

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 203.753 van 6 mei 2010
in de zaak A. 196.096/XII-6162**

In zake: de BV ZWARTWOUD
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bruno De Vuyst
kantoor houdend te 1150 Brussel
Tervurenlaan 270
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NATIONALE LOTERIJ
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche en Stefan Jochems
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 30 maart 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het directiecomité van de Nationale Loterij van 10 maart 2010 om de offerte van de bv Zwartwoud voor de “algemene wedstrijdofferteaanvraag voor leveringen - 2009/24 - Meubel POS” substantieel onregelmatig te verklaren en uit te sluiten van het verdere verloop van de gunningsprocedure.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 29 april 2010, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bruno De Vuyst, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Frederik Vandendriessche en Stefan Jochems, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor leveringen uit met als voorwerp het “opmaken van een ontwerp en productie van een toogmeubel dat dient om het volledige gamma krasbiljetten aan de klant voor te stellen en van een Loterij-speelhoek dat dient om het selecteren en invullen van de online-spelformulieren en het ophangen van de resultaatsaffiches”. Deze opdracht wordt beheerst door het bestek OPERATIONS/RM/KH/DR/2009/24 en heeft een geraamde waarde van 1.225.000 euro, btw niet inbegrepen.

Het bestek omschrijft de gekozen gunningswijze als “de algemene wedstrijdofferteaanvraag voor leveringen met Europese bekendmaking”.

3.2. De opdracht wordt op 23 oktober 2009 bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Op 27 oktober 2009 wordt het bestek meegedeeld aan verzoekende partij, op haar vraag. Na een toelichtingsvergadering op 16 november 2009 wordt op 18 november 2009 aan de verschillende geïnteresseerden, waaronder verzoekende partij, die een aantal vragen stelde, aanvullende informatie meegedeeld waaronder de finale versie van de vragen en antwoorden en een aanpassing van het bestek. Verzoekende partij stelt daarna nog enkele vragen.

3.4. De offertes worden op 8 januari 2010 geopend. Veertien ondernemingen dienen een offerte in, waaronder verzoekende partij. Op de eerste

bladzijde van haar offerte staat rechts onderaan de zin “Op al onze leveringen zijn de FME-CWM verkoop- en leveringsvoorwaarden van toepassing”.

3.5. In een e-mail van 29 januari 2010 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat de regelmatigheid van haar offerte wordt onderzocht. Na de vaststelling dat “op eerste blad van uw offerte, op uw standaard briefpapier volgende zin geschreven is : ‘Op al onze leveringen zijn de FME-CMW verkoop- en leveringsvoorwaarden van toepassing’. De voorwaarden zijn bij uw offerte niet bijgevoegd”, vraagt verwerende partij of “[zij] daarmee [moet] aannemen dat deze verkoop- en leveringsvoorwaarden niet deel uitmaken van uw offerte, en dus niet van toepassing zijn, en dat die zin opgedrukt op uw standaard briefpapier een vergissing is ?”.

3.6. In een e-mail van 1 februari 2010 antwoordt verzoekende partij: “In reactie op uw bericht van afgelopen vrijdag zenden wij bijgaand de FME-CWM verkoop- en leveringsvoorwaarden welke onderdeel zijn van onze offerte. Wij zijn bereid in eventueel nader overleg andere voorwaarden te hanteren”.

3.7. Een tussentijds evaluatierapport wordt opgesteld. Onder het opschrift “selectiefase” wordt geoordeeld dat alle inschrijvers beantwoorden aan “de financiële en technische eisen”. In het kader van het daarna volgende “regelmatigheidsonderzoek” wordt de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig geacht. Wat de offerte van verzoekende partij betreft bevat dit verslag de volgende motivering :

“Op recto van 1^{ste} blad briefpapier van de offerte staat vermeld : ‘Op al onze leveringen zijn de FME-CWM verkoop- en leveringsvoorwaarden van toepassing’.

Die voorwaarden zijn bij de offerte niet bijgevoegd. Ten gevolge werd aan Zwartwoud bijkomende informatie gevraagd :

[...]

Ontvangen antwoord van Zwartwoud :

[...]

