RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 137.176 van 10 november 2004
in de zaak A. 156.892/XII-4292.

In zake : de NV L.D. CONSULTING,
die woonplaats kiest bij
advocaat B. Martens,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 106

tegen :

de INTERCOMMUNALE ONTWIKKELINGS-MAATSCHAPPIJ VOOR DE KEMPEN (IOK),
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe en R. Heijse,
kantoor houdende te 1060 Brussel,
Henri Wafelaertsstraat 47-51, bus 1.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV LD Consulting op 26 oktober 2004 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing van de Intercommunale Ontwikkelingsmaatschappij voor de Kempen Afvalbeheer (hierna 'IOK') dd. 19 oktober 2004 om de opdracht tot invoering van een DIFTAR-systeem huis-aan-huis voor restafval en GFT in het werkingsgebied van de IOK toe te wijzen aan de NV Plastic Omnium”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 27 oktober 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 4 november 2004, om 11.00 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat B. Martens, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaten R. Heijse en I. Vos, die loco advocaat D. D'Hooghe verschijnen voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur L. Vermeire;

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;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak dienstig voor de beoordeling van de vordering tot schorsing als volgt kunnen worden samengevat :

1.1. De verwerende partij schrijft opdrachten uit ter invoering van een "DIFTAR-systeem" in haar werkingsgebied.

Volgens het op de loten 3 tot 7 toepasselijke bestek wordt de betrokken opdracht gegund volgens de procedure van een algemene offerteaanvraag en is zijn voorwerp :

> "- het vooronderzoek, de bepaling van de vermoedelijke hoeveelheid van de uit te zetten types van containers en chips, de informatie en de sensibilisatie inzake het DIFTAR-systeem en de projectbegeleiding.
> - de beheerssoftware voor het DIFTAR-systeem
> - de nazorg en het opvolgmanagement inzake het DIFTAR-systeem".

1.2. De opening der offertes vindt plaats op 14 april 2003. De volgende vier inschrijvers blijken volgens het gunningsverslag offertes te hebben ingediend voor de voormelde loten :

- NV L.D. Consulting, zijnde verzoekende partij
- NV WCS Belgium
- BV Sulo en NV Sita
- NV Plastic Omnium.

1.3. Het gunningsverslag bevat een relaas van een rekenkundig en een administratief nazicht. Daarbij worden de vier inschrijvers en hun inschrijvingen besproken. De vaststellingen leiden daarbij niet tot enig advies betreffende het uitsluiten van de verzoekende partij.

Vervolgens worden in dat verslag de offertes beoordeeld. Dat onderdeel van het verslag luidt onder meer als volgt :

> "6 Beoordeling van de offertes aan de hand van de gunningscriteria
> De offerte van LD Consulting nv is ontoereikend op diverse essentiële vlakken. De beschrijving van loten 3, 5, 6 en 7 is zeer beperkt, amper 6 pagina's

in totaal. LD Consulting nv heeft ook geen gedetailleerde feitelijke planning uitgewerkt, welke essentieel is in de implementatie van een DIFTAR-systeem op grote schaal. Voor IOK Afvalbeheer betekent dit een onaanvaardbare onzekerheid bij een zware geldelijke investering dewelke jarenlang naar behoren moet functioneren in al zijn deelaspecten. De prijszetting van de nazorg is ook extreem laag ten opzichte van de raming en de andere inschrijvers, wat doet vermoeden dat er met tal van zaken geen rekening is gehouden. Een goede uitvoering van de loten 3, 5, 6 en 7 is cruciaal in de appreciatie van een DIFTAR-systeem door en een goede dienstverlening naar de burger. De offerte van LD Consulting nv wordt bijgevolg niet weerhouden.

LD Consulting nv is een softwarebureau, welke weliswaar een beheerssoftware beschikt die gebruikt wordt door TV Sulo bv en Sita Noord nv, maar heeft geen ervaring met de organisatie van het vooronderzoek en de sensibilisatie rond de invoering van een DIFTAR-systeem en de uitvoering van de nazorgactiviteiten. Wat betreft de interventies op het terrein geven ze zelf aan dat dit hun core-business niet is en vinden dat dit eerder een activiteit is dat IOK Afvalbeheer beter zelf kan uitvoeren.

In het bestek werden volgende gunningscriteria opgenomen :

[...]";

Voorts worden de inschrijvingen van de verzoekende partij niet meer betrokken in de beoordeling.

Enkel de offertes van de andere inschrijvers verkrijgen punten aan de hand van de diverse gunningscriteria.

1.4. In de bestreden beslissing van 19 oktober 2004 wordt door de Raad van bestuur van de verwerende partij de opdracht toegewezen aan NV Plastic Omnium. Die beslissing luidt als volgt, wat toewijzing en motivering in feite betreft :

"DIFTAR-systeem in het werkingsgebied IOK Afvalbeheer - Gunning Loten 3-7

De Raad van Bestuur neemt kennis van het in bijlage gevoegde gunningsverslag. De Raad van Bestuur sluit zich eenparig aan bij de overwegingen en quotering vervat in dit gunningsverslag.

