

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 199.378 van 7 januari 2010
in de zaak A. 194.920/XII-6063**

In zake: de BVBA SIX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marc Bottelier en Annelies Bottelier
kantoor houdend te Kortrijk-Heule
Kortrijksestraat 35
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de UNIVERSITEIT GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Leen De Vuyst,
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

de NV OMER DELOOF
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sven Boullart
kantoor houdend te Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 14 december 2009, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit genomen op 16.11.2009 (met ref.: DGFB/Iw-40.10-A0081404) door de Rector van de Universiteit Gent, [...], waarbij de opdracht met betrekking tot de algemene offerte-aanvraag voor aanneming van werken : Datacenter Sterre : HVAC, wordt toegewezen aan nv Omer Deloof, Groendreef 40 te 9880 Aalter voor een bedrag van 1 321 972,03 eur, excl. BTW”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 december 2009, om 14 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Marc Bottelier, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten David D'Hooghe en Filip Lahaye, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Sven Boullart, die verschijnt voor de tussenkomende 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. De Universiteit Gent schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor werken in het kader van de bouw van een nieuw datacenter op de campus De Sterre, Krijgslaan 281 te Gent, voor serverinfrastructuur van de Universiteit Gent en het Vlaams Supercomputer Centrum. De in het geding zijnde opdracht betreft de HVAC - installatie: koelwaterproductie, koelwaterdistributie en ventilatie.

Die opdracht, waarvan het totale bedrag geraamd wordt op 1.646.000 euro (btw niet inbegrepen), wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 9 juli 2009 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 17 juli 2009.

De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bijzonder bestek nr. A/00814/03.

De gunningscriteria worden daarin als volgt bepaald :

“De opdracht zal worden gegund aan de voordeligste regelmatige inschrijver, rekening houdende met gewogen gunningscriteria.

De offertes worden beoordeeld en gerangschikt op basis van de hieronder vermelde gunningscriteria

- Prijs (weging: extreem belangrijk)
- Technische kwaliteit van de inschrijving (weging: zeer belangrijk)
- Visie op opvolging, indienststelling en onderhoud (weging: matig belangrijk)

De rangschikking wordt vastgesteld aan de hand van de kwalitatieve multicriteria - analyse ARGUS (Achieving Respect for Grades by Using ordinal Scales only), waarbij de offertes beoordeeld worden in functie van het aangegeven belang”.

Deze gunningscriteria en beoordelingsmethode worden toegelicht op de bladzijden 5 tot en met 7 van het bestek.

Het tweede gunningscriterium bevat tevens drie subgunningscriteria met een weging :

- Technische gegevens van de materialen (matig belangrijk)
- Raming van het energieverbruik van de koeling op jaarbasis (matig belangrijk)
- onderhoudsvriendelijkheid en bedrijfszekerheid van de koelmachines eventueel aangetoond aan de hand van referenties van de voorgestelde materialen (matig belangrijk).

4. De opening van de inschrijvingen vindt plaats op 10 september 2009. Twaalf inschrijvers blijken een offerte te hebben ingediend, waaronder de verzoekende partij en de nv Omer Deloof.

5. Bij brief van 13 oktober 2009 vraagt de Universiteit Gent aan de nv Omer Deloof om haar offerte te verduidelijken wat betreft de berekening van het energieverbruik van de voorgestelde koelmachine. Bij brieven van 16 oktober 2009 wordt deze vraag ook gesteld aan de inschrijvers nv Zaman, nv Axima en bvba Six.

Nv Omer Deloof heeft dit schrijven beantwoord bij brief van 19 oktober 2009.

6. Uit de gemotiveerde toewijzingsbeslissing van 16 november 2009 blijkt dat alle inschrijvers worden geselecteerd, doch dat slechts de offertes van vier inschrijvers regelmatig worden bevonden, waaronder die van de verzoekende partij

en de nv Omer Deloof. In verband met voormelde vragen inzake de berekening van het energieverbruik wordt in deze beslissing het volgende opgemerkt:

“Overwegende dat finaal per brieven van 13 en 16 oktober 2009 aan de 4 resterende inschrijvers een verduidelijking werd gevraagd over de berekening van het energieverbruik; dat hierop door de vier betrokken inschrijvers werd geantwoord.

Overwegende dat deze vier inschrijvers het opgegeven energieverbruik bevestigen en de berekening hebben verduidelijkt, dat deze verduidelijking wordt aanvaard”.

Vervolgens worden de vier regelmatig offertes getoetst aan de gunningscriteria volgens de aangekondigde argusmethode. Op grond hiervan beslist de Universiteit Gent om de opdracht met betrekking tot het “datacenter Sterre”, HVAC, toe te wijzen aan de nv Omer Deloof.

7. Bij brief van 30 november 2009 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van het feit dat haar offerte niet werd gekozen en wordt haar een kopie van de gemotiveerde toewijzingsbeslissing bezorgd. Dit schrijven bevat tevens de volgende paragraaf:

“Ik ken u een termijn toe van 15 dagen, vanaf de dag die volgt op de datum van verzending per fax. U kan binnen deze termijn een schorsingsberoep instellen bij een rechtscollege, wat uitsluitend mag gebeuren in het kader van, al naargelang, een procedure in kort geding voor de justitiële rechter of, voor de Raad van State, via een procedure wegens uiterst dringende noodzakelijkheid,. Indien de Universiteit Gent binnen de toegestane termijn geen schriftelijke kennisgeving in die zin ontvangt op onderstaand adres, zal de procedure worden verder gezet”.

