

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 231.127 van 5 mei 2015
in de zaak A. 215.518/XII-7858**

In zake: de sas ARMOR DEVELOPPEMENT, vennootschap naar Frans recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey, Gregory Verhelst en Astrid Lippens
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

BPOST, nv van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kathleen De hornois
kantoor houdend te 1831 Diegem
Berkenlaan 8A
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 april 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van bpost van onbekende datum [...] waarbij de overheidsopdracht voor de broeken en bermuda's (bijzonder bestek nr. 2014-1-024) werd toegekend aan Tex Alliance SA, als eerste leverancier, overeenkomstig de contractuele voorwaarden zoals vastgelegd tussen partijen en aan Melchers GmbH als tweede leverancier, overeenkomstig de contractuele voorwaarden zoals vastgelegd tussen de partijen”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 april 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Peter Flamey en Astrid Lippens, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaten Kathleen De hernois en Mattias Van Schel, die verschijnen 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. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de levering van broeken en bermuda's.

De opdracht wordt gekwalificeerd als een opdracht met betrekking tot de nutssectoren en gegund volgens een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 8 september 2014 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 13 september 2014.

3.3. Er worden tien aanvragen tot deelneming ingediend.

3.4. Op 3 november 2014 beslist de verwerende partij om negen kandidaten te selecteren.

3.5. Met een e-mailbericht van 5 november 2014 ontvangen de geselecteerde kandidaten vervolgens een kopie van het bijzonder bestek nr. 2014-1-024 en worden zij uitgenodigd om een offerte in te dienen.

Het bijzonder bestek bepaalt dat de opdracht een looptijd heeft van één jaar en drie keer verlengbaar is met telkens een periode van één jaar. De verwerende partij behoudt zich het recht voor om de opdracht aan meerdere inschrijvers toe te kennen omwille van bijkomende garanties wat de continuïteit van de leveringen en/of diensten betreft of wegens de omvang van de opdracht.

Het bestek vermeldt als gunningscriteria: “kwaliteit” (40%), “prijzen” (55%) en “leveringstermijn en logistiek” (5%).

Wat de leveringstermijn betreft, bepaalt punt 2.1. van het bestek voorts dat de standaardleveringstermijn maximaal 18 weken bedraagt vanaf de ontvangst van de bestelling met inbegrip van de verlof- en feestdagen, de kwaliteitscontrole en de verzendingstoelating: “*release for shipment*”.

De minimumnormen inzake de kwaliteit worden opgenomen in bijlage 2 ‘technische en functionele specificaties bij het bestek’. Deze bevatten onder meer een tabel met betrekking tot de normen en vereisten op het vlak van de stof (grondstof).

3.6. Zeven inschrijvers dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij.

3.7. Met een e-mailbericht van 9 januari 2015 zendt de verwerende partij vervolgens een *erratum* aan de negen geselecteerde kandidaten waaruit blijkt dat voormelde besteksbepalingen inzake de leveringstermijn en voormelde tabel inzake de normen en de vereisten op het vlak van de stof worden gewijzigd.

In het e-mailbericht van 9 januari 2015 wordt hierover onder meer het volgende opgemerkt:

“Naar aanleiding van de eerste evaluatie (RFP hoofdstuk 1.7.a) en de presentatievergaderingen (RFP hoofdstuk 1.7.b.) met alle kandidaten die een offerte indienden, kwamen er twee grote afwijkingen op het RFP-document naar voren en bleek dat geen enkele van de offertes 100% overeenstemde met de vereisten.

1. Belangrijkste afwijking: leveringstermijn (RFP-document hoofdstuk 2.1.)

[...]

Geen enkele kandidaat kan die 18 weken aanbieden voor een ‘eerste’ bestelling en sommige kandidaten zelfs niet voor een ‘standaardlevering’. Om die reden zal bpost die leveringstermijnen als volgt uitbreiden:

[...]

2. Belangrijkste afwijking: Technische specificatie voor bpost ‘twill’ (Bijlage 2 Hoofdstuk 3)

[....]

Vier kandidaten dienden gecertificeerde rapporten in van onafhankelijke erkende labo’s waaruit blijkt dat niet aan de vereisten wordt voldaan binnen de toegestane tolerantie.

Bpost stuurde stalen stof van 2 m afkomstig van de andere 3 kandidaten (van wie de certificatie niet gebeurde door een onafhankelijke erkende labo's) naar het eigen controlelabo ‘SGT’ in Hongkong. Uit de verslagen daarvan blijkt dat niet aan de vereisten werd voldaan binnen de toegestane tolerantie.

Bpost zal die technische specificaties daarom uitbreiden en de kandidaten de mogelijkheid bieden om met een conforme offerte deel te nemen.

[...]

Gelet op wat hierboven vermeld is, worden alle offertes als onregelmatig beschouwd.

Daarom kunnen alle kandidaten – ook diegenen die voordien geen offerte stuurden – nieuwe offertes indienen tegen uiterlijk 12/2/2015 om 15 uur. Deze email (erratum) zal voortaan beschouwd worden als een deel van het RFP.

