

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 197.090 van 20 oktober 2009
in de zaak A. 194.075/XII-5964.**

In zake: de BVBA ASIMEX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Nicky Van Laeken
kantoor houdend te 9150 Kruibeke
Bazelstraat 303-305
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de stad GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Henry Van Burm
kantoor houdend te 9000 Gent
Cyriel Buyssestraat 12
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. De vordering, ingesteld op 25 september 2009, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het College van burgemeester en schepenen van de Stad Gent dd. 20.08.2009 betreffende de gunning van de overheidsopdracht tot levering van 3 ziekenwagens voor de brandweer”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 oktober 2009, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Nicky Van Laeken, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Bart Vanlee, die loco advocaat Henry Van Burm verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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 algemene offerteaanvraag uit voor de levering van drie ziekenwagens voor de brandweer.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Europees Publicatieblad op 10 april 2009.

De totale waarde van de opdracht wordt geraamd op 322.314,05 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De aankondiging van de opdracht en het bestek vermelden de volgende gunningscriteria:

- ! het inschrijvingsbedrag en de exploitatiekost (wegingscoëfficiënt 60 %),
- ! kwalitatieve eigenschappen, gezien vanuit de gebruikersfunctie (wegingscoëfficiënt 35 %),
- ! milieuscore (wegingscoëfficiënt 5 %).

3.3. De opening van de inschrijvingen vindt plaats op 11 juni 2009. Drie ondernemingen dienen een offerte in, namelijk de nv Somati Vehicles, verzoekende partij bvba Asimex Distribution en de nv Autographe.

3.4. In het gunningsverslag van 5 augustus 2009 worden de drie inschrijvingen regelmatig bevonden.

In verband met de offertes van de nv Somati Vehicles en de nv Autographe wordt evenwel opgemerkt dat enkele gegevens van de technische fiche onvolledig zijn ingevuld, zoals bijvoorbeeld de uitstootgegevens, doch dat dit niet echt een probleem is om de offerte verder te beoordelen.

Vervolgens worden de inschrijvingen getoetst aan de gunningscriteria en wordt voorgesteld om de opdracht toe te wijzen aan de nv Somati Vehicles.

3.5. Op 20 augustus 2009 beslist het college van burgemeester en schepenen om de opdracht toe te wijzen aan de nv Somati Vehicles. Dit is de bestreden beslissing. Voor wat betreft de beoordeling van de offertes verwijst deze beslissing naar het gunningsverslag, “dat integraal deel uitmaakt van de beslissing”.

3.6. Bij aangetekend schrijven van 11 september 2009 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat haar offerte niet werd uitgekozen en wordt haar een kopie van de toewijzingsbeslissing en van het gunningsverslag bezorgd. Tevens wordt haar, onder verwijzing naar artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, een wachttermijn van vijftien dagen toegekend.

IV. De 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

5. Wat de tweede van de in het voornoemde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft, voert verzoekende partij twee middelen aan tegen de bestreden beslissing.

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. In het eerste middel werpt verzoekende partij de schending op van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen. Volgens verzoekende partij volstaan de in het gunningsverslag aangehaalde redenen niet om de beslissing te schragen. Zij wijst daarbij op de volgende uittreksels uit het gunningsverslag:

“Algemeen kunnen we stellen dat de punten werden uitgerekend via de evenredigheidsregel (waarbij de best scorende het maximaal aantal punten krijgt, de rest wordt evenredig verminderd)”.

“Asimex geeft een waarde op van isolatie strijdig met het bestek, is echter ook geen essentiële afwijking, Asimex scoort geen punten”.

“In het bestek werd een kleurencamera gevraagd, Asimex biedt aan met een IR-camera, is echter geen essentiële afwijking, Asimex scoort geen punten”.

Volgens verzoekende partij is het geenszins voldoende te stellen dat er geen essentiële afwijkingen bestaan om vervolgens zonder motivering geen punten toe te kennen. Bovendien volstaat een loutere puntentoekenning niet.

