

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 203.933 van 18 mei 2010
in de zaak A. 123.943/XII-3592.**

In zake : de NV BELGIAN SHELL,
die woonplaats kiest bij
advocaat M. Denys,
kantoor houdende te Hoeilaart,
de Quirinilaan 2

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Landsverdediging.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Belgian Shell op 16 augustus 2002 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing van het Ministerie van Defensie met betrekking tot de gunning van 75.000 m³ (eerste 30 percelen van 2.500 m³) reactiemotorenbrandstof Jet A1 naar aanleiding van de opdracht ingevolge het bestek nr. MRMP-M/AM1 232004 van 6 februari 2002”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur L. Vermeire;

Gelet op de beschikking van 7 november 2006 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 17 november 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 8 december 2009;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat E. Waelkens, die loco advocaat M. Denys verschijnt voor de verzoekende partij, en van luitenant-kolonel militair administrateur A. De Decker, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur L. Vermeire;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

Gegevens van de zaak

1. Verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor de levering in het jaar 2002 van een geschatte hoeveelheid van 103.000m³ reactiemotorenbrandstof Jet-A1 (36 percelen van 2.500m³, 4 percelen van 2.000m³ en één perceel van 5.000m³ in optie).
2. Het bestek bepaalt onder paragraaf 7.e. omtrent de gestanddoeningstermijn dat “de inschrijver [...] door zijn offerte gebonden [blijft] gedurende een termijn van 120 kalenderdagen”, die aanvangt de dag na de datum van de opening van de offertes, die bepaald is op 29 maart 2002.
3. Blijkens het proces-verbaal van de opening van de offertes van 29 maart 2002 hebben drie ondernemingen een offerte ingediend, namelijk verzoekende partij, TotalFinaElf en Esso.
4. In de offerte van verzoekende partij wordt vermeld dat “deze offerte [...] geldig [blijft] tot (volledige datum) 07 juli 2002”. Verzoekende partij voorziet aldus in een gestanddoeningstermijn van 100 kalenderdagen.
5. Met een faxbericht van 2 april 2002 vraagt verwerende partij om “de geldigheid van [haar] offerte te verlengen tot 31 december 2002”.
6. Verzoekende partij antwoordt bij faxbericht van 4 april 2002 dat “de geldigheid van de offerte is als verzocht in het bestek”, “na gunning van de

order zal de prijsformule van toepassing zijn op alle leveringen t/m. 31 december 2002”.

7. Met een faxbericht van 5 april 2002 deelt verzoekende partij nog het volgende mee aan verwerende partij :

“Wij gaan akkoord met een verlenging van de geldigheidstermijn van de offerte tot december 2002. Dit onder voorwaarde dat, afhankelijk goedkeuring budget, de bestelling aan dezelfde leverancier als de 1ste bestelling gegund zal worden. Het volume van de 2de bestelling zal belopen 23.000 M3, met een optie op 5.000 M3, te leveren over de periode januari tot april 2003”.

8. Op 6 mei 2002 wordt een gunningsverslag opgemaakt. Wat betreft de offerte van verzoekende partij wordt het volgende opgemerkt :

“De gestanddoeningstermijn gegeven bij de opening van de offerte door de firma Shell (100 dagen), stemt niet overeen met de gevraagde gestanddoeningstermijn in § 7.e. van het bestek (120 kalenderdagen)”.

Vervolgens wordt vastgesteld dat “de firma TotalFinaElf [...] de enige conforme offerte [heeft] ingediend” en wordt voorgesteld om de opdracht “te gunnen aan de firma TotalFinaElf”.

9. Op 30 mei 2002 ondertekent de minister een bestelbrief gericht aan TotalFinaElf waarbij de eerste 30 percelen van 2.500 m³ reactiemotorenbrandstof Jet-A1 worden besteld. Dit is de bestreden beslissing.

10. De ondertekende brief wordt aan TotalFinaElf gezonden op 17 juni 2002.

11. Eveneens met een schrijven van 17 juni 2002 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht dat haar offerte “in toepassing van artikel 51 van het koninklijk besluit van 08 januari 1996” “als niet regelmatig beschouwd werd”.

12. Verzoekende partij vraagt bij brief van 25 juni 2002 naar “de motieven voor de verwerping”.

13. Met een schrijven van 9 juli 2002 wordt verzoekende partij een door de minister ondertekend exemplaar van het gunningsverslag bezorgd, voorzien van het opschrift “gemotiveerde beslissing”.

