RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 210.437 van 17 januari 2011
in de zaak A. 198.540/XII-6446

In zake: de NV HENDRICKX & C°
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk De Greef
kantoor houdend te Zellik
Noorderlaan 30
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de INTERGEMEENTELIJKE VERENIGING VOOR DUURZAAM AFVALBEHEER REGIO MECHELEN (IVAREM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Thierry Lammar
kantoor houdend te Mechelen
Schuttersvest 4-8

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 december 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van de Raad van Bestuur van IVAREM van 19 november 2010 om de opdracht verkoop van oude materialen afkomstig van onze containerparken (besteknummer 2010/13) wat perceel 2 betreft (de aankoop en verwerking van gemengde non-ferro en het transport van de gemengde non-ferro van het containerpark naar de verwerker) toe te wijzen aan Belgian Scrap Terminal NV, Land van Waaslaan 4 — Haven 1201 te 9130 KALLO en de impliciete beslissing deze opdracht niet toe te wijzen aan verzoekster".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 januari 2011, om 10 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk De Greef, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Thierry Lammar, die 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 opdracht van diensten uit, onder de vorm van een algemene offerteaanvraag, voor de aankoop van oude metalen, afkomstig van haar containerparken en het transport van de oude metalen van het containerpark naar de verwerker.

De opdracht wordt opgesplitst in vier percelen. Het voorliggende beroep heeft uitsluitend betrekking op perceel 2, de “aankoop en verwerking van gemengde non-ferro + transport van de gemengde non-ferro van het containerpark naar de verwerker”.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 3 september 2010.

3.3. Op de opdracht zijn de bepalingen van het bestek “Verkoop van oude metalen, afkomstig van onze containerparken”, met besteknr. VUBES1000013 van toepassing.

Voor de gunning van perceel 2 vermeldt het bestek de volgende gunningscriteria:

- de prijs van de dienstverlening (60 punten),
- de kwaliteit van de dienstverlening (40 punten).

Inzake de vereiste inlichtingen wordt van de inschrijvers onder meer gevraagd om een lijst met openingsuren en een lijst met data waarop de inschrijver gesloten is en er geen oude metalen kunnen aangeleverd worden (behalve zon- en feestdagen) toe te voegen aan de offerte.

3.4. Zeven inschrijvers dienen een offerte in.

3.5. Op 19 november 2010 beslist de raad van bestuur van IVAREM om de opdracht voor wat betreft perceel 2 te gunnen aan de nv Belgian Scrap Terminal (hierna ook ‘BST’).

Uit de notulen van de raad van bestuur blijkt wat de toetsing van de offertes voor de percelen 1, 2 en 4 ten aanzien van het tweede gunningscriterium betreft, als volgt overwogen wordt:

> “2. De kwaliteit van de dienstverlening (max. 40 ptn.)
>
> Voor de puntenberekening betreffende de kwaliteit van de voorgestelde diensten en de ingezette middelen worden de puntentotalen van alle inschrijvers verhoogd of verlaagd zodat de hoogste score samenvalt met het maximum voor dit criterium. De onderlinge puntenverschillen op basis van min- of meerpunten blijven daarbij evenwel behouden.

In zijn variante vraagt Vermetal om 2 containers ter beschikking te krijgen om de service te verhogen. Daardoor dient IVAREM 1 container meer in te zetten die niet meer voor andere doeleinden kan ingezet worden (- 1pt.).

De openingsuren van BST zijn het meest gunstig (+ 1 pt.).
Veolia schrijft in voor perceel 1 en 4 met eigen containers die een andere kleur hebben dan de IVAREM-containers.
IVAREM streeft echter naar een uniform karakter op haar containerparken (- 2 ptn.).

BST, van Gansewinkel en Veolia beschikken over een kwaliteitscertificaat ISO 9001 en milieuzorgcertificaat ISO 14001 (+ 1 pt.).
BST zal voor perceel 2 op geregelde tijdstippen sorteerproeven uitvoeren zodat IVAREM een exacter beeld krijgt van de samenstelling van de non-ferro (+ 2 ptn.).