De offerte van Zwartwoud is substantieel onregelmatig omwille van

- de weigering een bindend aanbod te doen;
‘Elke van de opdrachtnemer uitgegane aanbieding is vrijblijvend.’

- het vermelden van een prijsherzieningsclausule die niet is toegestaan door het bestek;

‘Indien na de datum van de totstandkoming van de overeenkomst één of meer van de kostprijsfactoren een verhoging ondergaan - ook al geschiedt dit ingevolge voorzienbare omstandigheden - is de opdrachtnemer gerechtigd de overeengekomen prijs dienovereenkomstig te verhogen.’

-het eisen van voorschotten;

‘Indien niet anders is overeengekomen zal de betaling van de prijs geschieden in 2 termijnen : 1/3 (één derde) uiterlijk binnen 7 dagen na de totstandkoming van de overeenkomst); 2/3 (twee derde) uiterlijk 14 dagen na levering.’

- het uitdrukkelijk niet akkoord gaan met de Belgische wetgeving als toepasselijk recht;

‘Op alle overeenkomsten waarop deze voorwaarden geheel of gedeeltelijk van toepassing zijn, is toepasselijk het Nederlands recht geldend voor het Koninkrijk in Europa.’

Dergelijke voorbehouden, afwijkingen en/of weigeringen t.a.v. het bestek maken dat deze offertes niet ernstig beoordeeld en vergeleken kunnen worden met de andere offertes”.

3.8. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief van 18 maart 2010 deelt verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat werd vastgesteld dat haar offerte onregelmatig is en bijgevolg dient te worden geweigerd. De “gemotiveerde beslissing van de selectiefase zoals goedgekeurd door het directiecomité in zitting van 10 maart 2010” wordt bijgevoegd. “Op grond van artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten”, wordt een wachttermijn van 15 kalenderdagen toegekend om eventueel beroep aan te tekenen bij een rechtscollège, wat uitsluitend mag gebeuren in het kader van, al naar het geval, een procedure in kort geding voor de justitiële rechter of, voor de Raad van State, via een uiterst dringende rechtspleging.

Vervolgens dient de verzoekende partij op 30 maart 2010 een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van State.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4. 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.

V. Beoordeling van de tweede schorsingsvoorwaarde

Uiteenzetting van het middel

5. Wat de tweede voorwaarde betreft, luidt de brief die het verzoekschrift vormt als volgt:

“Betreft: verzoekschrift tot schorsing via uiterst dringende rechtspleging tegen uitslag wedstrijdofferteaanvraag Nationale Loterij dd.18 maart 2010.

Hooggeachte Eerste Voorzitter,

Dit beroep betreft een wedstrijdofferte uitgeschreven door de Nationale Loterij [Bulletin der Aanbestedingen van 22 oktober 2009, nummer 20516] leveringen 2009.24 —Meubel POS. Op ons verzoek ontvangen wij een offerteaanvraag per mail op 27 oktober 2009 (zie bijlage 1).

Op 23 maart jl. ontvingen wij per aangetekende brief van de Nationale Loterij het resultaat van de selectiefase betreffende de Algemene wedstrijdofferteaanvraag voor leveringen 2009.24— Meubel POS. (zie bijlage 3). In deze brief wordt vastgesteld dat onze offerte d.d. 6 januari 2010 (zie bijlage 2) substantieel onregelmatig is, waardoor onze offerte geweigerd dient te worden. Middels dit verzoekschrift tekenen wij schorsingsberoep aan via een uiterst dringende rechtspleging tegen deze beslissing, zoals vereist in de brief vanwege de Nationale Loterij d.d. 23 maart 2010 die klaarblijkelijk geen acht wenst te slaan de wijze waarop de Raad van State haar werk wenst te organiseren.

In het Tussentijds evaluatierapport Bijlage : 70-01 (zie bijlage 3, pag. 8/12) wordt gesteld dat onze offerte substantieel onregelmatig is als gevolg van ‘voorbehouden, afwijkingen en/of weigeringen t.a.v. het bestek’. Daardoor kon onze offerte niet ernstig beoordeeld en vergeleken worden met de andere offertes.

