RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 226.120 van 17 januari 2014
in de zaak A. 211.043/XII-7528

In zake: de NV BAERT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Inke Dedecker
kantoor houdend te 3600 Genk
Jaarbeurslaan 19 bus 31
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF
STEDELIJK ONDERWIJS ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 16 december 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

"- De beslissing van de raad van bestuur van het Autonoom Gemeentebedrijf Stedelijk Onderwijs Antwerpen van 25 oktober 2013 tot intrekking van de beslissing van de raad van bestuur van het Autonoom Gemeentebedrijf Stedelijk Onderwijs Antwerpen van 27 september 2013 en van het verslag van nazicht van 18 september 2013 […]
- De beslissing van de raad van bestuur van het Autonoom Gemeentebedrijf Stedelijk Onderwijs Antwerpen van 29 november 2013 tot gunning van de overheidsopdracht met als voorwerp een raamcontract voor het leveren van knutsel- en didactisch materiaal - perceel 2, didactisch materiaal - en toebehoren aan […] Marsival bvba […]

- De impliciete beslissing waarbij de opdracht niet werd gegund aan Baert nv".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 januari 2014, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Inke Dedecker en gedelegeerd bestuurder Jo Baert, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Stéphanie Taelemans, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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 Autonoom Gemeentebedrijf Stedelijk Onderwijs Antwerpen schrijft een opdracht uit voor leveringen met als voorwerp "Raamcontract leveren van knutsel- en didactisch materiaal".

De opdracht is onderworpen aan het bestek nr. SO-2013-036.

De opdracht is opgedeeld in 2 percelen:

- Perceel 1 (knutselmateriaal) met een raming van 700.000 euro, btw niet inbegrepen of 847.000 euro, btw inbegrepen;

- Perceel 2 (didactisch materiaal) met een raming van 400.000 euro, btw niet inbegrepen of 484.000 euro, btw inbegrepen.

De verzoekende partij dient voor beide percelen een offerte in.

Voorliggende procedure heeft betrekking op de gunning van perceel 2.

De opdracht betreft een raamovereenkomst. De looptijd wordt vastgelegd op 48 maanden te rekenen vanaf de gunning van de opdracht.

3.2. Een aankondiging van de opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 1 juli 2013 en het Publicatieblad van de Europese Unie van 4 juli 2013.

3.3. De opdracht wordt gegund volgens de procedure van de open offerteaanvraag.

Het bestek vermeldt onder punt I.10 de onderstaande gunningscriteria met hun weging:

Criteria	Weging
1. Prijs	60
2. Kwaliteit	20
3. Service	10
4. Assortiment	10

3.4. De opening der offertes vindt plaats op 26 augustus 2013 om 11u. Volgens het proces-verbaal van opening van de offertes hebben volgende inschrijvers een offerte ingediend voor perceel 2:

1. de nv Baert,
2. de bvba Marsival,
3. de bvba Hageland Educatief.

3.5. In zijn verslag van nazicht van de offertes van 18 september 2013 stelt het Service- en coördinatiecentrum/Aankoop voor om perceel 2 te gunnen aan de verzoekende partij.

3.6. Op grond van dat verslag gunt de raad van bestuur van de verwerende partij op 27 september 2013 perceel 2 aan de verzoekende partij tegen het bedrag van 231.858,80 euro, btw niet inbegrepen of 280.549,15 euro, btw inbegrepen.

De gunningsbeslissing wordt met een aangetekend schrijven van 1 oktober 2013 ter kennis gebracht van de verzoekende partij en de niet gekozen inschrijvers.

3.7. Na kennisgeving van deze gunningsbeslissing ontvangt de verwerende partij een klacht van de bvba Marsival. Deze inschrijver merkt onder meer op:

> "Bovendien was de offerteaanvraag op basis van catalogusprijzen, waarbij er bij Baert volgens mij gewerkt werd met promo-prijzen, wat de vergelijking niet correct maakt".

Op 14 oktober 2013 adviseert het directiecomité van de verwerende partij aan de raad van bestuur om de gunningsbeslissing van 27 september 2013 in te trekken, omdat de verzoekende partij prijzen heeft toegepast die lager liggen dan de catalogusprijzen min de vaste korting zodat haar offerte niet conform de besteksbepalingen is.