Veolia schrijft in zijn basisofferte voor perceel 2 in met een maximumpercentage ijzer van 2 %. Dat is tegen de bepalingen in het bestek en onrealistisch op een containerpark (- 15 ptn.).

Veolia schrijft in zijn variante voor perceel 2 in met een maximumpercentage ijzer van 15 %. Dat is tegen de bepalingen in het bestek (- 10 ptn.).”

De eindbeoordeling voor perceel 2 is de volgende:

“Perceel 2 (Non-ferro)

Inschrijver	Prijs (euro/ton)	Prijs (max. 60 ptn.)	Kwaliteit (max. 40 ptn.)	Totaal
Hendrickx	1300	60,0	16	76,0
Wynants	800	36,9	16	52,9
Vermetal	1040	48,0	16	64,0
Vermetal (variante)	1095	50,5	15	65,5
BST	1240	57,2	20	77,2
Veolia	340	15,7	2	17,7
Veolia (variante)	490	22,6	7	29,6

Belgian Scrap Terminal (BST) komt als beste uit perceel 2 met 77,2 punten”.

3.6. Bij aangetekend schrijven van 6 december 2010 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht voor wat betreft perceel 2 werd

toegewezen aan de nv Belgian Scrap Terminal. Tevens wordt opgemerkt dat in de offerte van verzoekende partij geen onregelmatigheden werden vastgesteld, doch dat haar offerte niet de voordeligste offerte was.

3.7. Bij e-mail van 9 december 2010 vraagt de raadsman van verzoekende partij bij verwerende partij de motieven op van de bestreden beslissing en het gunningsverslag.

3.8. Bij e-mail van diezelfde dag wordt in antwoord hierop een uittreksel uit de notulen van de raad van bestuur van IVAREM overgemaakt aan de raadsman van verzoekende partij.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Verwerende partij werpt in haar nota een exceptie op betreffende het in rechte treden van verzoekende partij.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing zijn vervuld, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

V. De schorsingsvoorwaarden

5. 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.

6. De aankondiging van de kwestieuze opdracht werd echter bekend gemaakt na 24 februari 2010.

Dienvolgens is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten te dezen van toepassing.

De voornoemde wet van 23 december 2009 is immers in werking getreden op 25 februari 2010 krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit van 10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Overeenkomstig artikel 7 van de voornoemde wet van 23 december 2009 bepaalt de Koning de datum van haar inwerkingtreding en zijn enkel overheidsopdrachten die zijn bekendgemaakt vanaf die datum, zoals de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

Volgens het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is aldus voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist. Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Overeenkomstig artikel 65/31 van de wet gelden voormelde bepalingen eveneens voor opdrachten die de Europese drempels niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. Een eerste middel is genomen uit de schending van artikel 65/8, § 1, eerste lid, van de wet van 24 december 1993, doordat verwerende partij in haar kennisgeving van 6 december 2010 aan verzoekende partij enkel melding maakt van volgende motivering: “in uw offerte zijn geen onregelmatigheden vastgesteld maar uw offerte was niet de meest voordelige offerte”.

Beoordeling

8. Artikel 65/8, § 1, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 betreft de kennisgeving van de gemotiveerde beslissing aan elke inschrijver van wie de offerte niet gekozen is.

Overeenkomstig artikel 65/29 van deze wet geldt voormelde bepaling eveneens voor opdrachten die de Europese drempels niet bereiken.

9. Een gebeurlijk gebrek in de kennisgeving tast de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing zelf niet aan.

Het eerste middel is om die reden niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

10. Een tweede middel is genomen uit de schending van de artikelen 16 en 65/8, § 1, van de wet van 24 december 1993, van artikel 115 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 de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van de materiële motiveringsplicht, van het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel dat elke beslissing moet worden genomen op grond van in feite juiste en in rechte correcte en relevante motieven, als beginselen van behoorlijk bestuur.