De Nationale Loterij doelt hierbij op het feit dat op al onze leveringen de FME-CWM verkoop- en leveringsvoorwaarden (zie bijlage 5) van toepassing zijn. Deze voorwaarden waren in eerste instantie niet door ons meegezonden en zijn op verzoek van de Nationale Loterij alsnog toegezonden op 1 februari jl. (zie bijlage 4). Wij hebben daarbij uitdrukkelijk verklaard dat wij bereid waren in eventueel nader overleg andere voorwaarden te hanteren. Van de Nationale Loterij hebben wij niet vernomen dat wij uitdrukkelijk moesten instemmen met zekere contractuele, administratieve of wettelijke bepalingen om te voorkomen dat de offerte substantieel onregelmatig zou worden verklaard.

Voorts staat in de ‘regelgeving aangaande de opdracht’ (zie bijlage 1, pagina 1/13) het navolgende vermeld onder punt IV: ‘Elk voorbehoud of het afwijzen van een van de contractuele, administratieve of wettelijke bepalingen, of elke weigering om een van die bepalingen toe te passen, kan (eigen onderlijning) de onregelmatigheid van de offerte met zich meebrengen’.

Wij zouden ons geconformeerd hebben aan de regelgeving aangaande de opdracht indien en voor zover Nationale Loterij ons tijdig op de hoogte zou hebben gesteld van het feit dat onze offerte bij een zogezegd voorbehoud, door het van toepassing verklaren van in de handel gebruikelijke verkoop- en leveringsvoorwaarden onregelmatig zou worden verklaard.

Het bepalen van in de handel gebruikelijke verkoop- en leveringsvoorwaarden maakt echter geen voorbehoud uit.

De beslissing van de Nationale Loterij werd daardoor reeds door willekeur aangetast. Voorts werd zij daardoor niet op voldoende wijze gemotiveerd.

Gegeven ons verzoekschrift via een uiterst dringende rechtspleging stellen wij daarenboven het volgende:

- De Nationale Loterij stelt in haar brief dd. 18 maart 2010 dat ‘Indien de Dienst Aankoop en Contractsmanagement binnen een termijn van vijftien kalenderdagen geen schriftelijke kennisgeving’ ontvangt van een beroep tot schorsing zij de procedure zal verder zetten; dit maakt een moeilijk te herstellen ernstig nadeel uit doordat de verzoekster bij een gewone schorsing/vernietiging daarmee nooit meer de voordelen van de transactie zal kunnen bereiken; integendeel, het is zeer mogelijk dat bij een zulke behandeling een overeenkomst reeds zal gesloten zijn.
- Er zijn ernstige redenen die een uiteindelijke nietigverklaring ondersteunen: er is zoals aangehaald willekeur en een gebrek aan communicatie die zulks aangeeft alsook de motivatie van de afwijzing aantast.

Wij zijn dan ook van mening dat onze offerte ten onrechte als onregelmatig is gekwalificeerd en vragen dan ook de schorsing van de beslissing bij uiterst dringende rechtspleging, wat ons zal toelaten om een schorsings-/vernietigingsbeslissing voor de Raad uit te lokken”.

6. Uit dit verzoekschrift kan, wat betreft de vereiste ernstige middelen, in de huidige stand van het geding worden afgeleid dat verzoekende partij in essentie aanvoert dat verwerende partij ten onrechte oordeelde dat haar offerte een voorbehoud bevat. Dit kan in verband worden gebracht met de motiveringsplicht waarnaar wordt verwezen, namelijk de materiële motiveringsplicht. In het middel betwist zij immers in essentie de juistheid van het ingeroepen motief.

Beoordeling

7. 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, bepaalt :

“Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”.

8. Een voorbehoud impliceert dat er in feite en in rechte aanvaardbare gegevens voorhanden zijn die het aannemelijk maken dat de inschrijver aan zijn inschrijving een voorwaarde heeft verbonden die geen steun vindt in het bestek en de regelgeving inzake overheidsopdrachten.

9. Te dezen wordt vastgesteld dat verzoekende partij op de rectozijde van de eerste bladzijde van haar offerte onderaan, in wat een standaardformule lijkt, vermeldt: “Op al onze leveringen zijn de FME-CWM verkoop- en leveringsvoorwaarden van toepassing”.

