

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 195.113 van 7 juli 2009
in de zaak A. 193.026/XII-5859.**

In zake : de NV POWER INDUSTRIAL MANUFACTURING
ASSOCIATION (NV PIMA),
die woonplaats kiest bij
advocaten M. Schoups en K. Lemmens
kantoor houdende te Antwerpen,
De Burburestraat 6-8

tegen :

1. de CVBA SIBELGAS,
2. IVERLEK,
3. IMEA,
4. de CVBA GASELWEST,
5. IVEKA,
6. INTERGEM,
7. IMEWO,
8. de CVBA EANDIS,
die woonplaats kiezen bij
advocaat B. Schutyser,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 106.

tussenkommende partijen :

I. de NV RENIKA,
die woonplaats kiest bij
advocaat V. De Donder,
kantoor houdende te Dendermonde,
Sint-Gillislaan 36.

II. de NV VERBRAEKEN CONSTRUCTION,
die woonplaats kiest bij
advocaten C. Lepaffe en Ph. Brack,
kantoor houdende te 1180 Brussel,
Floridalaan 26.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Power Industrial Manufacturing Association (Pima), op 18 juni 2009 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van cvba Eandis van ongekende datum, de beslissing van de opdrachthoudende vereniging Gaselwest van ongekende datum, de beslissing van de opdrachthoudende vereniging Imea van ongekende datum, de beslissing van de opdrachthoudende vereniging Imewo van 29 mei 2009, de beslissing van de opdrachthoudende vereniging Intergem van 28 mei 2009, de beslissing van de opdrachthoudende vereniging Iveka van 26 mei 2009, de beslissing van de opdrachthoudende vereniging Iverlek van ongekende datum en de beslissing van de opdrachthoudende vereniging Sibelgas van ongekende datum, waarvan kennis gegeven bij aangetekend schrijven van cvba Eandis van 4 juni 2009, om de offertes van nv Pima voor de uitvoering van werken van ondergrondse leidingen (referte EAN08AW116) voor perceel 4, zijnde het infrastructuurgebied “Kempen”, en perceel 9, zijnde het infrastructuurgebied “Schelde-Waas”, niet te kiezen en de opdracht toe te kennen aan andere inschrijvers dan NV Pima”;

Gezien de nota van de verwerende partijen;

Gelet op de beschikking van 23 juni 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 2 juli 2009, om 10.00 uur;

Gezien het op 26 juni 2009 ingediende verzoekschrift waarbij de NV Renika vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; gezien het ter terechtzitting neergelegde verzoekschrift waarbij de NV Verbraeken Construction eveneens vraagt om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij als gekozen inschrijvers voor percelen van de betrokken opdracht erbij belang hebben dat de vordering wordt afgewezen; dat hun verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten M. Schoups en K. Lemmens, die verschijnen voor de verzoekende partij, van advocaten B. Schutyser en T. Villé, die verschijnen voor de verwerende partijen, van advocaat M. De Mol,

die loco advocaat V. De Donder, verschijnt voor de eerste tussenkomende partij, en van advocaat Ph. Brack, die verschijnt voor de tweede tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur I. Vos;

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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. Verwerende partijen schrijven een opdracht uit voor de aanleg van ondergrondse leidingen. De opdracht bestaat uit tien percelen, één perceel voor elk infrastructuurgebied. De gekozen gunningswijze is de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 29 september 2008 en in het Europees Publicatieblad van 4 oktober 2008.

2. Het bestek voorziet in één gunningscriterium: “prijs”, dat een “gewicht” krijgt toegekend van 100. In het bestek wordt daarnaast vermeld dat de prijs dient te worden uitgedrukt onder de vorm van een coëfficiënt, die door de inschrijvers wordt berekend op grond van de basisprijslijst die door Eandis werd opgesteld. De eenheidsprijzen zijn daarin steeds gelijk aan coëfficiënt 1. Indien een inschrijver meent dat hij de opdracht tegen een hogere eenheidsprijs moet uitvoeren, kan hij een coëfficiënt hoger dan 1 geven. Volgens de tabel op bladzijde 14 van het bestek dient voor de in het geding zijnde percelen 4 en 9 slechts één coëfficiënt te worden opgegeven.