Dit advies tot intrekking wordt met een aangetekend schrijven van 17 oktober 2013 meegedeeld aan alle inschrijvers van perceel 1 en perceel 2.

3.8. Op 21 oktober 2013 wordt een nieuw verslag van nazicht van de offertes opgesteld voor perceel 2.

Dat verslag stelt de formele onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij vast:

> "Samenvatting formeel nazicht (vereisten waaraan de offertes moeten voldoen)
>
> | Nr. | Naam | Formele regelmatigheid |
> |---|---|---|
> | 1 | Baert nv | Niet OK. Geen offerteformulier ingediend |
> | 2 | Marsival bvba | OK |
> | 3 | Hageland Educatief bvba | OK |
>
> […]".

Dit verslag stelt ook de materiële onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij en van de bvba Hageland Educatief vast:

> "Materieel nazicht van de offertes
>
> In het bestek werd de volgende bepaling opgenomen in paragraaf I.4: Prijsvaststelling:
>
> > Belangrijk – vast kortingspercentage op de catalogusprijzen.
> > De inschrijver zal de items uit de inventaris (bijlage C) quoteren tegen de catalogusprijs verminderd met een vast kortingspercentage.
> > De inschrijver/leverancier zal alle items uit zijn catalogus prijslijst aanbieden tegen dit vaste kortingspercentage.
>
> Deze bestekbepaling dient te worden beschouwd als een essentiële bepaling in de zin van artikel 95 van het KB plaatsing 15.07.2011 aangezien zij betrekking heeft op de prijs van de inschrijvers.
>
> Zowel de offerte van 'Hageland' als de offerte van 'Baert' wijken af van voormelde bestekbepaling. De prijzen die Baert heeft aangeboden voor de items (1, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 14 en 15) en item 3 (variant) vormen niet het vereiste resultaat van de catalogusprijs verminderd met het vast kortingspercentage.
> […]
> Doordat 'Hageland' en 'Baert' in hun inventaris prijzen hebben geboden die lager liggen dan de catalogusprijzen min de vaste korting, wijken hun offertes af van een essentiële bepaling in het bestek en wordt de objectieve vergelijking van de offertes onmogelijk gemaakt. Op grond van artikel 95 KB plaatsing 15.07.2011 dienen hun offertes dan ook als materiaal onregelmatig en derhalve als substantieel nietig te worden beschouwd".

3.9. Bij besluit van 25 oktober 2013 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij het gunningsbesluit van 27 september 2013 en het verslag van nazicht van 18 september 2013 in te trekken.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

Deze beslissing wordt bij aangetekend schrijven van 28 oktober 2013 aan alle inschrijvers van perceel 1 en perceel 2 meegedeeld.

3.10. Vervolgens hecht de raad van bestuur van de verwerende partij op 29 november 2013 zijn goedkeuring aan het verslag van nazicht van de offertes van 21 oktober 2013 en beslist hij op grond van dit verslag en het bestek nr. SO-2013-036 om perceel 2 (Didactisch materiaal –en toebehoren) te gunnen aan de bvba Marsival, aan een bedrag van 335.275,48 euro, btw inbegrepen. Dit is de tweede bestreden beslissing waarin de derde bestreden beslissing is vervat.

Van deze beslissingen wordt bij aangetekend schrijven van 2 december 2013 kennis gegeven aan de niet gekozen inschrijvers, samen met de kennisgeving van de rechtsmiddelen.

3.11. Op 31 oktober 2013 ontvangt de verwerende partij een e-mailbericht van de verzoekende partij waarin deze verklaart dat zij de aangetekende zending in verband met de intrekking goed heeft ontvangen en dus de beweegredenen ervan kent en vervolgens uitlegt dat haar website de enige echte bron is van productprijzen.

Op 13 december 2013 ontvangt de verwerende partij een e-mailbericht vanwege de raadsman van de verzoekende partij met de vraag om de gemotiveerde gunningsbeslissing van 29 november 2013 te bezorgen, nu enkel het verslag van nazicht van 21 oktober 2013 werd bezorgd aan de verzoekende partij. Daarnaast wordt ook de ingetrokken gunningsbeslissing van 27 september 2013 opgevraagd.

Deze documenten worden op 16 december 2013 per e-mail bezorgd aan de verzoekende partij.