In het voormelde antwoord van 1 februari 2010 op de vraag van verwerende partij van 29 januari 2010, stelt verzoekende partij : “Wij zijn bereid in eventueel nader overleg andere voorwaarden te hanteren”.

10. Hieruit blijkt dat verzoekende partij zelf bij het indienen van de offerte en nog bij het beantwoorden van de vraag naar de betekenis van de verwijzing naar die FME-CMW voorwaarden, deze voorwaarden beschouwde als een deel van haar offerte en dus ook de voorwaarden daarvan waarnaar de bestreden beslissing verwijst.

Artikel I.1 van die FME-CMW voorwaarden, waarnaar de bestreden beslissing weliswaar niet uitdrukkelijk verwijst, bepaalt trouwens: “wanneer deze Algemene Leveringsvoorwaarden deel uitmaken van aanbiedingen tot en overeenkomsten inzake het verrichten van leveringen en/of diensten door de opdrachtnemer, zijn alle bepalingen van deze voorwaarden tussen partijen van kracht, voor zover niet door beiden hiervan uitdrukkelijk en schriftelijk is

afgeweken. Een verwijzing door de opdrachtgever naar eigen inkoop-, aanbestedings- of andere voorwaarden wordt door de opdrachtnemer niet aanvaard”.

Verwerende partij lijkt dan ook terecht te hebben gemeend dat deze voorwaarden deel uitmaken van de offerte van verzoekende partij.

11. In haar verzoekschrift betwist verzoekende partij niet dat deze voorwaarden afwijken van de krachtens het bestek op de opdracht toepasselijke regelgeving. Zij benadrukt wel dat zij bereid was in overleg andere voorwaarden te hanteren, dat zij nooit vernomen heeft dat zij uitdrukkelijk moest instemmen met zekere contractuele, administratieve of wettelijke bepalingen om te voorkomen dat haar offerte substantieel onregelmatig zou worden verklaard en dat zij zich geconformeerd zou hebben aan de regelgeving inzake de opdracht indien verwerende partij haar tijdig had meegedeeld dat haar offerte, bij een zogezegd voorbehoud, door het van toepassing verklaren van de in de handel gebruikelijke verkoop- en leveringsvoorwaarden onregelmatig zou worden verklaard.

Verzoekende partij lijkt er hier aan voorbij te gaan dat de opdracht wordt toegewezen met wat het bestek een algemene wedstrijdofferteaanvraag noemt. Dit is geen onderhandelingsprocedure en veronderstelt dan ook dat de offerte een bindend voorstel bevat dat wordt beoordeeld. Door het indienen van de offerte diende verzoekende partij te weten dat dit een bindend voorstel moest bevatten om de opdracht uit te voeren overeenkomstig de regelgeving ter zake opgenomen in het bestek, dat de regelmatigheid ervan onderzocht zou worden en dat haar offerte dan ook onregelmatig kon worden verklaard wegens een voorbehoud of afwijkingen van het bestek. Dit volgt niet alleen uit de toepasselijke regelgeving maar is ook bevestigd in het bestek, in het punt “IV. Regelgeving aangaande de opdracht”:

“De inschrijver moet zich schikken naar de contractuele en administratieve bepalingen van onderhavig bestek alsook naar de bepalingen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en haar uitvoeringsbesluiten houdende vaststelling van de algemene uitvoerings- en aannemingsvoorwaarden van de overheidsopdrachten van werken, leveringen en diensten, alsook elke andere wettelijke bepaling die hieraan wijzigingen aanbrengt.

Deze bepalingen regelen de uitvoering van de opdracht met uitsluiting van elke andere clause, in het bijzonder de ‘algemene’ of ‘bijzondere voorwaarden’ die door de inschrijver zouden worden vastgesteld.

Elk voorbehoud of het afwijzen van één van de contractuele, administratieve of wettelijke bepalingen, of elke weigering om een van die bepalingen toe te passen, kan de onregelmatigheid van de offerte met zich brengen”.

en onder punt “V. Detaillering van de inhoud van de offerte”:

“Het moet duidelijk zijn dat de inschrijver akkoord gaat met de besteksvoorwaarden, wat zijn inhoudelijk aanbod is en voor welke prijs hij zijn offerte wil uitvoeren.

