

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 210.497 van 18 januari 2011
in de zaak A. 198.577/XII-6449**

In zake: de NV SCA HYGIENE PRODUCTS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Nathanaëlle Kiekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OCMW BRUGGE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Antoon Lust en Elke Casteleyn
kantoor houdend te Assebroek-Brugge
Baron Ruzettelaan 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 23 december 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het OCMW Brugge van 3 december 2010 om:
‘1. de prijsvraag voor de levering van incontinentiemateriaal voor de instellingen van het OCMW Brugge stop te zetten, wegens de noodzaak om verbeteringen aan te brengen aan het bestek
2. een nieuwe prijsvraag op te starten voor de instellingen van het OCMW
3. de huidige gunning incontinentiemateriaal te verlengen tot na 31-12-2010, tot 01-05-2011’.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 januari 2011, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten David D’Hooghe en Nathanaëlle Kiekens, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Elke Casteleyn, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Het OCMW van Roeselare schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor de gunning van een overheidsopdracht voor leveringen met als voorwerp “Open raamovereenkomst aankoop incontinentiemateriaal 2011 - 2014”.

De aankondiging van de opdracht wordt op 3 augustus 2010 bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie en op 4 augustus 2010 in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.2. Op deze opdracht, met een geraamde waarde zonder btw van 1.950.000 euro, is het bestek nr. 2010-072 “open raamovereenkomst aankoop incontinentiemateriaal 2011 – 2014” van toepassing.

Het bestek vermeldt dat het OCMW Roeselare de aanbestedende overheid is die conform artikel 19 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, optreedt als aanbestedende overheid voor het OCMW van Blankenberge, Brugge, Izegem, Oostende, Waregem en Wervik.

Er worden vier gunningscriteria omschreven in het bestek, elk opgedeeld in een aantal subcriteria met bijhorende gewicht: 1° de prijs (50 punten) bestaande uit (a) de opgave van de minimum en maximumprijs en de tussenvolgende marge (25 punten), (b) het prijsgarantiesysteem (15 punten), (c) de hoeveelheidskorting die wordt aangeboden indien andere besturen in het project stappen (4 punten) met een bijkomend punt indien palletkorting wordt voorzien en (d) de stukprijzen (5 punten); 2° de kwaliteit van het aangeboden systeem (30 punten) bestaande uit (a) fixatie en gebruiksgemak (10 punten), (b) comfort en discretie (10 punten) en (c) veiligheid tegen lekkage en absorptiecapaciteit (10 punten); 3° assortimentsbreedte (10 punten), opnieuw onderverdeeld in subcriteria; en 4° follow-up en ondersteuning (10 punten), ook onderverdeeld. Op basis van de afweging van al deze criteria, rekening houdende met het gewicht dat er aan werd toegekend, zal de opdracht worden gegund aan de offerte welke volgens deze afweging de voordeligste is.

In deel III - “Technische bepalingen” van het bestek wordt vermeld dat de opdracht de levering van incontinentiemateriaal omvat voor de aangeduide OCMW’s en WZC’s, met vermelding van het aantal bedden per instelling. Tevens wordt onder meer bepaald:

“Het staat de inschrijvende overheden vrij het gunningsvoorstel, zoals zal opgesteld worden door OCMW Roeselare, al dan niet te volgen. De Raad voor Maatschappelijk Welzijn zal het gunningsvoorstel al dan niet goedkeuren, en als zodanig al dan niet instappen in het contract.

Andere aanbestedende overheden binnen onze provincie kunnen in de loop van het contract tot dit contract toetreden.

De looptijd van het contract is 4 jaar, maar kan na deze 4 jaar stilzwijgend voor 2 jaar verlengd worden”.

3.3. Op 1 oktober 2010 beslist verwerende partij “akkoord te gaan met het voorstel van deelname aan de algemene offerteaanvraag in kader van een open raamovereenkomst aankoop incontinentiemateriaal waarbij de eventuele datum van instap in het systeem zal worden vastgelegd na beslissing over het al dan niet deelnemen in de samenaankoop”.

3.4. Er worden offertes ingediend door verzoekende partij (de huidige leverancier van incontinentiemateriaal voor een aantal van de betrokken OCMW’s, maar niet voor verwerende partij), door de nv Hartmann, door de nv Ontex en door Attends bvba (de huidige leverancier van verwerende partij).