De Raad van Bestuur komt, conform de beoordeling van de diverse onderdelen in het gunningsverslag, tot de volgende globale puntenverdeling op basis van de toetsing aan de gunningscriteria :

Tabel Globale puntenverdeling op basis van de gunningscriteria

Inschrijving	WCS Belgium NV Basis	WCS Belgium NV Variante	TV Sulo/Sita Noord nv Basis	TV Sulo BV/Sita Noord nv variante	Plastic Omnium nv
Prijs	30,7	30,8	45,0	44,5	34,9
Kwaliteit	20,8	14,8	24,2	24,4	33,4
Planning	8,5	8,5	11	11	14
Totaal	60,0	54,1	80,2	79,9	82,3

Gelet op de raming van 7.868.687,5 EUR (excl. BTW) gebaseerd op een uitvoering van 100 % uitgegaan met een enquêtering o.b.v. een plaatsbezoek voor lot 3, de aankoop van de beheerssoftware met 3 jaar onderhoud (lot 4) en de uitbesteding van de nazorg volgens verplichte variante 2 (lot 7) voor een periode van 3 jaar.

Gelet op de vaststelling in het rekenkundig en het administratief nazicht en de beoordeling van de offertes aan de hand van de gunningscriteria, beslist de Raad van Bestuur eenparig om de algemene offerteaanvraag voor de gemengde opdracht van leveringen en diensten voor de invoering van een DIFTAR-systeem in het werkingsgebied IOK - Loten 3-7 toe te wijzen aan de firma Plastic Omnium nv met een investeringsbedrag 5.811.480,00 EUR (excl. BTW)";

2. Over de grondvoorwaarden van de vordering.

Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan 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;

Overwegende, wat de eerste en derde voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij betreffende het nadeel betoogt dat het niet zelf kunnen uitvoeren van de in het geding zijnde opdracht haar een belangrijke referentie in haar geografische thuisbasis doet mislopen, dat het tevens een opdracht is met een "enorme financiële omvang", hetgeen blijkt uit de prijsvoorstellen die zich situeerden tussen 4.744.348,14 euro en 6.249.303,75 euro, dat ten slotte de bestreden beslissing haar reputatie aantast en een onvervangbaar verlies aan commercieel prestige meebrengt; dat de verzoekende partij het beroep op de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid verantwoordt door te verwijzen naar het risico, dat de bestreden toewijzingsbeslissing aan de NV Plastic Omnium zou worden betekend op 30 oktober 2004, zoals wordt aangekondigd in de bestreden beslissing, en aldus een overeenkomst tot stand zou komen; dat de verwerende partij in haar nota stelt zich naar de wijsheid van de Raad van State te gedragen wat de beoordeling van de beide schorsingvoorwaarden betreft;

Overwegende dat de verzoekende partij zich in wezen beroept op de mogelijkheid om zelf de opdracht te kunnen uitvoeren, hetgeen zij door de gevraagde schorsing wil vrijwaren; dat door de betekening van de bestreden beslissing, tussen de verwerende partij en de NV Plastic Omnium inderdaad een overeenkomst zou tot stand komen tengevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, gevestigd bij arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de Algemene vergadering van de afdeling administratie, een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen; dat het bestaan van die overeenkomst de ambitie van de verzoekende partij om zelf de opdracht nog uit te voeren ernstig zou bemoeilijken en een mogelijk herstel in natura verderaf zou brengen; dat aldus moet worden aanvaard dat de verzoekende partij, mede gelet op de omvang van de in het geding zijnde opdracht en de motivering van de bestreden beslissing die minstens de indruk wekt dat de verzoekende partij onbekwaam is wat de implementatie van DIFTAR-systemen betreft, door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan; dat voorts, wegens de dreigende betekening, kan worden aanvaard dat zij een beroep deed op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, die zij met bekwame spoed blijkt te hebben ingesteld; dat aldus aan de eerste en aan de derde voorwaarde van het voormelde artikel 17 is voldaan;

Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij een tweede middel afleidt uit onder meer de schending van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en van het zorgvuldigheidsbeginsel,

> "doordat, de bestreden beslissing de offertes van verzoekende partij uitsluit naar aanleiding van de beweerde beoordeling van de offertes aan de hand van de gunningscriteria en derhalve niet als voordeligste regelmatige offerte in aanmerking neemt,
>
> terwijl, het bestreden besluit doet uitschijnen dat verzoekende partij niet voldoet aan de criteria voor de kwalitatieve selectie";

dat de verzoekende partij in de toelichting bij dat middel nader betoogt dat het gunningsverslag eerst een beoordeling inhoudt van de door het bestek voorgeschreven uitsluitings- en selectiecriteria waarbij zij niet wordt uitgesloten, dat zulks vervolgens wel gebeurt bij de beoordeling van de offertes aan de hand van de gunningscriteria maar dat daarbij gunningscriteria -de beschrijving van loten 3, 5, 6 en 7 is zeer beperkt- en selectiecriteria -verzoekende partij heeft geen ervaring met

de organisatie van het vooronderzoek en de sensibilisatie- worden vermengd, de beoordeling niet alle loten betreft en dat ten slotte niet aan alle gunningscriteria is getoetst;