De inschrijver zal zijn concreet aanbod beschrijven, al dan niet aangevuld met een gevarieerde en adequate documentatie.

De inschrijver kan zich niet beroepen op mogelijke vormgebreken, fouten of leemten in zijn offerte.”

Daargelaten de vaststelling dat eventuele onwetendheid ter zake geen verantwoording lijkt te kunnen vormen, lijkt verzoekende partij niet redelijkerwijze te kunnen aanvoeren van deze eisen niet op de hoogte te zijn of te moeten zijn. Zij verwijst in het verzoekschrift trouwens zelf naar dit punt IV van het bestek.

Verzoekende partij heeft desalniettemin een offerte ingediend met verwijzing naar eigen afwijkende voorwaarden, volgens dewelke de aanbidding zelfs vrijblijvend is, en bevestigde dat deze deel uitmaken van haar offerte.

12. Gelet op het voorgaande stond niet vast dat verzoekende partij door het indienen van de offerte instemde met de voorwaarden van het bestek en zich ertoe verbond de opdracht overeenkomstig die regels uit te voeren. Integendeel week zij in haar offerte, door het daarin opnemen van eigen algemene voorwaarden, af van de bestekvoorwaarden en de toepasselijke regelgevingen.

In de eerste plaats is haar aanbidding blijkens het in de bestreden beslissing en het bijhorende evaluatieverslag geciteerde artikel II.1 van de FME-CWM voorwaarden (“elke van de opdrachtnemer uitgegane aanbidding is vrijblijvend”) een vrijblijvend en dus niet bindend voorstel -zoals nochtans vereist- hetgeen inhoudt dat verzoekende partij haar voorstel naar goeddunken zou kunnen wijzigen ook wat betreft substantiële bestekbepalingen zoals prijs, termijnen en technische specificaties.

Met artikel IV.2 van de FME-CWM voorwaarden (“indien na de datum van de totstandkoming van de overeenkomst één of meer van de

kostprijsfactoren een verhoging ondergaan - ook al geschied dit ingevolge voorzienbare omstandigheden - is de opdrachtnemer gerechtigd de overeengekomen prijs dienovereenkomstig te verhogen”) wordt voorts afgeweken van punt XII van het bestek, dat een prijsherziening uitdrukkelijk uitsluit, behoudens dwingende wettelijke bepalingen (“noch tijdens de gestandhoudingstermijn, noch tijdens de uitvoering van de opdracht, mag een prijsherziening worden toegepast, zelfs niet om economische of sociale redenen behoudens dwingende wettelijke bepalingen).

Artikel X.1 van de FME-CWM voorwaarden (“indien niet anders is overeengekomen zal de betaling van de prijs geschieden in 2 termijnen : 1/3 (één derde) uiterlijk binnen 7 dagen na de totstandkoming van de overeenkomst); 2/3 (twee derde) uiterlijk 14 dagen na levering” houdt een gedeeltelijke betaling in vóór de levering en wijkt aldus op zijn beurt af van het bepaalde in punt XIV “Facturatie” van het bestek dat in fine bepaalt : “Er worden geen voorschotten betaald. Het eisen van voorschotten leidt tot nietigheid van de offerte”. Dit geldt trouwens ook voor de in dat artikel X.1 opgenomen betalingstermijn na levering.

Deze afwijkingen van het bestek betreffen de prijs van de opdracht en lijken dan ook terecht als substantiële onregelmatigheden te kunnen worden beschouwd.

Ten slotte wordt in artikel XVI van de FME-CWM voorwaarden (“op alle overeenkomsten waarop deze voorwaarden geheel of gedeeltelijk van toepassing zijn, is toepasselijk het Nederlands recht geldend voor het Koninkrijk in Europa”) afgeweken van de Belgische wetgeving als toepasselijk recht zoals vermeld in punt IV van het bestek en aldus lijkt niet vast te staan dat verzoekende partij de voorwaarden en beperkingen die uit de Belgische regelgeving voortvloeien aanvaardt en wordt haar offerte onvergelijkbaar met deze van de inschrijvers die dit wel deden.