3. Na onderhandelingen dient verzoekende partij op 9 maart 2009 een aangepaste offerte in voor perceel 4, het infrastructuurgebied “Kempen” en perceel 9, het infrastructuurgebied “Schelde-Waas”. Voor beide percelen stelt zij een coëfficiënt voor van “1,500”, waarbij voor bepaalde voorkeurgebieden in het perceel “Kempen” een korting van 3,30% wordt toegekend en een coëfficiënt wordt bekomen van 1,45, en voor het perceel “Schelde-Waas” een korting van 6,60%, zijnde een coëfficiënt van 1,40.

Er wordt door verwerende partijen een “gunningsfiche” opgemaakt waarin wordt vastgesteld welke percelen aan welke inschrijver worden toegewezen.

4. Met een aangetekend schrijven van 29 april 2009 delen verwerende partijen aan verzoekende partij mee dat haar offertes niet werden gekozen. Verzoekende partij stelt op 14 mei 2009 tegen deze beslissing bij de Raad van State een verzoek tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

Bij arrest van de Raad van State nummer 194.003 van 9 juni 2009, wordt de intrekking van deze beslissing vastgesteld en de vordering zonder voorwerp verklaard.

5. Er wordt een nieuwe toewijzingsbeslissing genomen op grond van een nieuwe “gunningsfiche”. Deze fiche vermeldt onder het opschrift “7. Gunning” het volgende:

“Gunning rekening houdend met de aankoopstrategie, de prijs en de beschikbare capaciteit”.

6. Verwerende partijen brengen verzoekende partij bij aangetekend schrijven van 4 juni 2009 op de hoogte van deze nieuwe beslissing. In dit schrijven wordt meegedeeld dat “de aanbestedende dienst geen gunstig gevolg aan uw aanbidding kan geven” en wordt voor perceel 4 “Kempen” deze beslissing als volgt gemotiveerd :

“Voor de coëfficiënt van de werken voor Kempen was uw aanbidding de 13de van de 27 aanbiddingen. Uw coëfficiënt bedroeg 1,500 terwijl de coëfficiënt van de laatste, weerhouden inschrijver 1,442 bedroeg”.

Voor perceel 9 “Schelde-Waas” vermeldt dit schrijven:

“Voor de coëfficiënt van de werken voor Schelde-Waas was uw aanbidding de 16de van de 34 aanbiddingen. Uw coëfficiënt bedroeg 1,500 terwijl de coëfficiënt van de laatste, weerhouden inschrijver 1,416 bedroeg”.

De voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingesteld op 18 juni 2009.

De excepties

7. Verwerende partijen werpen twee excepties op betreffende de ontvankelijkheid van de vordering.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over die excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zouden slechts noodzakelijk zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de schorsing zijn vervuld, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

8. Krachtens 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.

Standpunt van de partijen

9. Wat de tweede van de in het voornoemde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft, voert verzoekende partij in een *eerste middel* de schending aan van “de formele en materiële motiveringsplicht als beginselen van behoorlijk bestuur en op basis van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen”. Het middel is opgesplitst in vier onderdelen.

10. In een *tweede middel* werpt verzoekende partij de schending op van “artikel 110bis van het KB van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, evenals het gelijkheidsbeginsel op basis van art. 10 en 11 van de Grondwet en als beginsel van behoorlijk bestuur, het beginsel 'patere legem quam ipse fecisti' (zijnde het beginsel dat de overheid haar eigen regels dient te volgen) en het transparantiebeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur”. Dit middel wordt opgesplitst in drie onderdelen.