Verzoekende partij stelt vast dat haar offerte vier punten minder behaalt dan de gekozen inschrijver voor het gunningscriterium kwaliteit op grond van de volgende overwegingen:

> "- De openingsuren van BST zijn het meest gunstig (+1 pt.).
> - BST beschikt over het kwaliteitscertificaat ISO 9001 en milieuzorgcertificaat ISO 14001 (+ 1 pt.).
> - BST zal voor perceel 2 op geregelde tijdstippen sorteerproeven uitvoeren zodat IVAREM een exacter beeld krijgt van de samenstelling van de non-ferro (+ 2 pt.)".

Aldus heeft verwerende partij, aldus verzoekende partij, bij de beoordeling van de offertes subcriteria gehanteerd die niet voorafgaandelijk in het bestek waren vermeld. Verzoekende partij wijst erop dat in het bestek nergens de voorlegging van certificaten of het uitvoeren van sorteerproeven wordt vereist. Zij wijst erop dat zij eveneens perfect bepaalde certificaten had kunnen voorleggen en in het kader van de lopende opdracht op regelmatige tijdstippen sorteerproeven uitvoert.

Bovendien, zo vervolgt zij, zijn voormelde "subcriteria" niet relevant voor het bepalen van de economisch meest voordelige regelmatige inschrijving, zoals in de Europese richtlijnen bepaald, en hebben ze geen betrekking op de offerte doch op de inschrijver.

Het subcriterium "openingsuren van de ophaler" is aldus niet relevant nu de oude metalen door de aannemer zullen worden afgehaald en

vervoerd naar de verwerker. De openingsuren van het bedrijf dat voor de ophaling zorgt, zijn daarbij van geen enkel belang. Uit het gunningsverslag kan verzoekende partij trouwens ook niet opmaken waarom de openingsuren van de gekozen inschrijver het meest gunstig zou zijn.

De certificaten die de gekozen inschrijver een extra punt opleveren zijn ten slotte volgens verzoekende partij selectiecriteria en geen gunningscriteria.

Beoordeling

11. Voor wat betreft de beweerde schending van artikel 65/8, § 1, van de wet van 24 december 1993 volstaat het te verwijzen naar de beoordeling van het eerste middel.

12. Artikel 16 van de wet van 24 december 1993 luidt:

> "Bij algemene of beperkte offerteaanvraag dient de opdracht toegewezen te worden 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".

Artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidt in zijn tweede en derde lid :

> "Onverminderd [...] vermeldt de aanbestedende overheid in het bestek en eventueel in de aankondiging van de opdracht al de gunningscriteria, zo mogelijk in volgorde van afnemend belang; in dit geval wordt die volgorde in het bestek of in de aankondiging vermeld. Zo niet hebben de gunningscriteria dezelfde waarde.
>
> Wat de overheidsopdrachten betreft die de bedragen voor de Europese bekendmaking bereiken, specificeert de aanbestedende overheid de weging van elk gunningscriterium, die eventueel kan worden uitgedrukt binnen een vork met een passend verschil tussen minimum en maximum. Indien een dergelijke weging om aantoonbare redenen niet mogelijk is, worden de criteria vermeld in dalende volgorde van belangrijkheid".

13. De eerste vraag die rijst is te weten of het te dezen om subgunningscriteria gaat.

Als subgunningscriterium moet op het eerste gezicht worden beschouwd gegevens die dienstig zijn om in het aangebodene een onderscheid te maken en die aldus een maatstaf bij een beoordeling van een gunningscriterium zijn.

Om een subgunningscriterium te kunnen onderscheiden van de in het kader van de motiveringsplicht vereiste vermelding van gunstige of minder gunstige elementen die de beoordeling van een gunningscriterium ondersteunen, moet het gaan om een voorafgaand aan de toetsing bedacht gegeven waarmee de inschrijvingen min of meer stelselmatig worden vergeleken of om een enigszins planmatige toetsing.