IV. Gedeeltelijke afstand van de vordering

4. Ter terechtzitting doet de verzoekende partij, na kennis te hebben genomen van een exceptie van de verwerende partij daaromtrent, afstand van haar vordering in zoverre deze de eerste bestreden beslissing, de intrekkingsbeslissing van 25 oktober 2013 betreft.

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 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Luidens artikel 15, eerste lid, van de voornoemde wet van 17 juni 2013 is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting

6. Het enige middel wordt genomen uit de schending van de artikelen 5 en 25 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, de artikelen 95 en 101, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “meer bepaald het zorgvuldigheidsbeginsel, het materieel motiveringsbeginsel en het beginsel patere legem quam ipse fecisti”.

De verzoekende partij acht deze rechtsnormen geschonden:

> “Doordat de offerte van de verzoekende partij formeel onregelmatig wordt bevonden omdat geen offerteformulier werd ingediend.
> En doordat de offerte van de verzoekende partij materieel onregelmatig wordt bevonden”.

In een eerste onderdeel betwist de verzoekende partij dat het offerteformulier niet zou zijn ingediend. Met verwijzing naar het arrest van de Raad van State nr. 224.736 van 19 september 2013 meent de verzoekende partij dat zij het “begin van bewijs” levert dat het offerteformulier was toegevoegd. Minstens dient volgens de verzoekende partij te worden vastgesteld dat de verwerende partij de onregelmatigverklaring van haar offerte niet deugdelijk heeft gemotiveerd: noch de gunningsbeslissing, noch het gunningsverslag geven aan van welke besteksbepaling of bepaling van de overheidsopdrachtenwetgeving is afgeweken. De verzoekende partij merkt ten slotte op dat alle informatie die zij dient te verschaffen door middel van het offerteformulier, ook blijkt uit andere documenten van de offerte.

Beoordeling van het eerste middelonderdeel

7. Het bij het bestek horende offerteformulier vermeldt:

> "Belangrijk: dit formulier dient volledig te worden ingevuld en ondertekend door de inschrijver. Alle bedragen moeten zowel in cijfers als voluit geschreven worden opgegeven".

8. In de bestreden beslissing, die steunt op het gunningsverslag, wordt de offerte van de verzoekende partij onregelmatig bevonden, enerzijds formeel omdat zij geen offerteformulier zou hebben ingediend, anderzijds materieel omdat zij de besteksbepaling van artikel I.4. "Prijsvaststelling" niet zou hebben gerespecteerd.

9. De verzoekende partij lijkt in de eerste plaats aan te voeren dat het motief, dat het offerteformulier niet is ingediend, feitelijke grondslag mist. Aldus lijkt zij zich op een schending te steunen van de verplichting tot materiële motivering.

Het onderzoek naar het bewijs van de feiten is onderdeel van het wettigheidsonderzoek dat toekomt aan de Raad van State. Een beslissing die op onbestaande of niet afdoende bewezen feiten steunt, is immers niet rechtmatig.

Daarbij valt op te merken dat aan een overheidsonderzoek het vermoeden van objectiviteit kleeft. De argumentatie van de verzoekende partij moet volstaan om het vermoeden om te keren.

10. Anders dan werd aangenomen in de zaak die is afgedaan met het arrest nr. 224.736 waarop de verzoekende partij zich beroept, lijkt zij in huidig geding te falen in haar opzet een "begin van bewijs" bij te brengen dat van aard zou zijn de deugdelijkheid van het hier besproken motief waarop de onregelmatig-verklaring van haar offerte steunt, ernstig in twijfel te trekken.

Stuk 6 gevoegd bij het inleidend verzoekschrift, bevattende de offerte van de verzoekende partij, draagt, wat het begeleidend schrijven betreft, alvast een andere datum – 21 augustus 2013 tegenover 25 augustus 2013 – en stemt

inhoudelijk – wat gegevens in een kader betreft – niet overeen met de vertrouwelijke stukken 24a en 25 van het administratief dossier van de verwerende partij, bevattende eveneens de offerte van de verzoekende partij. Zulks lijkt afbreuk te doen aan de geloofwaardigheid van de stelling van de verzoekende partij.

Voorts lijkt de omstandigheid, dat tijdens de openingszitting van 26 augustus 2013 geen opmerkingen werden geformuleerd omtrent de offerte of het offerteformulier van de verzoekende partij, evenmin een doorslaggevende indicatie voor de volledigheid van de offerte. Op een aanbestedende overheid lijkt immers geen in regelgeving opgenomen verplichting te rusten om reeds op de openingszitting de volledigheid van de offertes na te gaan.