Beoordeling

11. Aangezien de beide middelen en de onderdelen ervan elkaar grotendeels overlappen, zullen deze samen worden beoordeeld.

12.1. Wat de eerste onderdelen van het eerste en het tweede middel betreffen werpt verzoekende partij in essentie op dat de opdracht werd toegekend op grond van drie gunningscriteria, zijnde de prijs, de aankoopstrategie en de beschikbare capaciteit, in strijd met het bestek dat slechts één gunningscriterium vermeldt, de prijs. Zij wijst erop dat een gelijke behandeling van de inschrijvers vereist dat het bestek alle gunningscriteria en hun weging vermeldt (tweede middel, eerste onderdeel). Bovendien wordt in de bestreden beslissing volgens verzoekende partij nergens gemotiveerd op welke wijze rekening werd gehouden met deze criteria. Bovendien zou verzoekende partij zelf nog geen afschrift hebben ontvangen van alle gunningsbeslissingen, noch van de aankoopstrategiefiche, wat op zich een schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen zou uitmaken (eerste middel, eerste onderdeel).

12.2. Zowel in de aankondiging van de opdracht als in het bestek wordt de prijs als enig gunningscriterium vermeld, waaraan een gewicht van 100 wordt toegekend. In het bestek wordt vermeld dat het aannemingscontract, volgens de procedure opgenomen in de aankondiging, betrekking heeft op een opdracht voor het uitvoeren van werken volgens basisprijslijst en een coëfficiënt die de moeilijkheidsgraad van de werken in het infrastructuurgebied aangeeft waarvoor het contract wordt toegewezen. De kandidaat-aannemer wordt geacht de aard van de netten en omstandigheden te kennen en zijn coëfficiënt hierop te hebben berekend.

In de gunningsfiche wordt vermeld dat het gunningsvoorstel conform de aankoopstrategie is en voor 100 % gebaseerd is op de prijs. Daarnaast wordt ook vermeld dat de gunning gebeurt rekening houdend met de aankoopstrategie, de prijs en de beschikbare capaciteit.

De verwerende partijen lijken terecht op te merken dat de aankoopstrategie en de beschikbare capaciteit niet als gunningscriteria werden gehanteerd.

De aankoopstrategie, neergelegd als stuk 4 van het administratief dossier, lijkt immers een beleidsdocument te betreffen met doelstellingen waaraan de opdracht in elk geval moet voldoen, en die in verwerpingscriteria resulteren die op de regelmatigheid van de offertes betrekking hebben, maar als dusdanig geen criterium te zijn aan de hand waarvan de inschrijvingen werden vergeleken en gerangschikt.

Wat voorts de beschikbare capaciteit betreft, dient te worden vastgesteld dat reeds in de aankondiging en het bestek een inschatting werd gemaakt van het aantal benodigde ploegen per perceel. De verwerende partijen wijzen er in hun nota dienaangaande op dat het feit dat zij bij de rangschikking van de aannemers rekening hebben gehouden met de beschikbare capaciteit volgt uit de aard van de opdracht, de verdeling in percelen en het gegeven dat de aannemers onvoldoende ploegen kunnen aanbieden om de volledige capaciteit voor één of meerdere percelen aan te nemen. De verwerende partijen lijken daarbij terecht op te merken dat zij bij de gunning van de opdracht niets anders doen dan het aanbod (het aantal aangeboden ploegen) op de vraag (het aantal vereiste ploegen per perceel) afstemmen.

Verwerende partijen lijken dus de offertes eerst te hebben gerangschikt volgens prijs (coëfficiënt) in de gunningsfiche en vervolgens de percelen te hebben verdeeld, in functie van de benodigde ploegen enerzijds en de inzetbare capaciteit per inschrijver anderzijds. Het eerste onderdeel van het tweede middel is bijgevolg niet ernstig.

