

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 251.288 van 19 juli 2021
in de zaak A. 234.009/XII-9105**

In zake: de BVBA EURO-MOUSSE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Marijn Van Nooten
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 65, bus 11
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd
door de minister van Defensie

Tussenkommende partij :

de NV SAMPLI
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim De Pooter
kantoor houdend te 9700 Oudenaarde
Edelareberg 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 30 juni 2021, strekt tot de schorsing, “op straffe van een dwangsom van 500 euro per geleverde matras, laken, deken of hoofdkussen”, bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de gewijzigde gunningsbeslissing van verwerende partij, genomen dd. 10/06/2021, aan verzoekster per email en per aangetekend schrijven verzonden op 15/06/2021, strekkende tot het afsluiten van een meerjarige open overeenkomst (2021-2024) voor de vervanging van beddengoed (matrassen, lakens, dekens en hoofdkussens) in de logementen van Defensie inclusief gebruik in Ops [...], alsmede meteen de schorsing van een eventueel reeds genomen gunningsbeslissing

ingevolge de overheidsopdracht strekkende tot het afsluiten van een meerjarige open overeenkomst (2021-2024) voor de vervanging van beddengoed (matrassen, lakens, dekens en hoofdkussens) in de logementen van Defensie inclusief gebruik in Ops”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Met een verzoekschrift van 14 juli 2021 heeft de nv Sampli gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 juli 2021, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Lefranc heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Marijn Van Nooten, die verschijnt voor de verzoekende partij, luitenant Pieter-Jan Tuts, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Leonie Degroote, die *loco* advocaat Wim De Pooter verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Frederick Ongena 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 met als voorwerp “een meerjarige open overeenkomst (2021-2024) voor de vervanging

van beddengoed (matrassen, lakens, dekens en hoofdkussens) in de logementen van Defensie inclusief gebruik in Ops”.

3.2. Op 12 november 2020 wordt de opdracht bekendgemaakt in het Belgisch Bulletin der Aanbestedingen en op 17 november 2020 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Het toepasselijke bestek nr. MRMP-I/A Nr. 21IA254 voorziet dat de opdracht wordt gegund volgens de openbare procedure.

3.4. Uiterlijk op 15 januari 2021 dienen vijf inschrijvers een offerte in.

3.5. Op 12 april 2021 beslist de verwerende partij, op basis van het nazicht van de offertes, om de nv Sampli aan te duiden als de inschrijver met de economisch meest voordelige regelmatige offerte. In deze beslissing wordt de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig gekwalificeerd omdat deze offerte voor bepaalde pisten niet aan substantiële technische eisen voldoet.

3.6. De verzoekende partij stelt tegen de tenuitvoerlegging van deze beslissing op 27 april 2021 een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in. Deze zaak is gekend onder het nummer A. 233.522/XII-9078.

Met arrest nr. 250.631 van 20 mei 2021 verwerpt de Raad van State de vordering bij gebrek aan voorwerp, minstens omdat de verzoekende partij haar belang bij de vordering heeft verloren. Met een beslissing van 6 mei 2021 blijkt dat de bestreden beslissing immers wordt ingetrokken.

3.7. Op 10 juni 2021 beslist de verwerende partij om de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren en om de nv Sampli aan te duiden als de inschrijver die de economisch meest voordelige regelmatige offerte heeft ingediend.

Dit is de bestreden beslissing.

3.8. Op 15 juni 2021 stelt de verwerende partij de verzoekende partij, zowel per e-mail als per aangetekend schrijven, in kennis van de bestreden beslissing. Deze kennisgeving vermeldt artikel 8 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: rechtsbeschermingswet) als rechtsgrond voor de kennisgeving en geeft de volgende motieven voor de onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij:

“

Gelieve hieronder de motieven te willen vinden die aanleiding hebben gegeven tot de beslissing van wering die genomen werd door de bevoegde ordonnateur, bij wijze van een uittreksel uit de gemotiveerde beslissing, meer specifiek het gedeelte met betrekking tot de offerte van Euro-mousse dat U aanbelangt:

- **Analyse van de offerte**

Bij het nazicht inzake regelmatigheid, werden o.a. volgende aspecten geverifieerd:

- ✓ Indienen van een behoorlijk ingevuld UEA (Uniform Europees Aanbestedingsdocument)
- ✓ Aanwezigheid van correct ingevulde en ondertekende opdrachtdocumenten
- ✓ Voldoen aan de technische en logistieke eisen gesteld in bijlage C aan het bestek.