7. Verwerende partij werpt op dat er geen gebrek aan overeenstemming en motivering is vast te stellen: waar beide onderdelen van de kwalitatieve eigenschappen niet beantwoordden aan de besteksvoorwaarden, konden geen punten worden toegekend. Omdat de afwijkingen niet essentieel waren, brachten zij evenwel niet de geldigheid van de offerte in het gedrang.

Beoordeling

8.1. Een loutere puntentoekenning is in een procedure van offerteaanvraag geen afdoende motivering: aan de puntentoekenning moeten motieven ten grondslag liggen en die motieven dienen zichtbaar te zijn onder de vorm van een beschrijvende evaluatie, doorgaans in woorden. Alleszins moet duidelijk geweten zijn waarom aan de offertes een bepaald aantal punten worden toegekend, zodat elke inschrijver achteraf kan nagaan of de puntentoekenning rechtmatig is gebeurd.

8.2. In het voorliggende geval dient te worden vastgesteld dat de motivering voor wat betreft “K-waarde voor de thermische isolatie” en “GPS + achteruitrijcamera’s” niet beperkt lijkt tot een loutere puntentoekenning. Voor beide aspecten behaalt verzoekende partij nul punten, wat in het gunningsverslag als volgt wordt gemotiveerd:

“Asimex geeft een waarde op van isolatie strijdig met het bestek, is echter ook geen essentiële afwijking, Asimex scoort geen punten”.

“In het bestek werd een kleurencamera gevraagd, Asimex biedt aan met een IR-camera, is echter geen essentiële afwijking, Asimex scoort geen punten”.

Volgens deze motivering heeft verzoekende partij voor wat betreft “K-waarde voor de thermische isolatie” en “GPS + achteruitrijcamera’s” geen punten gekregen aangezien verwerende partij van oordeel was dat haar inschrijving op beide punten afweek van de besteksvereisten. Verwerende partij heeft evenwel geoordeeld dat het geen substantiële onregelmatigheden betrof en de offerte van verzoekende partij om die reden niet uitgesloten, doch bij de beoordeling van de gunningscriteria geen punten toegekend voor deze aspecten.

Aldus geeft het gunningsverslag de motieven te kennen op grond waarvan aan de offerte van verzoekende partij voor beide gegevens geen punten werd toegekend.

8.3. Het gunningsverslag lijkt wel geen afzonderlijke uitdrukkelijke motivering te bevatten waarom de offerte van verzoekende partij voor wat betreft het gehele criterium “GPS + achteruitrijcamera’s” geen punten krijgt toebedeeld, terwijl uit het gunningsverslag blijkt dat voor wat betreft de gevraagde GPS de offerte van Asimex wel voldeed (het gunningsverslag vermeldt “GPS ok”).

In het hier besproken middel besteedt verzoekende partij aan dit gegeven echter geen bijzondere aandacht, noch toont zij aan dat het van aard is om de rangschikking van de offertes te beïnvloeden, zodat in elk geval het belang van verzoekende partij bij dit middelonderdeel niet lijkt vast te staan.

Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

9. In het tweede middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 115, § 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, van het grondwettelijk en Europees beginsel van de gelijkheid der inschrijvers, de materiële motiveringsplicht en de zorgvuldigheidsplicht.

Het middel wordt aangebracht in twee onderdelen.

9.1. In het eerste onderdeel merkt verzoekende partij op dat de bestreden beslissing verwijst naar een gunningsverslag van 14 juli 2009, terwijl het gunningsverslag dat aan haar werd meegedeeld dateert van 5 augustus 2009. Bovendien werd dit laatste gunningsverslag niet ondertekend, wat volgens verzoekende partij indruist tegen de beginselen van behoorlijk bestuur.

9.2. In het tweede onderdeel voert zij aan dat de ingediende offertes niet op een correcte en zorgvuldige wijze werden onderzocht en dat verschillende maatstaven werden gehanteerd bij de beoordeling van de offertes. Hoewel uit het gunningsverslag blijkt dat zij de enige kandidaat is die haar offerte correct heeft ingediend qua formele en materiële regelmatigheid en dat zij de laagste inschrijver is -terwijl dit criterium een weging van 60 % vertegenwoordigt-, besluit hetzelfde gunningsverslag dat de nv Somati de meest voordelige regelmatige offerte aanbiedt. Zij meent dan ook dat de bestreden beslissing steunt op een tegenstrijdig gunningsverslag.