Dit erratum biedt elke geselecteerde kandidaat de mogelijkheid om een nieuwe offerte op te stellen of om vroegere offertes te behouden, mits die conform het erratum zijn. [....]”

3.8. Dezelfde zeven inschrijvers dienen opnieuw een offerte in, waaronder de verzoekende partij.

3.9. Hierna stelt de verwerende partij een *shortlist* op en worden de twee inschrijvers die op de *shortlist* staan, namelijk de sa Tex Alliance en de GmbH Melchers uitgenodigd om een BAFO in te dienen.

3.10. Met een niet-gedateerde beslissing wordt vervolgens overgegaan tot gunning van de opdracht aan de sa Tex Alliance als eerste leverancier en aan de GmbH Melchers als tweede leverancier.

3.11. Met een e-mailbericht van 25 maart 2015 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen en wordt haar een kopie bezorgd van de gunningsbeslissing.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4.1. De verzoekende partij dient op 29 april 2015 een pleitnota in.

4.2. In de mate dat in de nota wordt gerepliceerd op de verweernota wordt ze slechts in aanmerking genomen voor zover ze de neerslag is van het pleidooi van de verzoekende partij ter terechtzitting.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

5.1. De verzoekende partij zet haar belang bij het beroep uiteen als volgt:

“Verzoekende partij wordt als ondernemer binnen de relevante markt, zijnde de textielsector, door de bestreden beslissing rechtstreeks benadeeld in zoverre deze beslissing de opdracht betreffende de levering van broeken en bermuda's aan de medewerkers van bpost aan twee rechtstreekse concurrenten gunt in weerwil van de offerte ingediend door verzoekende partij binnen de door de verwerende partij uitgeschreven overheidsopdracht in de nutssector.

Het is dan ook evident dat de bestreden beslissing aan de verzoekende partij, die een regelmatige offerte heeft ingediend en die als derde werd gerangschikt na de twee uiteindelijk gekozen inschrijvers, een nadeel berokkent, dat door de onderhavige voorziening kan worden geredieerd.

Aangezien de bestreden beslissing, zoals zal worden aangetoond, op een oneigenlijke wijze is omgegaan met de procedure tot onderhandelingen zonder bekendmaking en aangezien kan worden afgeleid uit de bestreden

beslissing dat de aanbestedende overheid op een geheel onterechte wijze is omgegaan met de gunningscriteria die na onwettige aanpassing van het bestek de beoordeling van deze criteria niet dan wel op tegenstrijdige wijze werd toegepast, had dit als resultaat gehad dat de prijszetting van verzoekende partij ten opzichte van de weerhouden kandidaten anders had dienen te worden beoordeeld.

In het geval de aanbestedende overheid, volgens het initieel uitgeschreven bestek en de hierin vervatte gunningscriteria met de hieraan gekoppelde beoordelingswijzen, tot een beoordeling van de offertes was overgegaan, had de aanbestedende overheid weldegelijk de offerte van verzoekende partij in aanmerking dienen te nemen.”

5.2. De verwerende partij werpt een exceptie op van gebrek aan belang omdat bij nazicht van het selectiedossier en vergelijking met de ingediende offertes blijkt dat de kandidaatstelling werd ingediend door de sas Bonneterie d’Armor en deze kandidaat werd geselecteerd, terwijl de offertes werden ingediend door een niet-geselecteerde kandidaat, namelijk de sas Armor Developpement, dit is de verzoekende partij. Het gaat volgens haar om twee onderscheiden rechtspersonen, die weliswaar gevestigd zijn op hetzelfde adres en vertegenwoordigd worden door dezelfde persoon. Evenmin wordt in de kandidaatstelling of offerte gewag gemaakt van een gezamenlijke indiening noch wordt door de verzoekende partij aangegeven dat zij algehele rechtsopvolgster zou zijn van de sas Bonneterie d’Armor.

De verwerende partij wijst erop dat overeenkomstig artikel 60 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’ (hierna: koninklijk besluit van 16 juli 2012) enkel geselecteerden een offerte mogen indienen. Ofschoon de regelgeving in de mogelijkheid voorziet dat de opdrachtdocumenten een indiening door een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid, bestaande uit een geselecteerde en een niet-geselecteerde kunnen toestaan, is dit te dezen volgens haar niet voorzien in het bestek, noch is dit als dusdanig opgegeven in de offerte van de verzoekende partij.

Volgens de verwerende partij beschikt de verzoekende partij dan ook niet over het vereiste belang bij haar beroep nu zij voor de Raad van State niet als inschrijver kan worden beschouwd aangezien het niet-geselecteerde partijen

niet toegelaten is een offerte in te dienen in het kader van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

Het feit dat de verwerende partij hierover eerder nooit enig voorbehoud heeft geformuleerd is volgens haar duidelijk het gevolg van een dwaling.