3.5. Een gunningsverslag wordt opgesteld door een beoordelingscommissie samengesteld uit vertegenwoordigers van de verschillende betrokken instellingen alsook een verslag van nazicht door de dossierbeheerder. Alle inschrijvers worden geselecteerd en alle offertes worden geacht regelmatig te zijn. Na een vergelijking van de offertes wordt een rangschikking opgesteld en wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan verzoekende partij als firma met de economisch meest voordelige regelmatige offerte, aan een prijs van 0,55 euro/incontinente/dag en een marge van 0,12 euro. Verzoekende partij behaalde een score van 91,75. Attends verkrijgt 74,5 punten.

3.6. Op 10 november 2010 beslist de Raad voor Maatschappelijk Welzijn van het OCMW Roeselare goedkeuring te verlenen aan het verslag van nazicht en de opdracht te gunnen aan verzoekende partij als de economisch meest voordelige regelmatige bidder.

3.7. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief van 23 november 2010 deelt het OCMW Roeselare aan verzoekende partij mee dat haar offerte werd gekozen ter uitvoering van deze opdracht, met de toevoeging dat deze kennisgeving van informatieve aard is en geen contractuele verbintenis doet ontstaan nu een wachttermijn van 15 dagen loopt .

3.8. Met uitzondering van het OCMW Brugge verklaren alle betrokken OCMW's zich met deze gunning akkoord.

3.9. Op 3 december 2010 neemt verwerende partij de thans bestreden beslissingen, die als volgt worden gemotiveerd:

“[...] Gelet op de wetgeving op de overheidsopdrachten;

Gelet op de beslissing van de raad van om het bestek van ‘open raamovereenkomst’ voor de aankoop van incontinentiemateriaal 2011-2014 goed te keuren;

Overwegend dat dit een gezamenlijk initiatief is van 7 OCMW's, o.l.v. OCMW-Roeselare;

Overwegend dat er 4 offertes werden ontvangen en geopend op 30-09-2010;

Gelet op het gunningsverslag, samengesteld door alle betrokken besturen, waaruit blijkt dat de firma SCA Hygiene Products, Rue de la Papeterie 2, 4801 Stembert het meeste punten behaalt met een minimumprijs van € 0,55/incontinente/dag en een marge van € 0,12.

Overwegend dat bij controle van de stukprijzen blijkt dat het OCMW Brugge niet goedkoper zal af zijn met deze leverancier dan de huidige;

Overwegend dat op basis van het huidig verbruik WZC De Zeventorentjes een prijs heeft van € 0,63/incontinente/dag versus een prijs van € 0,73/incontinente/dag bij de firma SCA;

Overwegend dat ieder OCMW de mogelijkheid behield om het dossier niet te gunnen (p. 12 van het bestek);

Gelet op het advies van het Bijzonder Comité Aankopen d.d. 22.11.2010.

Beslist:

1. De prijsvraag voor het levering van incontinentiemateriaal voor de instellingen van het OCMW Brugge stop te zetten, wegens de noodzaak om verbeteringen aan te brengen aan het bestek
2. Een nieuwe prijsvraag op te starten voor de instellingen van het OCMW
3. De huidige gunning incontinentiemateriaal te verlengen na 31-12-2010 tot 1-5-2011”.

3.10. Met een brief van 6 december 2010 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat beslist werd “de offertevraag i.v.m. aankoop incontinentiemateriaal stop te zetten, wegens de noodzaak om verbeteringen aan te brengen aan het bestek” en dat zij bij een nieuwe prijsvraag zal worden aangeschreven.

3.11. Bij schrijven van 6 december 2010 vraagt verwerende partij aan haar huidige leverancier Attends of deze, gelet op de beslissing van de Raad van Maatschappelijk Welzijn om de “procedure ‘offerteaanvraag incontinentie-materiaal’ stop te zetten”, “de lopende prijsvraag wil verder zetten met het OCMW Brugge, tot zolang de nieuwe procedure afgerond is (verwacht rond 1 mei 2011)” en of zij dezelfde voorwaarden kan aanhouden.

Attends bevestigt in een brief van 14 december 2010 akkoord te gaan.

