt aan te voeren, met name dat ze voor de kwestieuze artikellijnen wél een prijs zou hebben ingevuld, weze het een prijs van 0 euro, lijkt in deze stand van het geding dit feitelijk argument ter adstuctie dat het een materiële misslag betreft, feitelijke grondslag te missen. Uit het bestek blijkt immers dat de inschrijvers op de digitale versie van het offerteformulier enkel de eenheidsprijzen en extra gevraagde gegevens (bv. merk, verpakking, referentie,...) konden invullen en dat het

Excel-bestand dan automatisch alle totalen per artikel berekent. Uit de offerte van de verzoekende partij zoals die door haar werd gevoegd bij het verzoekschrift, blijkt dat zij de betrokken invulvelden blanco heeft gelaten, wat ook ter terechtzitting werd erkend. De verzoekende partij lijkt aldus wel degelijk te hebben nagelaten een prijs op te geven voor de jaren 2014 en 2015 voor de artikelnummers 108, 109 en 166 om welke reden in de kolom met de totalen automatisch 0,00 euro werd vermeld. In die omstandigheden lijkt niet te kunnen worden aangenomen dat de verzoekende partij zelf een prijs van 0 euro zou hebben willen opgegeven.

Op het eerste gezicht mocht de verwerende partij dan ook terecht vaststellen dat er in de offerte van de verzoekende partij niet aangeboden werd voor artikellijnen 108, 109 en 166.

De verwerende partij lijkt hierbij de grenzen van een redelijke uitoefening van haar beoordelingsvrijheid niet te buiten te gaan door vervolgens te oordelen dat de offerte van de verzoekende partij een afwijking inhoudt van de voormelde essentiële besteksbepalings en dienvolgens diende te worden geweerd.

9. Wat tot slot het argument betreft dat de aanbestedende overheid de verzoekende partij in staat had moeten stellen het gebrek te remediëren, houdt, anders dan wat de verzoekende partij betoogt, het aan de orde zijnde redelijkheidsbeginsel en waarvan de draagwijdte hiervoor is geschetst, geen dergelijke verplichting in, minstens voert de verzoekende partij niet aan hoe zulks wel het geval zou zijn nu vaststaat dat het een afwijking betreft van een substantiële offertebepalings.

10. Gelet op wat voorafgaat wordt in deze stand van het geding vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partij terecht werd geweerd in overeenstemming met het bestek.

De verzoekende partij maakt niet met de in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereiste *prima facie* ernst aannemelijk dat de verwerende partij hierbij haar beoordelingsbevoegdheid buiten alle redelijkheid zou hebben uitgeoefend.

Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

11. De verzoekende partij voert de schending aan van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en van de in het bestek vastgestelde gunningscriteria. Zij wijst erop dat, hoewel het bestek zowel de prijs als de kwaliteit als gunningscriteria vermeldt, in het advies van het comité enkel rekening werd gehouden met het aspect “prijs”. Nochtans diende naast het prijscriterium ook rekening te worden gehouden met het aspect “kwaliteit”. Er blijkt volgens de verzoekende partij niet dat voor het gunningscriterium “kwaliteit” een daadwerkelijke vergelijking van de offertes heeft plaatsgevonden.

Beoordeling

12. Het eerste middel, waarin de verzoekende partij de onregelmatigverklaring van haar offerte betwist, werd niet ernstig bevonden. Aldus is in deze stand van het geding de verzoekende partij een onregelmatige inschrijver, die in principe geen belang heeft om de gunning aan een andere inschrijver aan te vechten, tenzij wordt aangetoond dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig kon worden toegewezen.

Een eventueel ernstig bevinden van het tweede middel lijkt daar niet toe te kunnen leiden, nu het enkel de wijze van beoordeling van de offertes, meer bepaald de toetsing aan de gunningscriteria, betreft. Dit middel is *prima facie* niet van aard om te besluiten dat de opdracht aan geen enkele andere inschrijver rechtsgeldig had kunnen worden gegund.

13. De verzoekende partij beschikt aldus niet over het rechtens vereiste belang bij dit middel. De exceptie van de verwerende partij kan worden aangenomen.

VI. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt 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 oktober 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Geert Debersaques