Overwegende dat de verzoekende partij niet lijkt te zijn geweerd uit de procedure vroeger dan in de fase van de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria; dat zulks lijkt voort te vloeien uit de wijze waarop het gunningsverslag is opgesteld; dat immers de negatieve beoordeling slechts wordt weergegeven bij het begin van en buiten het deel 6 waarin de offertes aan de gunningscriteria worden getoetst; dat voorts ook de verwerende partij uitdrukkelijk in haar nota verklaart dat "de verzoekende partij niet uitgesloten [werd] in de selectiefase"; dat de verwerende partij wel tegenwerpt dat zij "bij de beoordeling van de offertes aan de hand van de gunningscriteria heeft [...] moeten vaststellen dat de offerte van de verzoekende partij niet voldeed aan de vereisten van het bestek en dat het voor de verwerende partij onmogelijk was om tot een puntenquotering aan de hand van de gunningscriteria over te gaan";

Overwegende dat artikel 16 van het bestek in drie gunningscriteria voorziet, namelijk de prijs (45 punten), de kwaliteit en werkwijze (40 punten) en de leveringstermijnen en planning opgesteld door de inschrijver (15 punten);

Overwegende dat in het gunningsverslag, wat de verzoekende partij betreft, haar prijs als dusdanig niet wordt te berde gebracht maar enkel "de prijszetting van de nazorg" die "extreem laag ten opzichte van de raming en de andere inschrijvers" wordt genoemd, "wat doet vermoeden dat er met tal van zaken geen rekening is gehouden"; dat een dergelijke algemene vaststelling geen deugdelijk motief lijkt te kunnen bieden om -zoals de verwerende partij stelt- mede tot de "materiële niet-conformiteit" van de offerte te besluiten; dat voorts in het gunningsverslag de beschrijving van loten 3, 5, 6 en 7 "zeer beperkt" wordt genoemd; dat met de verzoekende partij lijkt te moeten worden aangenomen dat er in elk geval een beschrijving was en de inschrijving ook tal van bijlagen terzake bevatte en voorts dat lot 4 niet in de beoordeling wordt betrokken; dat dienvolgens ook deze tweede vaststelling niet lijkt te kunnen bijdragen om daarop de zogenaamde "materiële non-conformiteit" te doen steunen; dat ten slotte, wat de planning betreft, ook daar de verzoekende partij niet zonder reden lijkt te mogen stellen dat in offertes en bijlagen een vorm van planning is beschreven; dat het er meteen op lijkt dat, ongeacht de waarde van de offertes van de verzoekende partij, het best mogelijk was

ze aan de hand van de drie gunningscriteria te evalueren en punten te geven in vergelijking met de andere offertes; dat in de eerste alinea van het hier besproken deel 6 van het gunningsverslag in wezen een dergelijke evaluatie lijkt te zijn verricht maar een die niet aan de eisen voldoet van wat een zorgvuldige evaluatie moet zijn; dat echter bovendien, in een tweede alinea van het aangehaalde deel 6 van het gunningsverslag, de ervaring van de verzoekende partij te berde wordt gebracht hetgeen in algemene regel een criterium is dat niet onder de gunningscriteria mag worden gebracht tenzij het bestek daarin zou voorzien, wat te dezen niet het geval lijkt;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat in de huidige stand van de procedure moet worden vastgesteld dat de beoordeling van de offertes aan de hand van gunningscriteria wat de verzoekende partij betreft, bij de administratieve voorbereiding van de bestreden beslissing en waarvan de weerslag terug te vinden is in het aangehaalde gunningsverslag, niet op de rechtens vereiste zorgvuldige wijze is gebeurd; dat de verzoekende partij en haar inschrijving daarbij ten onrechte lijken te zijn geweerd; dat zulks meteen ook de bestreden toewijzingsbeslissing, die immers verwijst naar het gunningsverslag waar de Raad van Bestuur zich eenparig bij aansluit, lijkt te vitiëren; dat het middel in de besproken mate ernstig is aangezien de bestreden beslissing aldus genomen lijkt met schending van het zorgvuldigheids-beginsel en van artikel 16 van de voormelde wet van 24 december 1993, nu het niet zeker meer lijkt dat de opdracht in weerwil van het in dat artikel vervatte vereiste, is toegewezen aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte heeft ingediend;

Overwegende dat aldus is voldaan aan de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen,

B E S L U I T :

<u>Artikel 1</u>.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de Raad van bestuur van de Intercommunale Ontwikkelingsmaatschappij voor de Kempen Afvalbeheer

van 19 oktober 2004 om de opdracht tot invoering van een DIFTAR-systeem huis-aan-huis voor restafval en GFT loten 3 tot 7, in het werkingsgebied van de IOK toe te wijzen aan de NV Plastic Omnium.

Artikel 2.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op tien november 2004, door :

de H.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **D. VERBIEST.**