Tijdens de analyse van het technisch luik van de offerte van Euro-Mousse bvba blijkt dat deze offerte NIET aan substantiële technische eisen van het bestek voldoet, met name aan de minimaal gevraagde densiteit voor drie types matrassen hernomen onder de posten 1, 2 en 3 uit de inventaris in bijlage A1 (i.e. voor de matrassen respectievelijk in het bestek aangegeven als “model 1”, “model 2” en “model 3”).

De onontbeerlijke technische eisen qua densiteit voor deze DRIE types matrassen werden vermeld in het bestek in respectievelijk de bijlage C2 specificatie Nr 2.2, de bijlage C3 specificatie 3.2. en de bijlage C4 specificatie 4.2. , waar telkens texto claro het volgende vermeld wordt:

“Het gebruikte koudschuim zal behoren tot de klasse 58-70 Kg/m³ EN een NETTO soortelijk gewicht hebben van 58Kg/m³ of hoger met een tolerantie van +/-5%”.

Bijgevolg dient er wat betreft densiteit van de matrassen voldaan te worden aan een **cumulatieve voorwaarde**. Enerzijds moet de matras behoren tot de klasse 58-70 kg/m³ EN anderzijds moet de matras een **NETTO soortelijk gewicht hebben van 58 kg/m³ of hoger met een tolerantie van +/- 5 %**.

Vaststelling is dat de offerte van Euro-mousse geen rekening houdt met deze technische specificaties inzake densiteit van het Erratum 1 van de bijlage C aan het bestek (zie referenties 4 en 5, alsook zeer duidelijk vermeld in de gepubliceerde PV van de informatievergadering).

Feit is dat in de technische bijlage van de offerte van Euro-mousse er foutief wordt verwezen naar de specificaties inzake densiteit Nrs 2.2, 3.2 en 4.2. van de oorspronkelijke bijlage C en er klaarblijkelijk geen rekening wordt gehouden met het erratum 1 aan het bestek.

Gelieve hieronder een uittreksel uit de offerte van Euro-mousse te willen vinden, verkeerdelijk verwijzend naar de technische specificaties van het oorspronkelijke bestek en dus geen rekening houdende met de cumulatieve eisen inzake densiteit van het gepubliceerde erratum :

2.2	I	Het gebruikte koudschuim zal een soortelijk gewicht hebben van NETTO 58 Kg/m ³ met een tolerantie van +/- 5 %.
-----	---	---

Vaststelling is dat offerte van Euro-mousse (referte 2 + uittreksel uit deze offerte in de tabel hieronder) zoals blijkt uit de toegevoegde technische fiches, voor de 3 eerste posten van de inventaris een matras aanbiedt met een densiteit van **NETTO slechts 52 kg/m³ (bruto 55 Kg/m³) en bijgevolg NIET VOLDOET** aan de vereiste netto 58kg/m³ (+5%) vereist in zowel het oorspronkelijke bestek als het gepubliceerde erratum. Daarnaast behoren de matrassen aangeboden door Euro-mousse voor de eerste drie posten evenmin tot de vereiste klasse 58-70kg/m³. Dit zelfs indien rekening gehouden wordt met een tolerantie van 5% t.o.v. een densiteit van 58 kg/m³, wat een minimale densiteit van NETTO 55,10 kg/m³, zijnde 58 kg/m³ - 5%, impliceert.