Verwerende partij, die in de bestreden beslissing en in het bijhorende evaluatieverslag naar deze elementen verwijst, mocht dan ook oordelen dat “deze voorbehouden, afwijkingen en/of weigeringen t.a.v. het bestek” de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig maken, nu dit de ernstige beoordeling en vergelijking met andere offertes belet en doet twijfelen aan het bindend karakter van de offerte.

De grief dat er geen voorbehoud is en dat de bestreden beslissing niet steunt op een draagkrachtig motief lijkt aldus niet aangetoond.

13. Om de eerder uiteengezette redenen staat ook niet vast dat verzoekende partij de uitsluiting van haar voorwaarden door het bestek aanvaardde, in de offerte of in haar voormelde antwoord van 1 februari 2010, gelet op het reeds geciteerde artikel I.1 van die FME-CMW voorwaarden.

14. Verzoekende partij lijkt met de vaststellingen dat zij verklaarde in overleg bereid te zijn andere voorwaarden te aanvaarden, dat zij nooit vernomen heeft dat zij uitdrukkelijk moest instemmen met zekere contractuele, administratieve of wettelijke bepalingen om te voorkomen dat haar offerte substantieel onregelmatig zou worden verklaard en dat zij zich geconformeerd zou hebben aan de regelgeving inzake de opdracht indien verwerende partij haar tijdig had meegedeeld dat haar offerte, bij een zogezegd voorbehoud, door het van toepassing verklaren van de in de handel gebruikelijke verkoop- en leveringsvoorwaarden onregelmatig zou worden verklaard, aanstoot te nemen aan het feit dat zij niet de kans kreeg dit euvel recht te zetten. Zij toont daarbij evenwel niet aan welke rechtsregel of welk rechtsbeginsel verwerende partij toestond, laat staan verplichtte, met haar contact op te nemen om dit euvel recht te zetten - nog daargelaten de vraag of deze grief, zeker in een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, voldoende duidelijk werd opgeworpen. Zoals reeds opgemerkt is de “wedstrijdofferteaanvraag” geen onderhandelingsprocedure en bepaalt de overheidsopdrachtenreglementering in welke gevallen een aanbestedende overheid in een offerteaanvraag in contact kan -en soms moet- treden met een inschrijver; deze beperking van het contact met de inschrijvers dient de gelijke behandeling van de inschrijvers en de objectieve vergelijking van de offertes. Artikel 115, zesde lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt aldus dat “de aanbestedende overheid slechts in contact [treedt] met de inschrijvers indien zij de inhoud van hun offerte moeten preciseren of aanvullen”. Verwerende partij lijkt dit te hebben gedaan met de vraag of de FME-CWM voorwaarden wel in de offerte begrepen zijn nu ernaar wordt verwezen maar deze niet waren bijgevoegd. Deze bepaling lijkt echter niet toe te laten dat een inschrijver zijn offerte wijzigt door af te zien van een voorbehoud of van eigen voorwaarden die werden opgenomen in een offerte en alsnog in te stemmen met andere voorwaarden.

15. In de mate verzoekende partij meent dat de bestreden beslissing door willekeur is aangetast, wordt zulks niet afzonderlijk toegelicht. Er dient dan ook te worden aangenomen dat het verbod van willekeur door haar geschonden wordt geacht om de voornoemde redenen. Deze lijken vooreerst vreemd aan de ingeroepen rechtsregel. Minstens is dit onderdeel niet ernstig om dezelfde redenen als de ingeroepen schending van de motiveringsplicht.

Indien de bestreden beslissing nog om andere redenen willekeurig wordt geacht, is dit middelonderdeel onontvankelijk nu niet wordt verduidelijkt waaruit die willekeur bestaat, meer bepaald hoe verzoekende partij ongelijk werd behandeld ten opzichte van andere inschrijvers. Integendeel blijkt uit het tussentijds evaluatierapport dat aan de bestreden beslissing ten grondslag ligt, dat twee andere inschrijvers die eveneens verwezen naar eigen afwijkende voorwaarden eveneens werden uitgesloten.

16. Nu het enig middel, zoals het uit het verzoekschrift kan worden afgeleid, in zijn geheel niet ernstig is bevonden, is meteen niet voldaan aan één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die cumulatief moeten zijn vervuld wil een vordering tot schorsing worden toegewezen. Deze vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

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 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 6 mei 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest