

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 120.108 van 3 juni 2003
in de zaak A. 96.023/XII-2780.**

In zake : de CVBA BOEKHANDEL FORUM,
die woonplaats kiest bij
advocaten E. Van Daele en M. Hermans,
kantoor houdende te Mechelen,
Frans Halsvest 33, bus 1

tegen :

de GEMEENTE ZEMST.

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 CVBA Boekhandel Forum op 25 september 2000 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Zemst van 24.7.2000 [...] en waarbij zij ten onrechte niet weerhouden werd bij de gunning voor het leveren van boeken aan de Plaatselijke Openbare Bibliotheek Zemst”;

Gelet op het arrest nr. 93.103 van 6 februari 2001 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit wordt verworpen;

Gezien het verzoek tot voortzetting van de procedure van de verzoekende partij;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 1 oktober 2002 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 13 februari 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 25 maart 2003;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat M. Hermans, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat Chr. Coen, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

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

1. Over de gegevens van de zaak.

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

1.1. In het kader van een onderhandelingsprocedure voor de levering van boeken voor de Plaatselijke Openbare Bibliotheek wordt gesteund op het bijzondere bestek 2000/31 dat de opdracht verdeelt in drie loten :

- “Lot 1. Hoofdzakelijk jeugdboeken en romans voor een bedrag van 455.000 BEF.
- Lot 2. Hoofdzakelijk literaire werken en populair wetenschappelijke boeken voor een bedrag van 500.000 BEF.
- Lot 3. Hoofdzakelijk wetenschappelijke werken en leeszaalwerken voor een bedrag van 500.000 BEF”;

Dat bestek bepaalt tevens hetgeen volgt :

“de verschillende loten zullen toegewezen worden op basis van volgende gunningcriteria :

1. leveren van zichtzendingen of mogelijkheid tot inkijken van nieuwe werken die representatief zijn voor de Nederlandstalige boekproductie 15ptn
2. specialisatie inzake de inhoud lot 30 ptn
3. bijkomende servicevoorwaarden die worden gegarandeerd bij mogelijke toewijzing van de opdracht 15 ptn
4. toegekende korting 30 ptn
5. opvolging van de bestellingen zowel wat de levering als beschikbaarheidsinformatie betreft met inbegrip van de geleverde inspanningen om moeilijk te verkrijgen werken te bezorgen 10 ptn

De inschrijver dient de nodige gegevens met zijn inschrijving te bezorgen om de gunningcriteria te kunnen nagaan.

Voor criterium nr. 5 bezorgt de inschrijver een referentielijst van recente leveringen aan bibliotheken en andere”;

1.2. Vier offertes worden ingediend, waaronder die van de verzoekende partij.

1.3. De bibliothecaris maakt op 10 juli 2000 een verslag op : daaruit blijkt dat de verwerende partij in het verleden met alle vier de inschrijvers gewerkt heeft. Bij “gunningscriteria” wordt gesteld : “Voor het toekennen van de punten wordt de volgende regel toegepast : de eerste krijgt het maximum, vervolgens gaat er telkens 10% af. Bij ex aequo worden de punten opgeteld en gedeeld door 2”.

Voor lot 1 komt de verzoekende partij op de derde plaats en voor de loten 2 en 3 op de vierde.

1.4. Het college beslist op 24 juli 2000 met de bestreden beslissing de opdracht toe te wijzen, onder verwijzing naar het verslag van de bibliothecaris : lot 1 aan Standaard Boekhandel, lot 2 aan De Plukvogel en lot 3 aan Boekhandel Salvator.

1.5. Met een brief van 27 juli 2000 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mede dat haar inschrijving niet in aanmerking kon worden genomen.

1.6. Op vraag van de verzoekende partij bezorgt de verwerende partij met een brief van 1 september 2000 aan de verzoekende partij de voornoemde collegebeslissing en het advies van de bibliothecaris;

2. Over het voorwerp van het beroep.

Overwegende dat het verzoekschrift kan worden gelezen als strekkende tot nietigverklaring zowel van de weigering om de loten van de in het geding zijnde opdracht aan de verzoekende partij toe te wijzen als van de beslissing om ze aan andere inschrijvers toe te wijzen; dat in het auditorsverslag de vordering enkel ontvankelijk wordt geacht inzoverre zij de toewijzingsbeslissing betreft; dat de verzoekende partij geen laatste memorie heeft ingediend en evenmin ter terechtzitting dit standpunt heeft besproken, laat staan weerlegd, maar integendeel “naar het

verslag” heeft verwezen; dat aldus moet worden aangenomen dat de verzoekende partij enkel de voornoemde toewijzingsbeslissing als voorwerp van haar vordering beschouwt;

3. Over de gegrondheid van het beroep.

3.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede onderdeel van een eerste middel betoogt dat het verslag van de bibliothecaris waarop de bestreden beslissing steunt, niet deugdelijk is gemotiveerd; dat zij daartoe een aantal concrete bezwaren aanvoert tegen de evaluatie en wel als volgt :

“A. De criteria 1, 3 en 5 werden voor alle loten tegelijk beoordeeld en deze treffen de volgende opmerkingen.

Criteria 1.

Betreffende de weerhouden gegevens (feiten) werd ten onrechte door de bibliothecaris gesteld dat verzoekster (Forum) geen mogelijkheid tot het inkijken van nieuwe werken biedt en dat de zichtzendingen niet representatief zijn en de nieuwe boeken in de winkel niet afzonderlijk staan :

Vooreerst dient opgemerkt dat sedert de drie laatste jaren dat verzoekster opdrachten kreeg de afspraak gold dat de bibliothecaris de winkel kon bezoeken om nieuwe boeken in te kijken.

Waar dat volgens het bijzondere bestek 2000/31 (zie stuk nr. 1) bij de gunningscriteria (nr. 7) gevraagd werd om zichtzendingen of de mogelijkheid tot het inkijken van nieuwe werken bood verzoekster behoudens het feit dat er reeds het gebruik van het winkelbezoek bestond en verzoekster uitdrukkelijk in haar offerte stelde dat de boekhandel steeds toegankelijk is voor aankoopbezoeken (zie brief bij inschrijving van 23.5.2000 stuk nr. 3 p. 2) ook de mogelijkheid van zichtzendingen aan :

'... Mogelijkheid tot zichtzendingen. De zichtzendingen omvatten de volledige boekproductie voor die collectiesegmenten die door de bibliotheek worden aangeduid...' (zie brief bij inschrijving van 23.5.2000 stuk nr. 3 p. 1 onderaan)

Aangezien verzoekster nog nooit zichtzendingen hoefde te verzenden kunnen deze ook nog niet beoordeeld worden op hun representativiteit. Aangezien de gunningscriteria overigens de keuze laten tussen het zelf gaan inkijken en het zenden van zichtzendingen (supra) concludeert de bibliothecaris ten onrechte dat zichtzendingen nooit 'zo representatief zijn' en die dus impliciet als minderwaardig beschouwt.

Tenslotte staan de nieuwe boeken bij verzoekster wel degelijk afzonderlijk ten toon gesteld in de winkel op drie toonbanken en 2 representatieblokken.

[...]

Criteria 3

De bibliothecaris stelt volstrekt verkeerd dat Salvator als enige de ICOB boeken aanbiedt.

Ook verzoekster verkoopt ICOB boeken en deze boeken staan ook in de winkel.

Nergens in het bijzondere bestek (supra) werd een lijst gevraagd van de verkoop van bepaalde boeken zodat indien dit van belang is de bibliothecaris zich minstens voorafgaandelijk bijkomend had dienen te informeren.

[...]

Wat met de offerte van verzoekster waar ze o.m. stelt te beschikken over toegang tot diverse databanken, aanbiedingsfolders en fondslijsten,

retourfaciliteiten m.b.t. misdrukken en eventueel foutieve bestellingen vanwege de bibliotheek, bereikbaarheid op het Internet, aansluiting bij de groepering Co-Libro, enz. ?

Criteria 5

Criterium 5 nl. 'de opvolging van de bestellingen zowel wat levering als beschikbaarheidsinformatie betreft met inbegrip van de geleverde inspanningen om moeilijk te verkrijgen werken te bezorgen' werd door de bibliothecaris beoordeeld louter op basis van de ervaring die ze stelt met de inschrijvers gedurende de vorige jaren te hebben gehad.

Nooit werd m.b.t. verzoekster een opmerking gemaakt. De bibliothecaris stelt overigens onder 'opmerkingen' dat 'er weinig veranderd is qua service sinds de vorige gunning eind 1999'.

Waarop zou de bibliothecaris zich dan baseren indien er een nieuwe inschrijver zich meldde?

Waar is andermaal de vergelijking die tussen de verschillende inschrijvers dient gemaakt op basis van hun prijsofferte die in casu diende beoordeeld?

Verzoekster stelde in haar offerte bepaalde leveringstermijnen voor, een goede bestelservice met verstrekken van bibliografische dienstverlening, accurate opvolging van de bestellingen zowel wat levering als beschikbaarheidsinformatie betreft enz.

Helemaal kan niet gecontroleerd ofdat inderdaad de Plukvogel het best moeilijk te verkrijgen werk levert zoals dat de bibliothecaris stelt.

[...]

B. Criteria 2 hangt af van het lot waarover het gaat (specialisatie qua inhoud)

M.b.t. lot 1 hoofdzakelijk jeugdboeken en romans dient opgemerkt.

Ten onrechte stelt de bibliothecaris dat verzoekster (Forum) niet gespecialiseerd is in jeugdboeken en slechts middelmatig scoort voor romans.

Een van de specialisaties van verzoekster zijn precies jeugdboeken. Dat het aanbod van romans maar te vergelijken is met dat van de andere inschrijvers en verzoekster minder lukt in haar inspanningen om jeugdboeken aan te bieden is andermaal een volstrekt eigen beoordeling van de bibliothecaris en wordt nergens door gestaafd.

M.b.t. lot 2 hoofdzakelijk literaire werken populair wetenschappelijke boeken dan

Andermaal dient vastgesteld dat de bibliothecaris zonder enige afdoende motivatie laat staan juiste weergave van feiten een beoordeling maakt.

Geen enkel gegeven van verzoekster wordt genoemd en vergeleken.

M.b.t. lot 3 hoofdzakelijk leeszaalwerken en kunstboeken

Zoals reeds gezegd verkoopt verzoekster ook ICOB boeken zodat de bibliothecaris andermaal op basis van verkeerde feiten beoordeelde. Verder worden er andermaal geen gegevens (feiten) vergeleken”;

dat de verzoekende partij hieruit afleidt dat met betrekking tot de gunningscriteria 1, 2, 3 en 5 niet op grond van “de juiste juridische en feitelijke overwegingen is beslist en dat de overwegingen desaangaande ook niet afdoende zijn waardat de gegevens van de verschillende inschrijvers niet met elkaar vergeleken zijn”;

3.2. Overwegende dat de verwerende partij tegenwerpt hetgeen volgt :

“De verzoekende partij stelt dat de beoordeling van de bibliothecaris onjuist is. De bibliothecaris heeft evenwel haar bevindingen gesteund op de offertes en haar winkelbezoeken in het verleden.

Zij merkt in fine van haar verslag terecht op dat bij geen van de inschrijvers een wijziging van de bestaande service wordt aangekondigd.

Wat betreft criterium 1 stelt verzoeker dat zijn aanbod groter is dan aangegeven in de offerte en dat er drie toonbanken en 2 presentatieblokken zijn voor nieuwe boeken in zijn winkel.

Tevens houdt verzoeker voor dat door het feit dat hij nooit zichtzendingen inzond, de bibliothecaris dit criterium niet kon evalueren. Verzoeker verliest blijkbaar uit het oog dat de bibliothecaris het aanbod aanwezig in de winkel evalueerde. Verzoeker geeft zelf toe dat zijn zichtzendingen zullen samengesteld worden uit boeken aanwezig in de winkel. Verder vergeet verzoeker dat niets hem belette om bij zijn inschrijving meer informatie te geven over de wijze van samenstelling van zichtzendingen. Uit het verslag van de bibliothecaris blijkt duidelijk dat dit criterium op basis van de inschrijving en de gegevens verschaft door verzoekster werd beoordeeld. Trouwens verzoekster scoort evengoed voor dit criterium als De Standaard doch minder dan de Plukvogel en Salvator.

Voor criterium 3 stelt verzoeker dat het verkeerd is dat enkel Salvator deze boeken aanbiedt. Het is wellicht mogelijk dat verzoeker bij dezelfde groothandel ICOB boeken kan aankopen doch dit neemt niet weg dat hij deze boeken niet ter inzage legt. De opmerking van verzoekster dat de bibliothecaris zich voorafgaandelijk meer had moeten informeren, is weinig ernstig daar de inschrijvers uitgenodigd werden de nodige informatie bij hun inschrijving te voegen. Verzoekster verliest blijkbaar uit het oog dat in het bestek op pagina 3 uitdrukkelijk vermeld wordt dat 'De inschrijver dient de nodige gegevens met zijn inschrijving te bezorgen om de gunningcriteria te kunnen gaan'.

In verband met criterium 5 heeft verzoeker kritiek op de beoordeling van boekhandel De Plukvogel en stelt hij dat de beoordeling niet te controleren is. Verzoeker verwart ook het verleden met de toekomst. Het is niet omdat in het verleden de gemeente enkel aandacht besteedde aan de prijs van de boeken dat thans geen aandacht mag verleend worden aan service. In het bestek werd inderdaad voor de 1^o maal aandacht besteed aan andere criteria dan de prijs. Het feit dat de aanbestedende overheid in een onderhandelingsprocedure over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt, is eigen aan deze procedure en kan moeilijk aangewend worden als kritiek tegen de gunningsbeslissing.

