

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 82.208 van 9 september 1999
in de zaak A. 85.370/XII-2123.**

In zake : de BVBA PREVOST-TAVERNIER,
die woonplaats kiest bij
advocaat F. DELPORTE,
kantoor houdende te KORTRIJK,
Groenestraat 1 A

tegen :

de POST,
die woonplaats kiest bij
advocaat J.-J. VAN RAEMDONCK,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Terhulpesteenweg 187.

tussenkomen partij :

de NV PELSMAEKERS,
die woonplaats kiest bij
advocaat V. VAN HOUTTE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Henri Wafelaertsstraat 47-51.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de BVBA PREVOST-TAVERNIER op 12 juli 1999 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van de beslissing van 6 juli 1999 waarbij de bestuurder-directeur van de POST in het kader van de algemene offerteaanvraag nr. 4121/PU-EP/02 betreffende de levering van stadskledij de offerte van verzoekster afwijst en de opdracht toewijst aan de NV MACONFECT wat de loten 1 en 2 betreft en aan de NV PELSMAEKERS wat de loten 3 en 4 betreft;

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partij de vernietiging vordert van dezelfde beslissing;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 16 juli 1999 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 7 september 1999;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat F. DELPORTE, die verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaten J.-J. VAN RAEMDONCK en S. VERBEKE, die verschijnen voor de verwerende partij en van advocaat V. VAN HOUTTE, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur J. STEVENS;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat de NV PELSMAEKERS met een verzoekschrift van 31 augustus 1999 heeft gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen;

1. Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. De POST schrijft een offerteaanvraag uit met vier gunningscriteria die in volgorde van afnemend belang als volgt luiden :

1. de kwaliteit
2. de prijs
3. de voorgestelde uitvoeringstermijn
4. de dienstverlening na bestelling.

De opdracht betreft vier percelen.

1.2. Bij samenvoeging van de vier percelen worden door inschrijvers kortingen verleend, zo door de verzoekende partij een korting van 33%.

1.3. Voor de percelen 1 en 2 wordt de offerte van de verzoekende partij als technisch conform beschouwd maar zij "scoort minder goed qua pillingtest en naadvastheid". Zij wordt voor het criterium kwaliteit als tweede gerangschikt. Voor het criterium prijs wordt gesteld dat de verminderde prijs voor alle percelen niet in aanmerking genomen wordt daar er geen gunning is voor verzoekende partij van de percelen 3 en 4.

Voor de percelen 3 en 4 blijkt de offerte van de verzoekende partij, wat het criterium kwaliteit betreft, gelijkwaardig beoordeeld te zijn met de andere offertes. Voor het criterium prijs wordt gesteld dat geen rekening kan worden gehouden met de korting in geval van samenvoeging van alle percelen, daar de offerte van verzoekster voor wat de kwaliteit van de percelen 1 en 2 betreft minder goed beoordeeld wordt dan twee van haar concurrenten en daar de kwaliteit het voornaamste gunningscriterium is.

2. Overwegende dat luidens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen die de vernietiging van de aangevochten rechts-handeling kunnen verantwoorden worden aangevoerd en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging ervan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

3.1. Overwegende dat verzoekster onder meer een eerste middel aanvoert, "houdende schending van artikel 115 van het KB 8 januari 1996, de motiveringsplicht en de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het beginsel van de proportionaliteitsbeginsel;

doordat

eerste onderdeel, artikel 115 van het KB 8 januari 1996 stelt dat, wanneer inschrijvers een verbetering van de offerte hebben aangeboden bij samenvoeging van verscheidene percelen, de keuze van de aannemer dient te worden bepaald door de gegroepeerde percelen die de meest interessante offerte in de zin van artikel 16 van de wet vormen;

tweede en derde onderdeel, elke administratieve beslissing dient gesteund te zijn op ernstige, overeenstemmende en in rechte toelaatbare motieven, die aan de rechtsonderhorige kenbaar moeten worden gemaakt, terwijl

eerste onderdeel, de aanbestedende overheid de offerte 'met samenvoeging van alle loten' niet in aanmerking neemt en slechts de prijzen van de loten apart vermeldt, en aldus artikel 115 KB 8 januari 1996 schendt door haar weigering het toe te passen;

tweede onderdeel, het niet in aanmerking nemen van de offerte 'met samenvoeging van alle loten' uitgaande van verzoekende partij niet wordt gesteund op enige wettelijke of in het bestek opgenomen regel, doch op een vage overweging die in feite een kringredenering uitmaakt;

derde onderdeel, het feit dat de offerte van verzoekende partij 'met samenvoeging van alle loten' wordt geweerd op een grond die buiten elke proportie staat tot de beweerde tekortkoming, een schending uitmaakt van het proportionaliteitsbeginsel";

Overwegende dat verzoekster het tweede onderdeel van het middel als volgt toelicht :

"De weigering de prijzen van de offerte van verzoekende partij in aanmerking te nemen, wordt gesteund op een redenering die alle logica tart.

Bij de beoordeling van de gunning van loten 1 en 2 (zonder een reden op te geven waarom deze loten worden samengevoegd) heet het :

'Daar er geen gunning is voor Prevost-Tavernier in loten 3 en 4 nemen we voor loten 1 en 2 de verminderde prijs voor alle loten niet in aanmerking'.

Bij de beoordeling van loten 3 en 4 heet het :

'Daar deze firma voor wat de kwaliteit van de loten 1 en 2 echter minder goed beoordeelt (sic) wordt dan twee van haar concurrenten en daar de kwaliteit het voornaamste gunningscriterium is kan geen rekening worden gehouden met deze prijsverbetering ingeval van samenvoeging van de loten'.

Met andere woorden : de weigering de prijzen bij samenvoeging van alle loten in aanmerking te nemen wordt bij loten 1 en 2 gesteund op de gunning van loten 3 en 4. De gunning van loten 3 en 4 wordt gesteund op de gunning van loten 1 en 2.

Een beter voorbeeld van een kringredenering is moeilijk te geven.

Ook voor de leek is het duidelijk dat hier aan de motivering zéér veel schort";

Overwegende dat verzoekster in verband met het derde onderdeel opmerkt dat de Post nergens heeft gesteld dat zij een stof zou hebben geleverd welke aan de normen inzake pilling niet voldeed en dat in het bestek niets kan worden teruggevonden wat naadvastheid betreft, zomede dat het belang van de beweerde tekortkomingen niet zo groot kan zijn aangezien de bestreden beslissing zelf stelt dat de afwijkingen op het vlak van de treksterkte zwaarder doorwegen dan afwijkingen op het vlak van pilling;

Overwegende dat verzoekster in haar tweede middel, grotendeels onder aanvoering van dezelfde argumentering, de schending aanvoert van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, waarin is bepaald dat de opdracht moet worden toegewezen aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte heeft ingediend;

3.2. Overwegende dat de verwerende partij vooreerst opwerpt dat verzoekster geen belang heeft bij het eerste en tweede middel omdat zij er ten onrechte de verwerende partij in verwijt de regels van de

aanbesteding niet toegepast te hebben en, zelfs indien alle percelen samengevoegd hadden moeten worden, omdat de prijs van verzoekster niet de laagste was voor de vier percelen; dat zij op de middelen zelf in hoofdzaak antwoordt dat verzoekster voor de percelen één en twee had ingeschreven met een stof welke bij onderzoek van het eerste criterium -de kwaliteit- niet bleek te voldoen aan de in het bestek gestelde criteria en zij dus niet eens in aanmerking kon komen voor toewijzing van deze twee percelen, zodat bij de beoordeling van het tweede criterium -de prijs- geen rekening kon worden gehouden met de in geval van samenvoeging van de vier percelen toegekende kortingen;