3.12. Op 23 december 2010 keurt de Raad voor Maatschappelijk Welzijn van het OCMW Brugge het bestek “Aankoop incontinentiemateriaal 2011-2015” goed. De opdracht zal opnieuw worden gegund na algemene offerteaanvraag maar met gewijzigde gunningscriteria. Zo wordt voor prijs (nog steeds op 50 van de 100 punten) nog enkel de ingediende stukprijs beoordeeld, staat assortimentsbreedte nog slechts op 5 punten maar follow-up en ondersteuning op 15 punten met een bijkomend subcriterium.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. Verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de voorliggende vordering en werpt daartoe twee excepties op.

Vooreerst voert ze aan dat verzoekende partij drie onderscheiden beslissingen aanvecht die elk met een afzonderlijk schorsingsvordering dienden te worden aangevochten.

Met een tweede exceptie merkt verwerende partij op dat verzoekende partij geen belang heeft bij het aanvechten van de derde bestreden beslissing namelijk de beslissing tot het verlengen van de overeenkomst met Attends. Ze stelt dat er intussen een leveringsovereenkomst is gesloten tussen haar en Attends van 1 januari 2011 tot 1 mei 2011. Een schorsing kan verzoekende partij haar nadeel niet verhelpen en dienvolgens heeft verzoekende partij geen belang bij de vordering tot schorsing.

Beoordeling

5. De drie aangevochten beslissingen zijn formeel vervat in één akte; bovendien verwijst verwerende partij in haar brief van 6 december 2010 aan Attends naar de stopzetting van de gunningsprocedure. In de huidige stand van het geding wordt de samenhang aanvaard.

De eerste exceptie wordt verworpen.

6. Verzoekende partij heeft belang bij het aanvechten van de derde bestreden beslissing nu ze bij haar tweede middel opwerpt dat de gevolgde gunningswijze haar belet heeft een offerte in te dienen. In de mate verwerende partij opwerpt dat een schorsing van de derde bestreden beslissing het nadeel van verzoekende partij niet kan weren, valt het onderzoek van deze exceptie samen met

de beoordeling van het vervuld zijn van de grondvoorwaarden van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

De tweede exceptie wordt verworpen.

V. De schorsingsvoorwaarden

7. 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.

8. Verwerende partij stelt dat er geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel is in hoofde van verzoekende partij.

Ten aanzien van de eerste bestreden beslissing merkt verwerende partij op dat verzoekende partij probleemloos kan meedingen aan de nieuwe op te starten opdracht.

Zij werpt in dit verband op dat, blijkens artikel 65/15, eerste lid, van de wet van 24 december 1993, de partij die een vordering tot schorsing instelt bij de Raad van State, niet het bewijs dient te leveren van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel, maar dat dit niet betekent dat er geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel aanwezig zou moeten zijn. Dit nadeel zou er niet zijn.

Ten aanzien van de derde bestreden beslissing, die een opdracht aangaat waarvan het bedrag lager is dan de Europese drempel, merkt verwerende partij op dat het contract al gesloten is en dat dienvolgens, daar te dezen voor deze beslissing er geen wachttermijn diende te worden in acht genomen en artikel 65/13

van de wet van 24 december 1993 dan ook niet van toepassing was, de Feyfer-Formanova rechtspraak dient te worden gevolgd.

Beoordeling

9. De aankondiging van de opdracht “open raamovereenkomst aankoop incontinentiemateriaal 2011 – 2014” werd bekendgemaakt na 24 februari 2010. Voor het “verlengen” van de lopende opdracht van de huidige leverancier Attends werd geen aankondiging bekendgemaakt, maar de uitnodiging om akkoord te gaan met die verlenging werd verzonden na die datum.

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 of waarvoor bij ontstentenis van een bekendmaking van aankondiging, vanaf deze datum een uitnodiging werd verstuurd om een aanvraag tot deelneming of een offerte in te dienen, zoals de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

Volgens het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoerde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist. Artikel 65/15, tweede lid, verplicht verzoekende partij bovendien tot het instellen van de

vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Artikel 65/31 van de wet van 24 december 1993 bepaalt uitdrukkelijk dat voormeld artikel 65/15 ook van toepassing is op opdrachten die de Europese drempel niet bereiken.