14. Op 17 juli 2002 stelt verzoekende partij bij de Raad van State een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing in.

Dit verzoek wordt verworpen bij arrest nr. 109.487 van 19 juli 2002.

Ontvankelijkheid van het beroep

15. Verwerende partij werpt de volgende exceptie op betreffende het belang van verzoekende partij bij het voorliggende annulatieberoep :

“[H]ij die een aanbesteding bestrijdt [moet] een regelmatige offerte of inschrijving voor de gegunde werken, leveringen of diensten hebben ingediend om een persoonlijk belang te hebben bij de nietigverklaring. In casu heeft de verzoekende partij een offerte ingediend die is aangetast door een substantiële onregelmatigheid. De offerte van de verzoekende partij voldoet immers niet aan de in het bestek voorgeschreven gestanddoeningstermijn, zodat die strijdig is met de bepalingen van artikel 110, §2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken”.

16. Zoals hierna zal blijken uit de beoordeling van de middelen betwist verzoekende partij in haar eerste drie middelen de stelling dat haar offerte substantieel onregelmatig is. De beoordeling van de exceptie valt dus samen met de beoordeling van de gegrondheid van die middelen. Indien geen van die middelen gegrond worden bevonden heeft verzoekende partij geen belang bij het annulatieberoep, behoudens in zoverre zij nog middelen zou aanvoeren die, indien ze gegrond zouden worden bevonden, ertoe leiden dat de opdracht aan geen enkele inschrijver mocht worden toegewezen.

Gegrondheid van het beroep

Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

17. In een eerste middel voert verzoekende partij de schending aan van de “artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, [...] van artikel 51 §1 KB van 8 januari 1996

betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken en [...] van het door het bestuur gewekte vertrouwen” en beroept zij zich op “de tegenstrijdigheid en onjuistheid van de ingeroepen motieven”,

“Doordat, het bestreden besluit nalaat afdoende aan te tonen waarom de offerte van beroepster niet werd weerhouden. De tegenpartij stelt in haar beslissing dat beroepster een niet conforme offerte heeft ingediend, doordat de gestanddoenings-termijn gegeven bij de opening van de offerte niet overeenstemt met de gevraagde gestanddoeningstermijn.

En doordat, artikel 51 §1 KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten bepaalt dat bij openbare aanbesteding... worden de inschrijvers... van wie de offerte als onregelmatig werd beschouwd..., door de aanbestedende overheid onverwijld van dit feit op de hoogte gebracht. De aanbestedende overheid deelt binnen een termijn van 15 dagen na ontvangst van het schriftelijk verzoek, mede:

...
2/ aan elke inschrijver van wie de offerte als niet regelmatig werd beschouwd, de motieven van de verwerping.

Terwijl, eerste onderdeel, deze artikelen vereisen dat bestuurshandelingen uitdrukkelijk en afdoende gemotiveerd zijn en dat de opgelegde motivering in de akte de juridische feitelijke overwegingen moet vermelden, die aan de beslissing ten grondslag liggen.

En terwijl, beroepster, zoals in de brief van 2 april gevraagd, deze termijn heeft verlengd, waardoor het moeilijk te begrijpen en te verdedigen valt waarom het bestreden besluit nu louter en alleen omwille van de oorspronkelijke termijn de offerte van beroepster niet conform heeft geacht en dus haar kandidatuur niet heeft weerhouden. Daarenboven werd - zoals uit de zitting naar aanleiding van het verzoek tot schorsing wegens uiterst dringende noodzakelijkheid is gebleken - ook aan de tegenpartij gevraagd om de termijn te verlengen. Het is duidelijk dat de motivering van de bestreden beslissing niet afdoende is, noch deze schraagt, zoals nochtans door de wet vereist en dat er een tegenstrijdigheid bestaat tussen de gegevens en de motivering.

En terwijl, de prijzen van beroepster de laagste zijn.

En terwijl tweede onderdeel, artikel 51 §1 KB van 8 januari 1996 vereist dat de motieven waarop de aanbestedende overheid zich baseert om de offerte als onregelmatig te beschouwen worden meegedeeld.

En terwijl, de aanbestedende overheid het motief opgeeft dat de gestanddoeningstermijn niet lang genoeg zou zijn.