3.3. Overwegende dat verzoekster in tussenkomst zich aansluit bij de argumentatie van de verwerende partij;

3.4.1. Overwegende, wat de exceptie van gemis aan belang bij de middelen betreft, dat de omstandigheid dat verzoekster, ook bij samenvoeging van de vier percelen, niet de laagste inschrijving zou hebben ingediend, niet ter zake dienend is aangezien bij een offerteaanvraag - en dus ook bij de onderhavige- de prijs niet het enige toewijzingscriterium uitmaakt en de Raad van State niet in de plaats van het bestuur mag vaststellen dat, op grond van een onderzoek van alle criteria, de opdracht niet aan verzoekster toegewezen kon worden;

3.4.2. Overwegende, wat de middelen zelf betreft, dat vooreerst moet worden vastgesteld dat, in tegenstelling tot wat de verwerende partij beweert, de inschrijving van verzoekster voor de percelen 1 en 2 niet werd afgewezen als zijnde niet conform de besteksvoorwaarden, maar gewoon lager werd gequoteerd dan die van de inschrijvers Productions Calaisiennes en Maconfect, en trouwens hoger dan die van Pelsmaekers en Arwy; dat de gemotiveerde toewijzingsbeslissing uitdrukkelijk

vaststelt dat "de resterende offertes" als technisch conform werden beschouwd; dat voorts kan worden vastgesteld dat aan die beweerde non-conformiteit ook in de praktijk niet zo zwaar werd getild, daar in de gemotiveerde toewijzingsbeslissing enkel wordt vastgesteld dat de offertes van verzoekster "minder goed" scoren qua pillingtest en naadvastheid en afwijkingen op het vlak van de treksterkte -waarvoor Pelsmaekers en Arwy dan een onvoldoende krijgen- "zwaarder doorwegen dan afwijkingen op het vlak van pilling";

Overwegende dat de verwerende partij, door de offertes voor de percelen 1 en 2 eerst te toetsen aan het eerste criterium, de kwaliteit, en op grond van die toetsing de offerte van verzoekster voor die percelen reeds definitief uit te sluiten, dat criterium, weliswaar het belangrijkste, in haar evaluatie afgescheiden heeft van de andere drie criteria en op basis van dat ene criterium wat verzoekster betreft reeds een beslissende keuze heeft gemaakt, namelijk ze als niet de meest voordelige offerte heeft gekwalificeerd; dat zij daarna, als het ware in een tweede fase, de offertes heeft getoetst aan de andere criteria, wat inderdaad neerkomt op een cascade-toetsing, zoals verzoekster stelt; dat overeenkomstig artikel 115, eerste lid, tweede zin, 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 offertes dienen te worden getoetst aan alle gunningscriteria zodat de verwerende partij, wat het tweede criterium -de prijs- betreft, eventueel in een eerste fase, acht had moeten slaan op de kortingen voorgesteld door de inschrijvers bij eventuele samenvoeging van percelen; dat aldus, meer bepaald bij de percelen 1 en 2, ten aanzien van verzoeksters offerte geëvalueerd had dienen te worden of de prijs verminderd met de aangeboden korting, en dus het eventueel beter scoren op het tweede criterium, al dan niet opwoog tegen het minder

scoren op het belangrijkste criterium, de kwaliteit, alsmede tegen het minder scoren op het derde criterium van de leveringstermijn; dat zodra voor één perceel vastgesteld was dat verzoekster, rekening houdend met de korting, niet als de meest voordelige inschrijver beschouwd kon worden, voor de andere percelen geen rekening meer gehouden diende te worden met die korting;

3.4.3. Overwegende dat uit wat voorafgaat moet worden besloten dat het eerste en het tweede middel ernstig zijn;

4. Overwegende dat verzoekster wat het moeilijk te herstellen ernstig nadeel betreft uiteenzet wat volgt :

"De omvang van het order kan geraamd worden op 120 à 150 miljoen F. Dit stemt ongeveer overeen met de helft van de gemiddelde jaaromzet van verzoekende partij. Bovendien wordt onder punt 1.4 van het bestek gesteld dat de sluiten overeenkomst kan worden verlengd voor het dienstjaar 2000 en de bijbestellingen tot 1 oktober 2001, wat de omvang meer dan verdubbelt, zodat de totaliteit van het order wellicht gelijk is of hoger is dan de volledige jaaromzet van verzoekende partij.