10. Het argument van verwerende partij dat artikel 65/15 van de wet van 24 december 1993 verzoekende partij enkel vrijstelt van het bewijs van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel, maar niet belet dat dit een grondvoorwaarde blijft en dat de Raad van State de vordering kan verwerpen wanneer hij vaststelt dat niet aan die voorwaarde is voldaan, gaat dan ook in tegen de tekst van artikel 65/15 en de bedoeling van de wetgever, zoals ook bevestigd in de memorie van toelichting bij artikel 80 van het ontwerp dat de wet van 23 december 2009 werd en dat uiteindelijk artikel 65/15 werd, dat, “in afwijking van artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State”, de schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden bevolen volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, “zelfs indien de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel zou berokkenen” (*Parl. St.*, Kamer, 2009-2010, nr. 52-2276/001, 29).

De omstandigheid dat luidens artikel 65/30, derde lid, van de wet van 24 december 1993 zodra de opdracht, die de Europese drempel niet bereikt, gesloten is, deze niet meer geschorst of onverbindend kan worden verklaard door de verhaalinstantie wegens schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten, leidt niet tot een andere opvatting nu met verhaalinstantie in dit artikel lijkt te zijn bedoeld de gewone rechter (*Parl. St.*, Kamer, 2009-2010, nr. 52-2276/003, 8).

Er dient dan ook niet verder ingegaan op de kritiek dat er geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel zou zijn.

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

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

12. Verzoekende partij leidt een eerste middel af uit de schending van artikel 18 juncto artikel 16 van de wet van 24 december 1993, artikel 65/4, 6° juncto artikel 65/5, 8° van de wet van 24 december 1993, alsook uit de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het beginsel luidens welk overheidsbeslissingen op in feite juiste en in rechte pertinente motieven moeten gesteund zijn zoals ook vervat in artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (motiveringsbeginsel) en het zorgvuldigheidsbeginsel.

In essentie stelt zij dat de bestreden beslissing, en inzonderheid de stopzetting van de opdracht door verwerende partij, de ingeroepen bepalingen en beginselen schendt doordat zij niet is gesteund op draagkrachtige en pertinente motieven die de beslissing kunnen dragen. Vooreerst voert zij aan dat het niet is omdat het bestek bepaalt “Het staat de inschrijvende overheden vrij het gunningsvoorstel, zoals zal opgesteld worden door OCMW Roeselare, al dan niet te volgen. De Raad voor Maatschappelijk Welzijn zal het gunningsvoorstel al dan niet goedkeuren, en als zodanig al dan niet instappen in het contract”, dat het een aanbestedende overheid vrijstaat om willekeurig over te gaan tot de stopzetting van de opdracht. Vervolgens stelt zij dat er geen afdoende motieven zijn om de gunning stop te zetten.

Op het eerste motief in de bestreden beslissing dat verwerende partij niet goedkoper af zal zijn met de nieuwe leverancier dan de huidige, antwoordt zij dat de opdracht werd uitgeschreven als een algemene offerte-aanvraag, dat bij een offerteaanvraag alle gunningscriteria in aanmerking worden genomen en dat logischerwijze de stopzettingsbeslissing in het kader van zulke opdracht ook hieraan dient te worden gerelateerd, minstens dat hier niet zonder enige motivering aan kan worden voorbij gegaan. Aan de zogenaamde “prijsvergelijking” in de stopzettingsbeslissing wordt immers geen “kwaliteitsvergelijking” of afweging in het licht van de kwalitatieve criteria gekoppeld, met name wordt niet nagegaan of de kwaliteit van het onder het lopende contract bekomen materiaal gelijkwaardig is aan het door verzoekende partij aangeboden materiaal.

Verder benadrukt zij dat door verwerende partij enkel rekening werd gehouden met één enkele component van het prijscriterium, met name de stukprijs, terwijl het prijscriterium zoals gedefinieerd in het bestek uitging van meerdere facetten, het desbetreffende subcriterium (stukprijs) maar telde voor 5 van de 50 punten die op het prijscriterium stonden en verzoekende partij op bijna alle prijssubcriteria - met uitzondering van de gemiddelde stukprijs - best scoort.