En terwijl, deze termijn, op vraag van de aanbestedende overheid zelf, werd verlengd tot een periode die de termijn in het bestek (en die van Total Fina Elf) overschrijdt, waardoor moeilijk aanvaard kan worden dat dit de onregelmatigheid van de offerte met zich mee zou brengen.

En terwijl, dit de enige reden van de vermeende onregelmatigheid inhoudt”.

18. Verzoekende partij merkt in haar memorie van wederantwoord op dat de oorspronkelijke gestanddoeningstermijn op een materiële vergissing was gesteund en dat zij, door zich kandidaat te stellen, akkoord ging met de voorwaarden zoals opgelegd in het bestek, waaronder de gestanddoeningstermijn. Zij stelt dat op grond van artikel 111 van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996, verwerende partij de werkelijke bedoeling van de inschrijver diende na te gaan. Verzoekende partij werpt nog op dat zelfs de oorspronkelijke gestanddoeningstermijn, alhoewel korter dan deze bepaald in het bestek, voldoende was nu de opdracht op 17 juni 2002 werd gegund, terwijl haar initiële gestanddoeningstermijn tot 7 juli 2002 liep.

19. In haar laatste memorie handhaaft verzoekende partij de stelling dat haar oorspronkelijke gestanddoeningstermijn op een materiële vergissing berust en dat verwerende partij om verduidelijking van deze termijn had moeten vragen, vermits zij ook verduidelijking heeft gevraagd over een aantal andere elementen van de offerte van verzoekende partij. Zij betoogt dat verwerende partij de formele motiveringsplicht heeft geschonden omdat verzoekende partij nog steeds niet weet waarom verwerende partij geen verduidelijking van deze materiële vergissing heeft gevraagd en waarom verwerende partij heeft geoordeeld de onregelmatigheid van de vooropgestelde gestanddoeningstermijn te mogen invoeren, daar waar verwerende partij zelf deze termijn heeft verlengd. Verwerende partij zou tevens de materiële motiveringsplicht hebben geschonden aangezien het motief noch in rechte noch in feite de beslissing kan rechtvaardigen: verwerende partij had moeten motiveren waarom zij de gestanddoeningstermijn zoals initieel vastgelegd als substantieel beschouwde “daar waar zij enkele dagen na de opening van de inschrijving deze termijn al had gewijzigd”. Verzoekende partij wijst er hierbij op dat een afwijking van een essentiële besteksbepaling “niet altijd en automatisch als substantiële onregelmatigheid van de offerte wordt bestempeld, vandaar de absolute noodzaak tot motivering in hoofde van de overheid”. Ten slotte werpt verzoekende partij nog op dat verwerende partij te dezen het vertrouwensbeginsel heeft miskend doordat zij een fout heeft begaan door geen verduidelijking te vragen omtrent “de manifeste typefout betreffende de termijn”, dat verzoekende partij door deze vergissing een voordeel heeft gekregen, “zijnde het feit dat zij dacht dat haar offerte regelmatig was” en dat er geen gewichtige redenen voorhanden zijn om dit voordeel terug te vorderen.

Beoordeling

20.1. Vastgesteld dient te worden dat het bestek een gestanddoeningstermijn van 120 kalenderdagen voorschrijft aanvangend de dag na de datum van de opening der inschrijvingen (29 maart 2002) zodat de vereiste gestanddoeningstermijn loopt van 30 maart 2002 tot 27 juli 2002.

Aangezien de oorspronkelijk in haar offerte vermelde gestanddoeningstermijn (tot 7 juli 2002) niet conform de in het bestek bepaalde termijn van 120 kalenderdagen was, wordt de offerte van verzoekende partij geweerd.

Aan verzoekende partij wordt dan bij schrijven van 17 juni 2002 meegedeeld dat haar offerte als niet regelmatig werd beschouwd. In dit schrijven wordt vermeld dat, indien gewenst, de gemotiveerde toewijzingsbeslissing kan worden verkregen binnen een termijn van 15 dagen na ontvangst van het schriftelijk verzoek.

Verzoekende partij vraagt met een brief van 25 juni 2002 de motieven van de bestreden beslissing op, die haar worden toegezonden met een schrijven van 9 juli 2002, dit is binnen de termijn van 15 dagen bepaald in artikel 51, § 1, 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 gemotiveerde beslissing vermeldt uitdrukkelijk dat de offerte van verzoekende partij niet conform is en bevat de reden waarom.