Bovendien is het order het 'dagelijks brood' van verzoekende partij. Zij heeft sinds 1992 de post-uniformen geleverd en werd door de concurrentie zelfs verweten dat zij een monopoliepositie zou bekleden (arrest nr. 66.847 van 18 juni 1997, SEYNTEX, VETIMO & ARWY).

Uw Raad oordeelde in voornoemd arrest dat het niet ongewoon is dat een inschrijver die reeds vroeger met leveringen is belast als die waar een offerteaanvraag over gaat, uiteraard bevoordeligd is ten opzichte van andere inschrijvers; dat dit echter geen schending van de gelijkheidsregel uitmaakt (sub 2.1, tweede alinea). Dit rechtmatig verkregen voordeel gaat door de bestreden beslissing reeds verloren.

Indien de verzoekende partij thans door een onwettelijkheid dit extreem belangrijke order misloopt, dient zij haar volledige produktie en organisatie te herzien, gespecialiseerd personeel te laten afvloeien,...

Het verlies van dit order heeft met andere woorden ook andere dan pecuniaire gevolgen.

Uw Raad oordeelde reeds dat een verlies van het recht een opdracht van ongeveer 54 miljoen frank in natura uit te voeren, een moeilijk te herstellen

ernstig nadeel uitmaakt (arrest nr. 60.965 van 12 juli 1996, SOREMA, sub. 4.2).

Tenslotte moet verzoekende partij de aandacht van uw Raad vestigen op het feit dat voor wat de damesblazer betreft, de inschrijvers zelf een model dienden te ontwerpen dat paste bij de nieuwe look van het postuniform (Inleiding van het bestek).

Indien het door een andere inschrijver ontworpen-model wordt gekozen, plaatst dit verzoekende partij onmiskenbaar in het nadeel voor verdere aanbestedingen";

4.1. Overwegende dat verzoekster met deze uitleg aannemelijk maakt dat de belangrijke terugloop van haar omzet wegens het niet verkrijgen van de opdracht haar een moeilijk te herstellen ernstig nadeel dreigt te berokkenen, ook al voert zij niet aan daardoor in vereffening te zullen treden of een faillissement te moeten aanvragen; dat het voldoende duidelijk is dat een dergelijke vermindering van de activiteit van een onderneming ook een aantal niet louter financiële of niet zonder meer herstelbare financiële nadelen meebrengt waarop verzoekster concreet de aandacht vestigt; dat aan de voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel derhalve is voldaan;

5. Overwegende dat ook de uiterst dringende noodzakelijkheid voldoende is aangetoond daar, althans wat de zomerkledij betreft (percelen 1 en 2), de definitieve bestellingen worden geplaatst na afloop van de draagtest op 15 september 1999 en een normaal afgewikkelde gewone schorsingsprocedure moeilijk op die datum haar beslag kon krijgen;

6. Overwegende dat het ernstig bevinden van het eerste en het tweede middel niet noodzakelijkerwijze inhoudt dat de offerte van verzoekster in aanmerking diende te worden genomen en zij geen andere middelen lijkt aan te voeren, waarvan het gegrond bevinden voor de verwerende partij de verplichting zou meebrengen om de opdracht of een deel ervan aan verzoekster toe te kennen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV PELSMAEKERS in de vordering tot schorsing wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 6 juli 1999 waarbij de bestuurder-directeur van de POST in het kader van de algemene offerteaanvraag nr. 4121/PU-EP/02 betreffende de levering van stadskledij de opdracht toewijst aan de NV MACONFECT wat de loten 1 en 2 betreft en aan de NV PELSMAEKERS wat de loten 3 en 4 betreft;

Artikel 3.

De vordering tot schorsing wordt voor het overige verworpen.

Artikel 4.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure, bepaald op vijftuizend frank, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare
terechtzing, op negen september 1900 negenennegentig,
door :

de H. J. DE BRABANDERE, kamervoorzitter,
Mevr. S. DOMS, griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. DE BRABANDERE.