Uittreksel uit de offerte van Euro-mousse : Technische fiche Euro-mousse CMHR 55 matras :

TECHNISCHE DATA CMHR 55

Omschrijving		Waarde	Eenheid	Norm
Densiteit	Brut	55	Kg/m ³	ISO 845
	Net	52		
Indrukkingshardheid	25%	85,0	N	ISO 2439/B
	40%	115,0		
	65%	240,0		
Veerkracht/resiliëntie		> 60	%	ASTM D3574-08M
Blijvende vervorming		< 5	%	ISO 1856/A (50%)
Treksterkte		100	kPa	ISO 1798
Scheursterkte		130	%	ISO 1798
Stramheid		3,0	kPa	ISO 3386/1 (CLD 40%)
Brandtest		OK	Crib5	BS 5852/2 Crib 5

Conclusie inzake regelmatigheid van de offerte

Uit bovenstaande analyse blijkt dat de offerte van Euro-mousse substantieel onregelmatig is wegens het niet voldoen aan de in het bestek vermelde onontbeerlijke technische eis qua minimale densiteit voor de matras aangeboden voor de posten 1, 2 en 3 van de inventaris in bijlage A van het bestek MRMP-I/A 211A254.

Bijkomende analyse van de aangeboden stalen (posten 1 en 4)

Bijkomstig werden in het bestek voor de TWEE types matrassen aangeduid onder 'model 1' (post 1 uit de inventaris) en 'model 4' (post 4 uit de inventaris) referentiestalen gevraagd.

De technische controle (o.a. via labotesten UGent) voor deze aangeboden stalen leverde een resultaat op zoals samengevat in onderstaande tabel voor wat betreft de densiteit :

Resultaat van de controle densiteit : steekproefcontrole zoals voorzien in technische eis 1.18											
STAA L	Model	Afmetingen	gewicht	gewicht	gewicht	gewicht	Volume	densiteit	Minimaal	Densiteitklasse	Globaal resultaat
		ontvangen staal	staal	Hoes	Kern	kern		v/h	Gevraagde Densiteit (kg/m³) Incl toleranties	volgens offerte	
		Cm	Gr	Gr	Gr	Kg	m³	Staal		Tech fiches	
A	1	200 x 90 x 14	18100	948	17152	17,202	0,252	68,2619	55,10-58-60,90	68-70	GO
C	1	50 x 50 x 14	2100	167	1933	1,933	0,035	55,22857	55,10-58-60,90	52-55	NO GO
E	1	40 x 40 x 10	1100	103	997	0,997	0,016	62,3125	55,10-58-60,90	58-60	GO
G	1	50 x 50 x 14	2200	167	2033	2,133	0,035	60,94286	55,10-58-60,90	58-62	GO
B	4	200 x 80 x 12	8400	658	7742	7,665	0,192	39,92188	37,05 - 39 - 40,95	38-40	GO
D	4	50 x 50 x 12	1300	125	1175	1,175	0,03	39,16667	37,05 - 39 - 40,95	39-41	GO
F	4	50 x 50 x 12	1300	125	1175	1,175	0,03	39,16667	37,05 - 39 - 40,95	39-41	GO
H	4	50 x 50 x 12	1300	125	1175	1,175	0,03	39,16667	37,05 - 39 - 40,95	39-42	GO

Ter verduidelijking: in de bovenstaande tabel zijn de resultaten van de meting inzake densiteit van de aangeboden stalen van de verschillende inschrijvers terug te vinden. De lettercodes A tot en met H werden toegekend aan de stalen met het oog op de neutraliteit van de technische beoordelingen.

De matrassen hernomen onder de letter C en D zijn de matrassen respectievelijk model 1 en model 4 aangeboden door Euro-mousse.

Enerzijds wordt vastgesteld dat staal D, zijnde de matras aangeboden door Euro-mousse voor de matras model Nr 4, wel voldoet aan de gestelde technische eisen inzake densiteit.

Anderzijds wordt vastgesteld dat de staal C, aangeboden door Euro-Mousse voor de matras "model 1", met een gemeten densiteit van 55,22857 Kg/m³ zich nipt boven de toegelaten ondergrens bevindt (>55,10 kg/m³) maar op basis van de bijhorende technische fiche die een klasse netto 52 kg/m³ (bruto 55 kg/m³) aangeeft evenmin voldoet aan de tweede technische eis inzake densiteit, zijnde het behoren tot de vereiste klasse 58-70 kg/m³ zoals opgelegd door het bestek (Erratum 1, bijlage C2).