De beoordeling van criterium 2 wordt ook aangevochten. Verzoeker stelt dat hij gespecialiseerd is in jeugdboeken doch heeft dit niet vermeld op zijn inschrijving. Hetzelfde geldt voor de andere loten. Het feit dat een verzoeker een kleiner stock (behoudens romans) heeft en nooit zichtzendingen aanbood is een objectief gegeven in het kader van de gunning.

Uit het verslag van de bibliothecaresse blijkt duidelijk dat haar bevindingen gesteund zijn op objectieve gegevens. Zo de inschrijver geen gegevens verschaft kan moeilijk aan de verwerende partij verweten worden deze gegevens niet te kennen”;

3.3. Overwegende dat in het toepasselijke bestek het gunnings-criterium 1 is omschreven als “Leveren van zichtzendingen of mogelijkheid tot inkijken van nieuwe werken [die] representatief zijn voor de Nederlandstalige

boekproductie”; dat in het voornoemde verslag dit criterium tot de volgende beoordeling leidt :

“Criterium 1 : De Plukvogel geeft de mogelijkheid tot inkijken van nieuwe werken. De keuze is zeer gevarieerd en dus zeker representatief voor de Nederlandstalige boekproductie. Salvator geeft ook dezelfde mogelijkheid maar de keuze is minder groot. Forum en Standaard hebben deze mogelijkheid niet en zichtzendingen zijn nooit zo representatief en in de winkel staan de nieuwe boeken niet afzonderlijk. Standaard beloofde reeds lang een showroom maar die is er nog steeds niet”;

Overwegende dat de verzoekende partij in haar inschrijving vermeldde dat zij mogelijkheid tot zichtzendingen bood die de “volledige boekproductie [omvatten] voor die collectiesegmenten die door de bibliotheek worden aangeduid” en dat “de boekhandel steeds toegankelijk [is] voor aankoopbezoeken” waarbij de “verplaatsingskosten, waartoe deze aankoopbezoeken aanleiding geven, worden vergoed” ; dat het criterium zoals het in het bestek is omschreven, dermate algemeen is gesteld, dat moet worden aanvaard dat de verzoekende partij, door in haar offerte de beide mogelijkheden aan te geven (zichtzendingen en aankoopbezoeken met vergoeding van verplaatsingskosten), al in ruime mate aan dat criterium voldeed; dat een mogelijkheid tot bezoek vanzelfsprekend inhoudt dat nieuwe werken kunnen worden ingekeken; dat de verzoekende partij op dat punt verwijst naar het gebruik dat de bibliothecaris bij bezoek nieuwe werken mocht inkijken, hetgeen niet wordt tegengesproken door de verwerende partij; dat aldus de vaststelling in het verslag, dat de verzoekende partij niet de mogelijkheid biedt om nieuwe werken in te kijken, in elk geval niet met de feiten strookt, nog daargelaten het gegeven dat de verzoekende partij tegensprekt dat “in de winkel de nieuwe boeken niet afzonderlijk staan”; dat tenslotte met de verzoekende partij moet worden vastgesteld dat de mindere waardering van zichtzendingen al evenmin strookt met het eerste gunningscriterium, waarin de mogelijkheid van dergelijke zendingen blijkbaar als een gelijkwaardig alternatief voor inkijk in de winkel wordt aangegeven; dat dienvolgens het eerste gunnings-criterium niet zorgvuldig is gehanteerd;

Overwegende dat criterium 2 in het bestek is omschreven als “specialisatie inzake de inhoud lot”; dat in het voornoemde verslag dit criterium tot de volgende beschouwingen aanleiding geeft :

“Criterium 2 : Geen van de vier inschrijvers is gespecialiseerd in jeugdboeken maar Salvator doet de laatste jaren een grotere inspanning om de betere

jeugdboeken aan te bieden. Forum zou dit ook doen maar lukt hierin minder. Standaard biedt ook jeugdboeken aan maar dit zijn overwegend meer populaire reeksen. Standaard biedt wel de meeste strips aan. Het aanbod van romans (thrillers, bestsellers, populaire romans) is bij Forum momenteel te vergelijken met de andere inschrijvers. Omwille van het goede aanbod jeugd komt Salvator als eerste in aanmerking voor lot 1.

De Plukvogel heeft een ruime keuze literaire werken en eveneens een zeer uitgebreide keuze in informatieve boeken, ook minder voor de hand liggende evenals niet-commerciële uitgaven. De Plukvogel komt qua specialisatie in aanmerking voor lot 2.