Zij illustreert haar stelling dat er zou gewogen zijn met verschillende maten en gewichten aan de hand van de volgende elementen:

- In het gunningsverslag krijgt verzoekende partij voor wat betreft “attest sanitaire cel volgens EN1789” geen punten hoewel zij daadwerkelijk testen heeft uitgevoerd en een gedetailleerd verslag bij haar offerte heeft gevoegd. De nv Somati, die enkel

verwijst naar een algemeen attest dat op eenvoudige aanvraag kan worden bekomen, dat geen garantie biedt op de conformiteit met de norm EN1789 en bovendien geen betrekking heeft op het aangeboden vtg-model, krijgt daarentegen 50 punten toebedeeld. Voorts wijst zij erop dat, hoewel op blz. 5 van het gunningsverslag wordt vermeld dat nog testen werden opgevraagd, aan haar niets werd gevraagd;

- In het gunningsverslag krijgt verzoekende partij voor wat betreft “K-waarde therm. Isolat.” geen punten. Zij meent dat er geen zorgvuldig onderzoek is gebeurd, aangezien in het verslag wordt gesteld dat de vermelding van $1,7 \text{ W/m}^2/\text{K}$ wellicht een fout van de inschrijver is, doch dat aan haar geen vraag werd gesteld naar de juistheid ervan, te meer daar er bij haar offerte een productfiche werd gevoegd waaruit zou blijken dat haar waarde in elk geval voldoet aan de gevraagde waarde in het lastenboek;

- In het gunningsverslag krijgt verzoekende partij voor wat betreft “GPS + achteruitrijcamera’s” geen punten toebedeeld aangezien de door haar aangeboden camera niet zou voldoen. Zij merkt op dat haar camera wel degelijk conform is. Zij heeft in haar offerte vermeld dat de infrarood camera tevens is uitgerust om kleuren waar te nemen. De infrarood camera heeft als voordeel dat hij ook ’s nachts optimaal werkt in tegenstelling tot een kleurencamera. Bovendien was de GPS “OK”, doch kreeg zij hierop evenmin punten.

Beoordeling

10. Wat het eerste onderdeel betreft lijkt, gelet op de stukken van het administratief dossier, met verwerende partij te kunnen worden aangenomen dat de verwijzing in de bestreden beslissing naar een gunningsverslag van 14 juli 2009, terwijl het gunningsverslag dateert van 5 augustus 2009, een louter materiële vergissing betreft.

Voorts toont verzoekende partij niet aan om welke reden het niet ondertekenen van een gunningsverslag - dat op zichzelf genomen geen beslissing vanwege verwerende partij inhoudt - de beginselen van behoorlijk bestuur zou schenden. De bestreden toewijzingsbeslissing van 20 augustus 2009 is in elk geval ondertekend.

Het eerste onderdeel is niet ernstig.

11. Wat het tweede onderdeel betreft valt over de argumentatie van verzoekende partij dat de bestreden beslissing zou steunen op een tegenstrijdig gunningsverslag, in de eerste plaats op te merken dat nergens uit het gunningsverslag lijkt te kunnen worden afgeleid dat zij - naar zij beweert - de enige inschrijver zou zijn die een formeel en materieel regelmatig inschrijving zou hebben ingediend. Bij de beoordeling van de formele en materiële regelmatigheid van de offertes wordt immers enkel opgemerkt dat de nv Somati Vehicles en de nv Autographe enkele gegevens van de technische fiche onvolledig hebben ingevuld, zoals bijvoorbeeld de uitstootgegevens, wat volgens verwerende partij evenwel geen probleem vormt om de offerte verder te beoordelen. Alle inschrijvingen worden door verwerende partij regelmatig bevonden.

12. Voorts dient overeenkomstig artikel 16 van de voormelde wet van 24 december 1993, de opdracht bij algemene offerteaanvraag te worden toegewezen aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek of eventueel in de aankondiging van de opdracht.