Voorts valt op te merken dat, nu de prijs inderdaad het enige gunningscriterium blijkt te zijn dat werd gehanteerd, ook de motivering in de bestreden beslissing op dit punt afdoende is, in zoverre ze immers naar de voornoemde gunningsfiche verwijst. Ook het eerste onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

13.1. In een tweede onderdeel van haar eerste middel merkt verzoekende partij op dat op geen enkele wijze kan worden nagekeken hoe de “kwaliteitsscores” werden toegekend in het kader van de kwalitatieve selectie.

13.2. Verzoekende partij omschrijft niet concreet welk belang zij heeft bij dit onderdeel nu zij zelf werd geselecteerd en zij nergens als dusdanig de selectie van andere inschrijvers betwist.

Zij lijkt in elk geval niet te kunnen worden bijgevalen waar zij betoogt dat “op geen enkele wijze” kan worden nagezien hoe de bedoelde scores tot stand kwamen : uit de aankondiging blijkt immers dat voor onderhavige opdracht een erkenning klasse 2 C2 of C6 en kwaliteitsscore van minimaal 70 % worden vereist; en zulks kan worden aangetoond door minimaal 2 kwaliteitsverslagen voor te leggen van minimaal 2 externe opdrachtgevers, volledig ingevuld en voor akkoord ondertekend; in de gunningsfiche wordt voorts uitdrukkelijk weergegeven welke inschrijvers niet aan deze vereisten voldoen; ter informatie bevat de gunningsfiche daarnaast nog een tabel met een statistisch overzicht van de klassen van kwaliteitsscores van de “gegunde aannemers”, die allen een score blijken te hebben gehaald boven de 70 %.

Het tweede onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

14.1. In het derde onderdeel van het eerste middel en het tweede onderdeel van het tweede middel stelt verzoekende partij dat de uitdrukkelijke vermelding in de gunningsfiche dat “in de mogelijkheid is voorzien om de vereiste kwalificaties (opleidingen en pasjes) te verwerven na gunning” ernstige vragen doet rijzen bij de wijze waarop de kwalitatieve selectie- en gunningscriteria beoordeeld werden, evenals vanuit het oogpunt van de gelijke behandeling van de inschrijvers.

14.2. In dit verband valt op te merken dat het bestek uitdrukkelijk bepaalt dat bij de gunningsprocedure in de mogelijkheid is voorzien om de vereiste kwalificaties (opleidingen en pasjes) te verwerven na gunning, te staven met een bewijs van inschrijving, maar vóór de effectieve aanvang van de werken. De - op zijn minst erg vage - kritiek van verzoekende partij lijkt in wezen dus gericht te zijn tegen de betrokken besteksbepalings.

In het bestek zijn de bepalingen betreffende de vereiste pasjes evenwel niet terug te vinden bij de selectiecriteria (blz. 7 bestek) of het gunningscriterium (blz. 9 bestek), doch wel bij de economische aspecten van de opdracht (blz. 12 bestek) en opleidingen/documentatie (blz. 16 bestek).

Verwerende partijen lijken op het eerste gezicht in hun standpunt te kunnen worden gevolgd waar zij stellen dat het beschikken over de pasjes enkel een uitvoeringsvoorwaarde is die moet garanderen dat de arbeiders ter plaatse over de nodige veiligheids- en technische bekwaamheid met betrekking tot specifieke opdrachten voor verwerende partijen beschikken.

Ook deze middelonderdelen zijn niet ernstig.

15.1. Ten slotte stelt verzoekende partij in het vierde onderdeel van het eerste middel en het derde onderdeel van het tweede middel nog dat het haar een “volstrekt raadsel is op welke wijze de door verwerende partij tijdens de onderhandelingen herhaaldelijk gevraagde kortingen per gemeente mee in rekening werden genomen bij de beoordeling van de offertes. Zij wijst erop dat de gunningstabellen betreffende de percelen 4 en 9 enkel de coëfficiënt “1,500” vermelden, wat voor verzoekende partij slechts de coëfficiënt zou zijn zonder de toegestane korting en zij aldus niet kan controleren of bij de beoordeling van de offertes wel degelijk rekening is gehouden met haar kortingen.