Zij besluit dat de overweging in de bestreden beslissing “dat het OCMW Brugge niet goedkoper zal af zijn met deze leverancier dan de huidige”, haaks staat op de resultaten van de gevoerde bevraging vermits Attends, de huidige leverancier voor incontinentiemateriaal van verwerende partij, na een transparante marktraadpleging op het prijscriterium pas derde gerangschikt was (28 punten), terwijl verzoekende partij hier eerste gerangschikt was (44 punten). Verzoekende partij vermeldt in dit kader tenslotte dat verwerende partij haar beoordeling inzake de stukprijs ook niet staft, vermits geenszins aangegeven wordt hoe de stukprijs van verzoekende partij ten belope van 0,73 euro wordt vastgesteld.

Op de in het beschikkend gedeelte van de bestreden beslissing opgenomen “noodzaak om veranderingen aan te brengen aan het bestek”

antwoordt zij dat dit geenszins onderbouwd wordt. Verwerende partij heeft het gehanteerde bestek voor de opdracht uitdrukkelijk goedgekeurd en in de stopzettingsbeslissing wordt geenszins aangegeven welke verbeteringen aan het bestek zich zouden opdringen en om welke reden een wijziging nodig zou zijn. Aldus wordt de stopzettingsbeslissing niet geschraagd door pertinente motieven.

Beoordeling

13. Artikel 18 van de wet van 24 december 1993 luidt:

“Art. 18. Het volgen van de procedure van aanbesteding, offerteaanvraag of via onderhandelingen houdt geen verplichting in tot het toewijzen van de opdracht. De aanbestedende overheid kan zowel afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze.

Wanneer de opdracht verschillende percelen betreft, heeft de aanbestedende overheid het recht er slechts enkele toe te wijzen en eventueel te besluiten de andere op te nemen in één of meer nieuwe opdrachten die desnoods op een andere wijze zullen worden gegund, op voorwaarde dat zij zich dit recht uitdrukkelijk heeft voorbehouden in het bestek of de als zodanig geldende stukken”.

Krachtens artikel 65/4, eerste lid, 6° juncto artikel 65/5, 8° van de wet van 24 december 1993 stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op “wanneer ze afziet van het plaatsen van de opdracht en eventueel beslist een nieuwe opdracht uit te schrijven”; deze gemotiveerde beslissing bevat “de juridische en feitelijke motieven van de beslissing van de aanbestedende instantie om af te zien van het plaatsen van de opdracht en, in voorkomend geval, de vermelding van de nieuwe gunningsprocedure die wordt gevolgd”.

14. In de mate in dit middel de schending van de formele motiveringsplicht wordt aangevoerd wordt vastgesteld dat verzoekende partij kritiek geeft op de ingeroepen motieven en aldus ervan blijk geeft dat zij de motieven kende zodat voldaan lijkt aan de formele motiveringsplicht, minstens de *ratio legis* ervan.

15. Wat de materiële motivering betreft vermeldt de bestreden beslissing onder meer dat “dat ieder OCMW Brugge de mogelijkheid behield om het dossier niet te gunnen (p. 12 van het bestek)”.

Daargelaten de vraag of de voornoemde bestekclausule al dan niet afwijkt van artikel 18 van de wet - verwerende partij merkt op dat de besteksclausule haar meer vrijheid biedt dan artikel 18 van de wet - dient te worden vastgesteld dat de bestreden beslissing verwijst naar het feit dat “bij controle van de stukprijzen blijkt dat het OCMW Brugge niet goedkoper zal af zijn met deze leverancier dan de huidige” en dat “op basis van het huidig verbruik WZC De Zeventorentjes een prijs heeft van € 0,63/incontinente/dag versus een prijs van € 0,73/incontinente/dag bij de firma SCA”.

Overeenkomstig het geschonden geachte artikel 18, eerste lid, van de wet, mag een aanbestedende overheid zowel afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze, zij het dat zij daarbij niet willekeurig mag te werk gaan en die beslissing moet steunen op deugdelijke motieven die de beslissing kunnen dragen.

Aldus kan een offerteaanvraag worden stopgezet en bijvoorbeeld worden vervangen door een aanbesteding. Verzoekende partij toont niet *prima facie* aan dat daartoe niet alleen zou kunnen worden beslist op basis van de beoordeling van de prijs en alleen op basis van een prijs-kwaliteitsvergelijking. In dat licht wordt ook niet *prima facie* aangetoond dat de vaststelling dat verzoekende partij duurder is dan de huidige leverancier geen afdoende motief kan zijn.