Te dezen vermelden de aankondiging van de opdracht en het bestek drie gunningscriteria. Het feit dat de verzoekende partij voor het criterium prijs de laagste inschrijver is, belet niet dat, zoals te dezen het geval is, een andere inschrijver als voordeligste regelmatige inschrijver kan worden gekwalificeerd na toetsing aan alle gunningscriteria.

13. Daarnaast kan *prima facie* niet worden aangenomen dat verwerende partij de offertes met verschillende maten en gewichten zou hebben beoordeeld en aldus het gelijkheidsbeginsel zou hebben geschonden. Zulks blijkt uit hetgeen volgt.

Volgens het gunningsverslag krijgt verzoekende partij voor wat betreft “attest sanitaire cel volgens EN1789” geen punten aangezien zij enkel een testrapport zou hebben voorgelegd voor ziekenwagens die opgebouwd werden op een Ford Transit, hoewel zij in haar offerte ziekenwagens aanbiedt gebouwd op een Mercedes-Benz Sprinter. Verzoekende partij toont in elk geval niet aan dat zij testrapporten heeft voorgelegd voor wat betreft het door haar aangeboden voertuigtype. Op het eerste gezicht lijkt haar offerte slechts testrapporten te bevatten voor wat betreft een Ford Transit en een Peugeot Boxer. In die omstandigheden lijkt

het aanvaardbaar dat verzoekende partij hiervoor geen punten krijgt toegekend. Verwerende partij merkt *prima facie* terecht op dat de nv Somati daarentegen een Duitse attestatie aan haar offerte heeft toegevoegd waarin een onafhankelijk keuringsorganisme bevestigt dat de door Hospi-Mobil gebouwde ziekenwagens van type A, B en C, en dit onder meer op de Mercedes-Benz Sprinter, uitgebreid werden getest en voldoen aan de EN 1789.

In het gunningsverslag krijgt verzoekende partij voor wat betreft “GPS + achteruitrijcamera’s” geen punten toebedeeld aangezien de door haar aangeboden camera, met name een infrarood camera, niet zou voldoen.

Het komt in eerste instantie aan de aanbestedende overheid toe om haar behoeften te bepalen. Uit het bestek blijkt duidelijk dat verwerende partij een kleurenbreedbeeld camera heeft gevraagd. In die omstandigheden lijkt het niet onredelijk dat verzoekende partij, die zonder nadere uitleg in haar offerte gewag maakt van een “achteruitrijcamera infrarood”, hiervoor geen punten krijgt toegekend, ook al stelt zij ter terechtzitting dat deze eveneens een kleurencamera is. Voorts is de argumentatie vanwege verzoekende partij inzake de voordelen van een infrarood camera niet relevant in het licht van de besteksvereisten.

Wat het GPS-systeem betreft lijkt dit punt op zich - zoals reeds opgemerkt bij de bespreking van het eerste middel - niet van aard om de rangschikking van de offertes te beïnvloeden, hetgeen verwerende partij in haar nota cijfermatig aantoont zonder daarin door verzoekende partij ter terechtzitting te worden tegengesproken.

Ten slotte betwist verzoekende partij nog dat zij in het gunningsverslag geen punten krijgt voor het aspect “K-waarde therm. Isolat.”, terwijl verwerende partij zich ervan bewust was dat de door verzoekende partij opgegeven waarde niet realistisch was.

Verzoekende partij betwist niet dat zij een merkbaar hogere K-waarde ($1,70 \text{ W/m}^2/\text{K}$) opgaf dan in het bestek toegestaan ($1 \text{ W/m}^2/\text{K}$). Zij lijkt aldus niet te kunnen eisen dat verwerende partij, in plaats van deze waarde als dusdanig aan te nemen, haar over deze opgave nadere verduidelijking vroeg, op straffe van anders onrechtmatig te handelen.

Ook het tweede onderdeel is niet ernstig.

14. Geen van de middelen is ernstig. Aldus is niet voldaan aan de tweede van de in het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die vervuld moeten zijn om de schorsing toe te wijzen. 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 twintig oktober 2009, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
met bijstand van	
Astrid Truyens,	griffier.

De griffier,	De voorzitter,
--------------	----------------

Astrid Truyens

Dierk Verbiest