IV. Tussenkomen

8. Met een op 23 december 2009 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de nv Omer Deloof om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Excepties

9. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende en de tussenkomen partij opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties

uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zouden zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. Grondvoorwaarden voor de schorsing

10. 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.

Enig middel

11. Wat de tweede voorwaarde betreft, is een eerste en enig middel genomen uit de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van de artikelen 11 en 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor de aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessie voor openbare werken, evenals van het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij betwist daartoe uitvoerig de motieven zoals opgenomen in de toewijzingsbeslissing aangezien de gekozen inschrijver “reëel” niet de meest voordelige offerte zou hebben ingediend. Zij wijst erop dat betreffende het tweede gunningscriterium de eerste plaats werd toegekend aan de gekozen inschrijver op grond van het door hem beweerde energieverbruik voor de koeling op jaarbasis, die “27,43 % (!?) lager” ligt dan het energieverbruik geraamd door de verzoekende partij. De raming van de gekozen inschrijver zou evenwel “ongerijmdheden” vertonen die niet voldoende zorgvuldig zouden zijn onderzocht door de verwerende partij.

Nog met betrekking tot het tweede gunningscriterium, merkt de verzoekende partij daarenboven op dat inzake het onderdeel onderhoudsvriendelijkheid en bedrijfszekerheid van de koelmachines haar slechts een score

“basis” wordt toegekend, terwijl een andere inschrijver die dezelfde machine vanwege dezelfde leverancier aanbiedt een “goede” score krijgt.

Beoordeling

12. De verwerende partij merkt terecht op dat de verzoekende partij nalaat te verduidelijken waarin de vermeende schending van artikel 11 van de voormelde wet van 24 december 1993 zou zijn gelegen. Het middel is op dat punt niet ontvankelijk.

13. De verzoekende partij voert diverse punten van kritiek aan met betrekking tot het respectieve energieverbruik van het toestel “Uniflair” aangeboden door de gekozen inschrijver en het toestel “Liebert Hiross” door haarzelf aangeboden.

Zelfs indien de verzoekende partij belang zou hebben bij dit onderdeel van het middel - welk belang door de verwerende partij uitdrukkelijk wordt betwist nu deze kritiek niet van aard zou zijn om de rangschikking van de offertes te beïnvloeden - dient te worden vastgesteld dat deze door de verzoekende partij aangevoerde kritiek uitermate technisch van aard is en op het eerste gezicht de aanstelling van een deskundige lijkt te vereisen. Dergelijke aanstelling is echter niet in te passen in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zoals de onderhavige. Dit onderdeel van het middel kan derhalve niet als ernstig worden aangemerkt omdat het zich niet leent tot de snelle toetsing, vereist in een spoedprocedure.

In elk geval lijkt uit de stukken van het administratief dossier te kunnen worden afgeleid dat de verwerende partij de inschrijvers verduidelijking heeft gevraagd over de berekeningswijze van het energieverbruik, dat zij de problematiek dus wel degelijk onderzocht heeft en vervolgens in de bestreden beslissing de verduidelijking uitdrukkelijk heeft aanvaard.

14. Inzake de door de verzoekende partij betwiste beoordeling van het onderdeel onderhoudsvriendelijkheid en bedrijfszekerheid valt op te merken dat het bestek er uitdrukkelijk in voorzag dat dit onderdeel van het gunningscriterium eventueel kon worden aangetoond aan de hand van referenties van de voorgestelde materialen.

De verzoekende partij heeft bij haar offerte blijkbaar enkel een onderhoudsbrochure toegevoegd, terwijl de offerte van de nv Zaman op dit punt meer uitgebreid was.

Uit de bestreden beslissing blijkt dat de verwerende partij aan de inschrijvers die de onderhoudsvriendelijkheid van de machine enkel aantoonde aan de hand van de onderhoudsinstructies de beoordeling “basis” toegekend heeft en diegenen die daarnaast ook referenties voorlegden om de bedrijfszekerheid aan te tonen als “goed” heeft beoordeeld. Dit wordt op het eerste gezicht niet tegengesproken door de stukken van het dossier.

De beoordeling van de verwerende partij lijkt aldus niet onzorgvuldig te zijn tot stand gekomen. In elk geval toont de verzoekende partij niet aan dat dit gegeven op zichzelf genomen van aard zou zijn om de rangschikking te beïnvloeden.

Het middel is niet ernstig.

15. Er is niet voldaan aan de tweede van de in het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die vervuld moeten zijn om de vordering tot schorsing toe te wijzen. Die vaststelling volstaat om de voorliggende vordering te verwerpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Omer Deloof tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 7 januari 2010,
door de Raad van State, XIle kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
met bijstand van	
Silja Doms,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

Silja Doms

Dierk Verbiest