Aldus is te dezen binnen de in het voornoemde artikel 51 bepaalde termijn het motief van de beslissing meegedeeld. Dit motief is ook uitdrukkelijk opgenomen in de bestreden beslissing en verzoekende partij kon, zoals blijkt uit de ingeroepen middelen, zich ter zake verweren zodat te dezen voldaan is aan de formele motiveringsplicht.

Voorts blijkt het motief op zich niet ondeugdelijk, nu verzoekende partij met een kortere gestanddoeningstermijn dan gevraagd, minder prijsrisico op zich nam dan inschrijvers die zich wel hielden aan de gevraagde termijn en deze termijn dus wel degelijk als een essentiële besteksbepaling zoals bedoeld in

artikel 110, § 2, van het voormeld besluit van 8 januari 1996 mocht worden beschouwd.

20.2. De stelling van verzoekende partij dat haar initiële gestanddoeningstermijn op een materiele vergissing berust, is laattijdig vermits verzoekende partij pas in de memorie van wederantwoord spreekt van een materiële vergissing. Haar stelling houdt in elk geval in dat minstens onduidelijk was of verzoekende partij zich in haar offerte wel verbond tot de in het bestek bepaalde gestanddoeningstermijn van 120 dagen. Verzoekende partij toont hierbij niet aan waarom het bestuur dit in het licht van de artikelen 89 en 110, § 2, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996, niet mocht beschouwen als een afwijking van een essentiële bepaling van het bestek. Het feit dat de opdracht werd toegewezen vóór 7 juli 2002, dus vóór het verlopen van de afwijkende initiële gestanddoeningstermijn, leidt daarbij niet tot een andere conclusie, nu dit geen afbreuk doet aan het feit dat de offerte van bij aanvang niet besteksconform was.

20.3. In de memorie van wederantwoord verwijst verzoekende partij nog naar artikel 111 van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996. Indien al kan worden aangenomen dat verzoekende partij aldus bedoelde de schending in te roepen van artikel 111, wat onvoldoende duidelijk is, betreft het hier in elk geval een nieuw en laattijdig middel want pas aangevoerd in de memorie van wederantwoord terwijl dit middel reeds kon worden aangebracht in het inleidend verzoekschrift.

20.4. Om zich ten slotte op een schending van het vertrouwensbeginsel te kunnen beroepen dient een verzoekende partij het bewijs leveren van een bestuursgedrag dat aanleiding heeft gegeven tot een rechtmatige verwachting. Te dezen kan bezwaarlijk uit de vraag van verwerende partij tot verlenging van de gestanddoeningstermijn worden afgeleid dat het bestuur de onregelmatigheid van de in de offerte vermelde gestanddoeningstermijn niet meer zou inroepen, wat te dezen vereist is wil het vertrouwensbeginsel geschonden kunnen worden geacht.

Het eerste middel is in zijn geheel niet gegrond.

Tweede middel

Standpunt van de partijen

21. Verzoekende partij steunt een tweede middel op de schending van “de beginselen van behoorlijk bestuur en van het rechtmatig vertrouwen”,

“Doordat de offerte van beroepster onregelmatig zou zijn omwille van een te korte gestanddoeningstermijn.

Terwijl, tegenpartij, door de vraag te stellen om deze termijn te verlengen en doordat beroepster dit heeft gedaan, de indruk heeft gewekt dat de offerte van beroepster in aanmerking zou worden genomen bij de gunning van de opdracht.

En terwijl, dit ook aan Total Fina Elf werd gevraagd.

En terwijl, hierdoor de oorspronkelijke gestanddoeningstermijn geen enkele relevantie meer heeft, temeer doordat de opdracht reeds was gegund vóór het verstrijken van deze - zogezegde te korte - oorspronkelijke termijn.

En terwijl, deze gestanddoeningstermijn de vergelijkbaarheid van de offertes niet in het gedrang brengt, waardoor deze niet geweigerd diende te worden.

En terwijl, beroepster tot haar ontstentenis heeft moeten vaststellen dat deze gestanddoeningstermijn de enige reden was, waardoor haar offerte niet werd weerhouden”.