Verzoekende partij toont daarbij in de huidige stand van het geding niet met de vereiste *prima facie* ernst aan dat daartoe niet enkel verwezen kan worden naar een vergelijking van de stukprijs, alleen omdat het prijscriterium in het bestek, ruimer is, en dat verzoekende partij inzake prijs globaal beter werd beoordeeld dan Attends.

In de mate dat zij nog aanvoert dat de gebruikte stukprijs van 0,73 euro niet wordt gestaafd, lijkt zij geen belang te hebben bij deze kritiek die hoogstens de formele motivering zou betreffen; er lijkt immers te kunnen worden aangenomen dat zij in staat zou moeten zijn op basis van de gegevens in het bestek en de eigen offerte de voor OCMW Brugge relevante stukprijs te berekenen en bijgevolg om desgevallend aan te tonen dat deze stukprijs onjuist is. Voorts blijkt uit het gunningsverslag dat bij de beoordeling van het prijsgunningscriterium Attends voor het subcriterium stukprijs merkelijk beter scoorde dan verzoekende partij.

Voor zover in de bestreden beslissing voor de stopzettingsbeslissing nog wordt verwezen naar een tweede motief namelijk de noodzaak verbeteringen aan het bestek aan te brengen, lijkt een gebeurlijke onwettigheid van dit motief niet tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing te kunnen leiden nu het eerste motief de stopzettingsbeslissing alleen kan dragen.

16. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

17. Verzoekende partij leidt een tweede middel af uit de schending van artikel 13 juncto 17, § 2, van de wet van 24 december 1993, en uit de schending van art. 65/4, 1°, van dezelfde wet.

In essentie voert zij aan dat de bestreden beslissing ook inhoudt dat met de huidige leverancier van verwerende partij een verlengingsopdracht zal worden gesloten zonder dat hiervoor enige mededinging zal spelen. Zij acht dit in strijd met de basisprincipes van het overheidsopdrachtenrecht aangezien overeenkomstig artikel 13 van de wet van 24 december 1993 een

overheidsopdracht, ook een “interimopdracht”, in beginsel moet worden toegewezen na een aanbesteding of offerteaanvraag en een overheidsopdracht, overeenkomstig artikel 17 van de wet van 24 december 1993, slechts in uitzonderlijke gevallen en op gemotiveerde wijze middels een onderhandelingsprocedure mag worden gegund. Dergelijke beslissing om een beroep te doen op de onderhandelingsprocedure moet blijken artikel 65/4, 1°, van de wet van 24 december 1993 gesteund zijn op pertinente en juiste motieven. Deze zijn geenszins vervat in de bestreden beslissing. Zelfs indien er zou kunnen worden gehandeld bij onderhandelingsprocedure zonder naleving van bekendmakingsregels bij de aanvang van de procedure, voorziet artikel 17, § 2, van de wet van 24 december 1993 nog steeds in de verplichting om “indien mogelijk, meerdere aannemers, leveranciers of dienstenverleners te raadplegen”. Nergens wordt *in concreto* door verwerende partij gesteld waarom een verlengingsopdracht met de huidige leverancier gesloten wordt, en aldus geen enkele raadpleging gehouden wordt. Zij meent dat niet valt in te zien waarom zij niet zou worden geraadpleegd door verwerende partij en dit gelet op haar betrokkenheid bij de opdracht gegund door het OCMW Roeselare, en gelet op haar expertise en dit des te meer in de mate verwerende partij zelf aangeeft dat ze “niet zullen nalaten SCA aan te schrijven in een nieuwe prijsvraag”, zodat SCA door de bestreden beslissing zonder enige objectieve verantwoording uitgesloten wordt van de interimopdracht. In de mate de stopzettingsbeslissing niet gesteund is op wettige motieven, bestaat er volgens verzoekende partij overigens geen enkele juridische reden voor het sluiten van de interimopdracht.

Beoordeling

18. Artikel 13 van de wet van 24 december 1993 luidt:

“De overheidsopdrachten worden gegund bij aanbesteding of bij offerteaanvraag. Zij kunnen slechts bij onderhandelingsprocedure worden gegund in de gevallen opgesomd in artikel 17.
De Koning bepaalt de eventuele voorwaarden waaraan de keuze van de wijze van gunnen is onderworpen”.