14. Op het eerste gezicht lijkt niet aangenomen te kunnen worden dat er in de voorliggende zaak sprake is van subgunningscriteria. Er worden in de bestreden beslissing slechts puntenverschillen toegekend op basis van positieve of negatieve elementen, sterke of zwakke punten die de aanbestedende overheid in de offertes opvielen. Uit de motieven van de bestreden beslissing blijkt trouwens niet dat elk van de offertes uitsluitend getoetst werd aan de drie door verzoekende partij aangehaalde elementen.

15. Aangezien het bestek uitdrukkelijk eveneens de kwaliteit van de dienstverlening vermeldde als gunningscriterium, waaraan 40 % van de punten werd toegekend, was het voor de inschrijvers voorzienbaar dat de offertes niet louter zouden worden beoordeeld op grond van de prijs, doch ook op grond van de kwaliteit. Verzoekende partij verengt het in de Europese richtlijnen opgenomen begrip economisch meest voordelige aanbieding trouwens ten onrechte, zo lijkt het, tot het prijsaspect; overigens is de hier gehanteerde gunningswijze de offerteaanvraag en niet de aanbesteding.

16.1. Volgende twee door de aanbestedende overheid in acht genomen sterke punten van de offerte van BST lijken voorts relevant om de betere score van deze offerte voor het tweede gunningscriterium te verantwoorden.

16.2. Nu verzoekende partij zelf aangeeft dat ze in het kader van de lopende opdracht op regelmatige tijdstippen sorteerproeven uitvoert, lijkt ze moeilijk te kunnen voorhouden dat ze niet kon beseffen dat dit aspect verband houdt met de kwaliteit van de dienstverlening. Bovendien toont zij niet aan dat zij zich er eveneens toe verbindt om dit in het kader van de nieuwe opdracht te doen wanneer zij hierover niets in haar offerte vermeldt.

16.3. Voorts lijken op het eerste gezicht de openingsuren van de inschrijver wel relevant voor het bepalen van de voordeligste regelmatige inschrijving. Uit het bestek blijkt immers dat het ophalen van een volle container geschiedt op afroep en dat indien de afroeping door verwerende partij voor 16u00 plaatsvindt, de inschrijver het transport ten laatste de daaropvolgende werkdag dient uit te voeren. Bovendien schrijft het bestek voor dat het wisselen van de recipiënten zoveel als mogelijk dient te gebeuren op tijdstippen dat de wissel de werking van het containerpark zo min mogelijk stoort. Er is ook voorzien dat de ophaler een sleutel ter beschikking krijgt van de toegangspoort van alle containerparken zodat hij ook buiten de openingsuren, doch steeds tussen 7u00 en 19u00 volle containers kan omwisselen. Bovendien was het voor de inschrijvers op het eerste gezicht ook voorspelbaar dat dit in het kader van de kwaliteit van de dienstverlening zou worden beoordeeld nu het bestek uitdrukkelijk vereist om een lijst met openingsuren als inlichting bij de offerte te voegen. Uit de offertes blijkt op het eerste gezicht ook dat de openingsuren van de gekozen inschrijver inderdaad ruimer zijn dan deze van verzoekende partij.

17. Nu het puntenverschil tussen de offerte van verzoekende partij en de offerte van de gekozen inschrijver, na het niet ernstig bevinden van de vorige kritiek, 1,2 punten blijft bedragen, lijkt verzoekende partij ten slotte geen belang meer te hebben bij het onderdeel van het tweede middel waarin zij opmerkt dat de

certificaten die de gekozen inschrijver een extra punt opleveren selectiecriteria en geen gunningscriteria zouden zijn.

18. Het tweede middel is niet ernstig.

VII. Besluit

19. Nu beide middelen niet ernstig werden bevonden dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden verworpen.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 17 januari 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Pierre Barra**