Beoordeling

22. Het tweede middel is gesteund op de schending van “de beginselen van behoorlijk bestuur en van het rechtmatig vertrouwen”. Uit deze verwoording van het middel wordt enkel afgeleid dat de schending van het vertrouwensbeginsel wordt aangevoerd. Hierbij dient te worden vastgesteld dat het tweede middel aldus begrepen, samenvalt met een deel van het reeds ongegrond bevonden eerste middel en dus niet gegrond is.

In de mate dat verzoekende partij in de memorie van wederantwoord nog stelt dat men de gestanddoeningstermijn niet als een substantiële vormvereiste kan beschouwen die niet kan worden gewijzigd terwijl toch de kandidaten wordt gevraagd deze te veranderen zonder een nieuwe procedure te beginnen, is deze stelling, indien bedoeld als middel, onontvankelijk want onduidelijk en in elk geval laattijdig aangebracht.

In de mate dat verzoekende partij in die memorie voorts nog betoogt dat, alvorens een offerte als onregelmatig te weren, zij diende te worden uitgenodigd om de nodige verantwoording te geven, beroept verzoekende partij zich op de miskennen van de hoorplicht, wat een nieuw middel is dat reeds in het inleidend verzoekschrift had kunnen worden aangebracht en bijgevolg onontvankelijk is.

Het middel wordt niet aanvaard.

Derde middel

23. In een derde middel voert verzoekende partij de schending aan van “artikel 15, eerste lid van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en van de beginselen van behoorlijk bestuur en van het zuinigheidsbeginsel”.

“Doordat, dit artikel oplegt dat in geval van de procedure van aanbesteding de opdracht moet worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

En doordat uit punt 4 van het bestek blijkt dat de gunning gebeurt bij wijze van een openbare aanbesteding.

Terwijl, de prijs van beroepster de laagste was van alle inschrijvers. De prijs van de eerste 30 percelen komt op € 12.811.500,00, terwijl Total Fina Elf € 13.038.750,00 aanrekent.

En terwijl, de zogezegde onregelmatigheid van de offerte van beroepster niet kan worden hard gemaakt, doordat verweerder bij brief van 2 april 2002 zelf heeft gevraagd om de gestanddoeningstermijn (de reden van de onregelmatigheid) te verlengen, wat dan ook is gebeurd, zoals blijkt uit de faxen van 4 en 5 april 2002.

En terwijl, beroepster tot haar ontstentenis heeft moeten vaststellen dat dit de enige reden is, waarom haar offerte niet werd weerhouden.

En terwijl, dit vanwege de overheid niet getuigt van behoorlijk bestuur en van zuinigheid, door de opdracht te gunnen aan een duurder kandidaat.

En terwijl, het neerkomt op een blaam de beste inschrijving te doen en niet te mogen leveren”.

24. Verzoekende partij toont niet aan dat haar offerte ten onrechte als onregelmatig werd beschouwd. Bijgevolg mocht, wat ook de inhoud mag wezen van het door verzoekende partij geschonden geachte “zuinigheidsbeginsel”, krachtens

artikel 15 van de wet van 24 december 1993, de opdracht niet aan verzoekende partij worden toegewezen, nu zij geen regelmatige offerte heeft ingediend.

Het middel is niet gegrond.

Vierde middel

25. Verzoekende partij put een vierde middel uit “de tegenstrijdigheid in de bestreden beslissing zelf”.

“Doordat, volgens punt 4 van de bestreden beslissing, dat over de gegunde hoeveelheid handelt, zegt dat ‘... aangezien ieder perceel aanzien wordt als een offerte (zie bestek t§7 a. (1) (a)), betreft het hier de gunning van de eerste 30 percelen van 2.500 m³. Later zullen de overige percelen waarvoor een offerte werd ingediend, en welke geldig zijn tot en met 31 december 2002, gegund worden in functie van de behoeften en het ter beschikking gestelde budget’.

Terwijl, onder punt 6 van de bestreden beslissing de opdracht aan Total Fina Elf gegund wordt ‘voor de ganse hoeveelheid van 98.000 m³ met een optie van 5.000 m³’. Hierdoor verliest beroepster ook de gunning van het ander deel van de opdracht”.

26. Nu de hiervoor besproken middelen geen aanleiding gaven om de onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partij onrechtmatig te bevinden, heeft zij als onregelmatige inschrijver geen belang meer bij het vierde middel, waarin niet wordt aangevoerd dat de opdracht aan geen enkele inschrijver mocht worden toegewezen.

Het middel is niet ontvankelijk.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op 18 mei 2010, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.