Verwerende partijen stellen dienaangaande in essentie dat zij wettige motieven hadden om met de door de inschrijvers voorgestelde kortingen per gemeente geen rekening te houden. Enkel de basiscoëfficiënt vóór korting zou immers, overeenkomstig de bepalingen van het bestek, de vergelijkingsbasis zijn voor de rangschikking van de offertes van de inschrijvers. Ook zouden de verwerende partijen geenszins kunnen garanderen dat in de voorkeursgebieden werken zullen worden uitgevoerd. Zij wijzen erop dat hun handelwijze door verzoekende partij gekend was en dat er geen sprake is van een ongelijke behandeling aangezien zij met kortingen voor de voorkeursgebieden van andere inschrijvers evenmin rekening hebben gehouden.

15.2. Uit het administratief dossier blijkt dat verzoekende partij initieel voor het perceel “Schelde Waas” geen algemene coëfficiënt had opgegeven, maar slechts een coëfficiënt beperkt tot een aantal gemeenten en dat haar door verwerende partij toen is meegedeeld dat geen rekening kon gehouden worden met een restrictie van gemeenten. Vervolgens heeft verzoekende partij afstand gedaan van haar restrictie van gemeenten.

Op 9 februari 2009 heeft verzoekende partij vervolgens een nieuw voorstel van korting op grond van voorkeursgebieden overgemaakt. Voor een aantal gemeenten binnen de litigieuze percelen Kempen en Schelde-Waas werd een bijkomende korting van 0,5 % voorgesteld.

Op 9 maart 2009 heeft verzoekende partij een laatste voorstel van korting op grond van voorkeursgebieden bezorgd. Voor een aantal gemeenten binnen

de litigieuze percelen Kempen en Schelde-Waas werd een korting van respectievelijk 3,30 % (coëfficiënt 1,45) en 6,60 % (coëfficiënt 1,40) voorgesteld.

Het bestek voorziet betreffende het prijscriterium te dezen uitdrukkelijk voor de betrokken percelen in de opgave van één coëfficiënt voor het perceel. Het mede in aanmerking nemen van coëfficiënten voor voorkeurgebieden binnen het betrokken perceel zou op het eerste gezicht een niet toelaatbare wijziging van het betrokken gunningscriterium inhouden.

Aldus kan, hoewel het onderhandelen door verwerende partij over kortingen voor specifieke gemeenten daarin moeilijk inpasbaar lijkt, het haar toch niet als een onrechtmatigheid worden toegerekend om bij de beoordeling van de offertes geen rekening te houden met een diversificatie van verschillende coëfficiënten binnen de litigieuze percelen.

Op het eerste gezicht lijkt zij bij het nemen van de bestreden beslissingen de inschrijvers ook gelijk te hebben behandeld, waar uit een aantal stukken van het administratief dossier blijkt dat met vergelijkbare kortingen van een andere inschrijver beperkt tot een aantal gemeenten, evenmin werd rekening gehouden bij het opstellen van de rangschikking.

Ook het vierde onderdeel van het eerste middel en het derde onderdeel van het tweede middel zijn niet ernstig.

16. Nu de beide middelen in hun geheel niet ernstig zijn bevonden, is niet voldaan aan de tweede van de in het voormelde artikel 17, §§ 1 en 2, gestelde voorwaarden, die vervuld moeten zijn om de schorsing toe te wijzen. Deze vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

De verzoeken tot tussenkomst van de NV Renika en de NV Verbraeken Construction in het administratief kort geding worden ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomsten, bepaald op 250 euro, komen ten laste van tussenkomende partijen, elk voor de helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op 7 juli 2009, door :

de H.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
Mevr.	V. WAUTERS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

V. WAUTERS.

D. VERBIEST.