Bijgevolg voldoet de aangeboden staal van Euro-mousse voor de matras model 4 wel aan de eisen van het bestek, maar voldoet ook de aangeboden staal voor de matras model 1 (post 1) NIET aan de cumulatieve voorwaarden inzake densiteit zoals vermeld in de bijlage C, erratum 1, eis 2.2 van de bijlage C2.

Eindconclusie m.b.t. de offerte van Euro-mousse

De offerte van Euro-mousse bvba voldoet manifest NIET aan de gestelde technische eisen van het bestek 21IA254, meer bepaald aan de technische eisen C.2.2, C3.2 en C4.2 van bijlage C – Erratum 1 (technische specificaties inzake densiteit).

Om die reden wordt de offerte van Euro-mousse bvba als substantieel onregelmatig en niet-conform beschouwd.

Verder willen we U nogmaals verduidelijken dat de minimale eis inzake densiteit van de matrassen in dit dossier objectief gezien een belangrijke technische parameter is die zowel de duurzaamheid (i.e. economische kost op langere termijn) ingeval van intensief gebruik in de diverse logementen van Defensie alsook het comfort van het betrokken personeel ten goede moet komen.

Tenslotte kan voor deze overheidsopdracht objectief vastgesteld worden dat 3 van de 5 offertes wel degelijk voldoen aan de technische eisen van het bestek inzake densiteit voor de aangeboden matrassen en dat er voor deze openbare nota bene Europese overheidsopdracht – met andere woorden geenszins beperkt tot de Belgische markt - nog meerdere potentiële inschrijvers bestaan.

”

IV. Tussenkomst

4. De nv Sampli blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Verzoek tot vertrouwelijke behandeling van bepaalde stukken

5.1. De verwerende partij vraagt om een aantal stukken als vertrouwelijk te behandelen.

5.2. In de huidige stand van het geding stemt de Raad met toepassing van artikel 26 van de rechtsbeschermingswet in met het verzoek tot vertrouwelijke behandeling van deze stukken. De partijen voeren hieromtrent overigens geen betwisting. De Raad mag deze stukken wel in zijn beoordeling betrekken.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

6.1. In de nota met opmerkingen werpt de verwerende partij een exceptie van onontvankelijkheid op. De verwerende partij meent dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar vordering. Volgens de verwerende partij uit de verzoekende partij kritiek op de kennisgeving van de gunningsbeslissing maar niet op de gunningsbeslissing zelf. De verzoekende partij werpt bij de bespreking van het belang en bij de ontwikkeling van het enige middel evenwel op dat haar het controlerecht op de gunningsbeslissing werd ontnomen. Indien zij geen controle op de gunningsbeslissing kan uitoefenen, zou de verwerende partij op een wijze hebben gehandeld die tot de onwettigheid van de bestreden beslissing zou kunnen leiden.

6.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VII. Schorsingsvoorwaarden

7.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

7.2. Te dezen is evenwel ook de rechtsbeschermingswet van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VIII. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

8.1. De verzoekende partij voert in het enige middel de schending aan van artikel 8 van de rechtsbeschermingswet.

De verzoekende partij voert aan dat dit artikel is geschonden doordat in de kennisgeving van de bestreden beslissing weliswaar de motieven voor de wering van diens offerte zijn vermeld maar elk uittreksel van de gemotiveerde gunningsbeslissing ontbreekt. Er wordt immers niet eens vermeld of er zelfs al maar een gunningsbeslissing werd genomen.

In die zin wordt aan de verzoekende partij elke controlemogelijkheid omtrent de regelmatigheid van de uiteindelijke gunningsbeslissing ontnomen.

Beoordeling

8.2. Artikel 8, § 1, eerste lid, 2°, van de rechtsbeschermingswet bepaalt:

“§ 1. Onmiddellijk na het nemen van de gemotiveerde gunningsbeslissing deelt de aanbestedende instantie het volgende mee:
[...]
2° aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig of niet-conform is bevonden, de motieven voor de wering, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing;
[...]”.