Salvator biedt een groot aanbod informatieve boeken vooral wat betreft de rubrieken kunst, filosofie, godsdienst, psychologie, economie, literatuur, muziek. Er verschijnen ook veel kunstboeken bij ICOB. Salvator is dus het best geplaatst voor het leveren van leeszaalwerken en kunstboeken, dus voor lot 3.”;

Overwegende dat de offertes betreffende de inhoud van de diverse loten weinig of niets aangeven; dat enkel boekhandel Salvator per lot een overzicht van het aanbod geeft; dat daarbij echter geen gewag wordt gemaakt van “ICOB”-boeken; dat dienvolgens de beoordeling klaarblijkelijk niet steunt op een vergelijking van de offertes, maar op eigen bevindingen van de bibliothecaris, hetgeen de verwerende partij toegeeft door in haar memorie te stellen dat deze bevindingen “gesteund [zijn] op de offertes en haar winkelbezoeken in het verleden”; dat die eigen ervaring echter niet in de plaats mag worden gesteld van een vergelijking van de offertes; dat dienvolgens wat het besproken criterium betreft, het gunningscriterium niet zorgvuldig is gehanteerd, want niet volgens de toepasselijke bepaling van het bestek;

Overwegende dat het derde gunningscriterium luidt “bijkomende servicevoorwaarden die worden gegarandeerd bij mogelijke toewijzing van de opdracht”; dat de beoordeling in het verslag die op dat criterium wordt betrokken, de volgende is :

“Criterium 3 : Salvator biedt als enige van de vier de zeer interessante ICOB-boeken aan. Standaard biedt de mogelijkheid om uitgeverijen te bezoeken teneinde bestaande titels in fondsen ter plaatse te beoordelen. De dienstverlening die Standaard biedt volgens bijgevoegde brief, is niet allemaal van toepassing voor de winkel van Mechelen. Alle boekhandelaars hebben jaarlijks een koopjesperiode”;

Overwegende dat boekhandel Salvator de hoogste quotering verkrijgt op dit criterium en zulks gesteund is op het feit dat deze inschrijver “als enige” “de zeer interessante ICOB-boeken [aanbiedt]”; dat echter niet wordt ingezien hoe dit onderscheidend gegeven, dat overigens wordt tegengesproken door de verzoekende partij, die stelt ook dergelijke boeken aan te bieden, een onderdeel is

van het besproken criterium “bijkomende servicevoorwaarden”; dat de verzoekende partij voorts terecht opmerkt dat het voorhanden hebben van welbepaalde boekenreeksen in het bestek nergens als een gunningscriterium voorkomt; dat dienvolgens op niet zorgvuldige wijze op het derde gunningscriterium is gesteund;

Overwegende dat het vijfde gunningscriterium wordt omschreven als volgt : “opvolging van de bestellingen zowel wat levering als beschikbaarheids-informatie betreft met inbegrip van de geleverde inspanningen om moeilijk te verkrijgen werken te bezorgen”; dat de beoordeling in het verslag daaromtrent luidt :

“Criterium 5 : Vermits we de vorige jaren met alle inschrijvers gewerkt hebben, kunnen we dit criterium zelf beoordelen. Het nauwkeurig nakijken van de bestelbonnetjes geeft een beter inzicht in de opvolging van bestellingen. Moeilijk te verkrijgen werken worden nog steeds het best door De Plukvogel geleverd. Voor gewone bestellingen moeten we bij de Standaard dikwijls langer dan een maand wachten. Ook Salvator heeft soms lange wachttijden. Er sluipen nogal eens fouten in de bestellingen bij Standaard”;

Overwegende dat, bij de afweging aan dit criterium, in het verslag niet de offertes worden vergeleken, maar uitsluitend de ervaringen met de vier inschrijvers in het verleden; dat dienvolgens niet op het gunningscriterium is gesteund;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat volgt dat de beoordeling in het verslag alvast voor de vier besproken criteria niet kan worden aangemerkt als een zorgvuldige toepassing van de besteksbepalingen inzake de gunningscriteria; dat de bestreden beslissing zoals de verzoekende partij aanvoert, dienvolgens niet op deugdelijke motieven steunt; dat het middel in die mate gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van 24 juli 2000 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Zemst waarbij de opdracht voor het leveren van boeken aan de plaatselijke openbare bibliotheek wordt toegewezen, wat lot 1 betreft, aan de Standaard Boekhandel, wat lot 2 betreft, aan De Plukvogel en wat lot 3 betreft, aan Boekhandel Salvator.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op drie juni 2003, 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.