Artikel 17, § 2, van deze wet vermeldt de gevallen waarin er bij onderhandelingsprocedure kan worden gehandeld zonder naleving van bekendmakingsregels doch indien mogelijk na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstenverleners.

Luidens artikel 65/4, eerste lid, 1°, van deze wet stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op “wanneer ze beslist gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking”.

Vooralsnog dient te worden aangenomen dat dit artikel 65/4 hier van toepassing is nu verwerende partij nalaat gegevens bij te brengen waaruit zou blijken dat er toepassing zou moeten worden gemaakt van artikel 25, § 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 waarbij artikel 65/4 niet toepasselijk wordt verklaard op opdrachten waarvan de goed te keuren uitgave zonder belasting over de toegevoegde waarde 67.000 euro niet overschrijdt.

19. Verwerende partij stelt in haar nota enkel dat een onderzoek van dit middel overbodig is nu de overeenkomst met Attends reeds gesloten is en verzoekende partij bijgevolg onmogelijk de schorsing van de beslissing tot verlenging van de lopende opdracht kan bekomen. Zoals reeds vastgesteld bij de uiteenzetting van de schorsingsvoorwaarden kan dit standpunt niet worden gevolgd.

20. Uit het op vraag van het auditoraat voorgelegde bestek dat leidde tot gunning van de oorspronkelijke opdracht aan Attends, blijkt dat die opdracht liep tot 31 december 2010. Er blijkt niet dat het bestek een verlengingsmogelijkheid bevat zodat het gaat om een nieuwe opdracht die werd gegund zonder aanbesteding of offerteaanvraag.

Te dezen werd bij de derde bestreden beslissing de gunningswijze van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking toegepast. Artikel 65/4, eerste lid, 1°, vereist dat daartoe een gemotiveerde beslissing wordt opgesteld. Te dezen blijkt niet dat er een van de gunningsbeslissing afzonderlijke beslissing is opgesteld om over te gaan tot een onderhandelingsprocedure.

21. Het beroep op de onderhandelingsprocedure dient formeel te worden gemotiveerd en het is aan degene die de uitzonderlijke omstandigheden ter rechtvaardiging van de procedure inroept, om het daadwerkelijke bestaan ervan te bewijzen.

22. De derde bestreden beslissing, dit is de gunningsbeslissing, bevat niet uitdrukkelijk en afzonderlijk de “juridische en feitelijke motieven die het gebruik van [de onderhandelingsprocedure] rechtvaardigen of mogelijk maken” zoals vereist in artikel 65/4, eerste lid, 1° samengelezen met artikel 65/5, 2°.

Aldus blijkt niet op welk geval bepaald in artikel 17, § 2, van de wet van 24 december 1993 de keuze van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking steunt.

Evenmin worden redenen opgegeven om niet meerdere leveranciers te raadplegen.

Ter terechtzitting gevraagd naar toelichting omtrent die keuze heeft verwerende partij er geen gegeven.

23. In de huidige stand van het geding is het tweede middel dan ook ernstig.

VII. Belangenafweging

24. Voor het eerst ter terechtzitting voert verwerende partij aan dat het voordeel dat een gebeurlijke schorsing van de derde bestreden beslissing verzoekende partij zou bijbrengen niet opweegt tegen de negatieve gevolgen ervan.

Beoordeling

25. Verwerende partij concretiseert de nadelige gevolgen voor andere belangen niet. Ze maakt ook niet aannemelijk dat de aangenomen onwettigheid niet snel hersteld kan worden. Ten slotte toont ze niet aan en de Raad van State ziet niet spontaan in waarom het voordeel dat een gebeurlijke schorsing verzoekende partij oplevert zou moeten wijken voor andere belangen temeer verwerende partij deze problematiek pas aanvoerde ter zitting en ze nagelaten heeft zich ten gronde te verdedigen ten aanzien van het tweede middel.

VIII. Besluit

26. Er is voldaan aan de schorsingsvoorwaarden doch enkel wat de derde bestreden beslissing betreft.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 3 december 2010 van de Raad voor Maatschappelijk Welzijn van het OCMW Brugge om “de huidige gunning incontinentiemateriaal te verlengen na 31-12-2010 tot 1-5-2011” ten voordele van de bvba Attends.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 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