De verzoekende partij lijkt zich ten slotte evenmin te kunnen beroepen op het verslag van nazicht der offertes van 18 september 2013. Met de intrekkingsbeslissing van 25 oktober 2013 is de op dat verslag steunende gunningsbeslissing uit het rechtsverkeer verdwenen, en zulks definitief, nu het niet lijkt dat deze beslissing tijdig is bestreden met een annulatieberoep. Het bedoeld verslag van nazicht, mede uitdrukkelijk ingetrokken, lijkt het lot van die gunningsbeslissing te volgen.

De verzoekende partij slaagt er aldus op het eerste gezicht niet in het motief, dat het offerteformulier niet is ingediend, dermate in twijfel te trekken dat de beslissing die erop steunt niet meer in overeenstemming met de verplichting tot materiële motivering zou zijn.

11. De verzoekende partij lijkt ook niet te kunnen worden bijgevallen in haar bewering dat alle informatie die zij dient te verschaffen door middel van het offerteformulier, ook zou blijken uit andere documenten van de offerte.

Bij het indienen van zijn offerte dient een inschrijver zich ondubbelzinnig te verbinden. Het moet vaststaan dat hij akkoord gaat met de besteksvoorwaarden, wat zijn inhoudelijk aanbod is en voor welke prijs hij zijn offerte wil uitvoeren.

Op het offerteformulier is de volgende formulering opgenomen:

> "Verbindt of verbinden zich hoofdelijk op zijn of op hun roerende en onroerende goederen tot de uitvoering van de aanneming overeenkomstig de bepalingen en voorwaarden van het bestek voor bovengenoemde overheidsopdracht:
>
> […]
>
> Perceel 2 (Didactisch materiaal –en toebehoren)
> tegen de eenheidsprijzen vermeld in de inventaris in bijlage".

Deze formulering lijkt nergens anders voor te komen op de door de verzoekende partij ingediende documenten zodat uit die documenten niet kan blijken dat de verzoekende partij een dergelijke formule heeft ondertekend. Uit geen enkele andere uitdrukkelijke vermelding in de ingediende documenten lijkt bovendien op het eerste gezicht een vorm van dergelijke verbintenis te kunnen worden afgeleid.

12. In zoverre de verzoekende partij voorts het motief dat geen offerteformulier is ingediend, niet afdoende acht om te besluiten tot de substantiële onregelmatigheid van haar offerte, gelet op het ontbreken in de bestreden gunningsbeslissing van verwijzingen naar de toepasselijke regelgeving of opdrachtdocumenten, lijkt zij de schending aan te voeren van de formelemotiveringsplicht.

Zij toont echter op het eerste gezicht niet aan dat en op welke wijze dit zogenaamde euvel haar in haar belangen heeft geschaad, en daardoor het doel van de formelemotiveringsplicht niet zou zijn bereikt, nu zij in rechte en in de feiten het hier besproken motief aan kritiek heeft onderworpen.

13. Om alle bovenstaande redenen is het eerste onderdeel van het middel niet ernstig.

14. De onregelmatigheid van de offerte wegens het ontbreken van het offerteformulier lijkt op zich reeds te volstaan om de onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij te schragen. De verzoekende partij heeft

aldus geen belang bij het eventueel ernstig bevinden van het tweede onderdeel van het enige middel, dat het tweede motief van de onregelmatigverklaring betreft.

15 Een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard, zoals te dezen de verzoekende partij, heeft in principe geen belang om de gunning van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen.

De vaststellingen dat de laatstgenoemde hypothese niet het voorwerp uitmaakt van een middel en dat het eerste onderdeel van het enig middel niet ernstig is zodat de verzoekende partij er op het eerste gezicht niet is in geslaagd aan te tonen dat haar offerte ten onrechte onregelmatig is verklaard, volstaan om de vordering niet ontvankelijk te bevinden in zoverre deze gericht is tegen de tweede en derde bestreden beslissingen.

VII. Besluit

16. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, in zoverre ze is gehandhaafd, dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State stelt de afstand vast van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in zoverre deze de eerste bestreden beslissing betreft.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

3. 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 17 januari 2014, 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**