Ten slotte kan hier volgens de verwerende partij eveneens de vraag worden gesteld of de indiening van de kandidatuurstelling door de sas Bonneterie d'Armor en de daarna ingediende offerte door de sas Armor Developpement geen deel uitmaakt van een bewust gekozen strategie, waardoor de verzoekende partij zonder enige toetsing van de selectiecriteria desalniettemin een offerte kon indienen.

Beoordeling

6. De verzoekende partij betwist niet dat bij de gemotiveerde selectiebeslissing van 3 november 2014 niet zij maar de sas Bonneterie d'Armor werd geselecteerd. Voorts betwist zij niet dat zij de beide offertes heeft ingediend. Ten slotte betwist zij niet dat zij en de sas Bonneterie d'Armor onderscheiden rechtspersonen zijn of dat zij geen rechtsopvolgster is van de sas Bonneterie d'Armor en dat de selectiebeslissing van 3 november 2014 enkel geldt voor de sas Bonneterie d'Armor.

7. In beginsel beschikt enkel de onderneming die zelf een offerte heeft ingediend in een gunningsprocedure, over het rechtens vereiste belang om de nietigverklaring en dus de schorsing van tenuitvoerlegging te vorderen van een beslissing die een overheidsopdracht toewijst aan een andere inschrijver. De verzoekende partij omschrijft haar belang ook in die zin.

Voorts lijkt op het eerste gezicht te moeten worden vastgesteld dat de voorliggende opdracht werd gegund door middel van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking bij toepassing van de regelgeving inzake de nutssectoren.

Artikel 3, 8°, van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ definieert de onderhandelingsprocedure met bekendmaking als de gunningsprocedure waarbij elke aannemer, leverancier of dienstverlener een aanvraag tot deelneming mag indienen, waarbij alleen de geselecteerden een offerte mogen indienen en waarbij over de voorwaarden van de opdracht kan worden onderhandeld met de inschrijvers.

Artikel 60 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 bepaalt dat bij beperkte procedure en onderhandelingsprocedure met bekendmaking, enkel de geselecteerden een offerte mogen indienen.

8. Te dezen dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij niet de bij beslissing van 3 november 2014 geselecteerde vennootschap is en dus in beginsel op zich geen offerte mocht indienen. De verwerende partij mocht dan ook geen offerte van de verzoekende partij aanvaarden. De omstandigheid dat de verwerende partij te dezen de offerte, weze het ten onrechte, wel aanvaardde, doet niet anders oordelen aangezien de offerte in elk geval diende te worden geweigerd.

De verzoekende partij lijkt dan ook geen belang te hebben bij haar beroep, nu zij niet mag worden beschouwd als een geselecteerde kandidaat die werd uitgenodigd tot het indienen van een offerte. Zij lijkt te dezen niet te hebben bewezen een rechtmatige inschrijver te zijn, en heeft in zoverre dan ook geen belang bij de vordering die de gunningsbeslissing tot voorwerp heeft.

9.1. In de mate dat de verzoekende partij ter terechtzitting nog opwerpt dat voormeld artikel 60 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 te dezen niet van toepassing zou zijn omdat de verwerende partij zou zijn overgegaan tot een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, valt op het eerste gezicht op te merken dat nergens uit de bestreden beslissing, noch uit de overige stukken van het administratief dossier, blijkt dat de verwerende partij te dezen formeel zou hebben beslist om de onderhandelingsprocedure met bekendmaking stop te zetten en over te gaan tot een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Het zogenaamde *erratum* lijkt daarentegen door de verwerende partij verzonden te zijn in het kader van de lopende onderhandelingsprocedure met bekendmaking, waarbij

het bijzonder bestek met nr. 2014-1-024 werd aangevuld en gewijzigd door de bepalingen van het *erratum* en alle geselecteerde kandidaten de mogelijkheid werd geboden om een nieuwe offerte in te dienen, dan wel om de reeds ingediende offerte te behouden voor zover deze conform het *erratum* was.

9.2. In de hypothese dat de verwerende partij toch zou zijn overgegaan tot de gunningswijze van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking en de verzoekende partij hierbij betoogt dat zij door de verwerende partij werd uitgenodigd om een offerte in te dienen, wijst de Raad van State erop dat in de zogenaamde uitnodiging van 9 januari 2015 er duidelijk wordt vermeld dat de verwerende partij heeft beslist om een *erratum* mee te delen aan alle geselecteerde kandidaten wat schijnbaar ook zo gebeurde. In die hypothese dient dan ook te worden vastgesteld dat de verzoekende partij niet werd uitgenodigd om een offerte in te dienen.

9.3. Ten slotte moet nog worden opgemerkt dat nergens uit blijkt dat de verwerende partij de specifieke selectie-eisen opgenomen in de aankondiging en gehanteerd bij de selectiebeslissing van 3 november 2014, heeft gewijzigd of er afstand heeft van gedaan.

10. De vordering is onontvankelijk bij gebrek aan belang.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid begroot op een rolrecht van 200 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 mei 2015,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Pierre Barra