Uit de parlementaire voorbereiding van 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’ (*Parl.St.* Kamer, 2009-10, nr. 52-2276/1, 20), waarvan de bepalingen betreffende de informatie en kennisgeving aan de inschrijvers identiek zijn aan de bepalingen zoals ze voorkomen in de rechtsbeschermingswet blijkt dat de wetgever ervoor heeft gekozen om de aanbestedende dienst één enkele gunningsbeslissing te laten opstellen waaruit uittreksels worden gehaald en meegedeeld aan de inschrijvers in functie van de beoordeling van hun eigen situatie. De meegedeelde informatie kan beperkt blijven tot het toelichten van de individuele situatie van de geadresseerde.

Uit de aangehaalde bepaling zelf blijkt dat één gunningsbeslissing wordt genomen en dat aan de inschrijvers wiens offerte onregelmatig is verklaard enkel de motieven van hun wering – bij uittreksel – ter kennis wordt gebracht. Deze bepaling vereist niet dat de aanbestedende dienst de integrale gemotiveerde gunningsbeslissing meedeelt aan de inschrijver wiens offerte onregelmatig is verklaard.

8.3. Uit de kennisgeving van 15 juni 2021 blijkt dat de verzoekende partij uitdrukkelijk in kennis werd gesteld van de motieven die ten grondslag liggen van de onregelmatigheid van haar offerte. De verzoekende partij erkent dat die kennisgeving de motieven voor de wering vermeldt.

De kennisgeving vermeldt ook uitdrukkelijk dat “bij wijze van een uittreksel uit de gemotiveerde beslissing” wordt kennis gegeven van de motieven die aanleiding hebben gegeven tot de beslissing van wering.

Uit het administratief dossier, en meer bepaald de integrale gunningsbeslissing, blijkt dat de aan de verzoekende partij bij uittreksel meegedeelde motieven voor de onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij zijn opgenomen in de gemotiveerde gunningsbeslissing.

Aldus lijkt, op het eerste gezicht, dat de verwerende partij artikel 8, § 1, eerste lid, 2°, van de rechtsbeschermingswet niet heeft geschonden door de verzoekende partij uitsluitend in kennis te stellen, bij uittreksel, van de motieven die de grondslag vormen voor de wering van haar offerte.

8.4. Voor zover de verzoekende partij meent dat de verwerende partij de integrale gunningsbeslissing had moeten ter kennis brengen, vindt deze stelling geen steun in de rechtsbeschermingswet.

Voor zover de verzoekende partij meent dat haar elke controlemogelijkheid op de rechtmatigheid van de gemotiveerde gunningsbeslissing is ontnomen, vindt ook deze stelling op het eerste gezicht geen

steun in de rechtsbeschermingswet. Als inschrijver wiens offerte als onregelmatig werd geweerd, werd de verzoekende partij in kennis gesteld van de motieven die die onregelmatigheid verantwoorden. Bovendien voert de verzoekende partij geen kritiek aan tegen die motieven en lijkt zich aldus neer te leggen bij het onregelmatig karakter van haar offerte. Hierdoor lijkt voor de verzoekende partij elke mogelijkheid om de opdracht zelf uit te voeren verloren.

Voor zover de verzoekende partij kritiek uit op de in het bestek bepaalde technische eisen, blijkt op het eerste gezicht dat de verzoekende partij geen middel ontwikkelt tegen het bestek zelf of tegen de daarin vervatte technische eisen. De bewering als zou slechts één onderneming kunnen voldoen aan de technische eisen van het bestek vindt op het eerste gezicht geen steun in het administratief dossier. Uit dat administratief dossier blijkt immers dat verschillende inschrijvers voldoen aan de door de verzoekende partij bekritiseerde technische eisen.

IX. Besluit

9. Het middel is niet ernstig gebleken. De vorderingen tot schorsing en tot het opleggen van een dwangsom bij uiterst dringende noodzakelijkheid dienen dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Sampli tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vorderingen.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een bijdrage van 20 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van negentien juli tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Pierre Lefranc,
bijgestaan door
Elisabeth Impens,

staatsraad, waarnemend voorzitter,
griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Pierre Lefranc