

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 216.543 van 29 november 2011
in de zaak A. 181.672/XII-5048**

In zake: de BV GETPAK SYSTEMS, vennootschap naar Nederlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stefaan Verbouwe
kantoor houdend te 1150 Brussel
Tervurenlaan 270
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE VERVOERSMAATSCHAPPIJ - DE LIJN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Lindemans
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV PUMP SERVICE AUTOMATIC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Boudewijn Ronse
kantoor houdend te 1050 Brussel
G. Macaulaan 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 12 maart 2007, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de raad van bestuur van De Lijn van 10 januari 2007 houdende de toewijzing van de opdracht voor de levering van de materialen voor de uitbouw van een tankregistratiesysteem aan de nv Pump Service Automatic (Hectronic).

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 206.481 van 8 juli 2010 heropent de Raad van State de debatten.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een aanvullend verslag opgesteld.

Verzoekende partij en verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 juni 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stefaan Verbouwe, die verschijnt voor verzoekende partij, advocaat Jochen Honnay, die verschijnt voor verwerende partij, en advocaat Boudewijn Ronse, die verschijnt voor tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 overheidsopdracht uit voor alle leveringen van materialen, bijbehorende software en werken voor de realisatie van een tankregistratiesysteem in al haar stelplaatsen.

De gunningswijze is de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

3.2. Het toepasselijke bestek voorziet in de volgende gunningscriteria:

- “De prijs: waarbij naast de kosten van de levering zelf rekening zal worden gehouden met de aanvullende kosten van inbouw, de kosten van ICT met inbegrip van de kosten voor het omniumcontract over een periode van 9 jaar: 60 %
- De technische waarde van de offerte: 40 %”.

Als nadere uitleg bij de beoordeling van de offertes wordt in het bestek vermeld:

- “Als eerste en belangrijkste criterium, wordt de zogenaamde total cost of ownership genomen: de totale prijs in vermoedelijke hoeveelheden voor de apparatuur en de software inclusief 9 jaar omniumservice contract. Voor de inbouw van de verbinding met de kilometerteller bij de autobussen zal de Lijn een interne kostprijs opmaken, gebaseerd op de geschatte tijden per type autobus.
- De technische eigenschappen van het systeem worden beoordeeld door de projectgroep
 - kwaliteit van de onderdelen van het systeem
 - gebruiksvriendelijkheid
 - flexibiliteit t.o.v. bestaand netwerk van De Lijn
 - technische documentatie
 - bedrijfszekerheid
 - voorwaarden in het omnium servicecontract.”

3.3. Op 10 januari 2007 wordt door de directeur-generaal van verwerende partij een nota houdende het gunningsverslag voor de raad van bestuur opgesteld.

In deze nota, die ook gevoegd is bij het inleidend verzoekschrift, wordt onder meer het volgende vermeld:

“2. Procedure

Aan de beide geselecteerde bedrijven werd op 8 juni een bestek overgemaakt met het verzoek een offerte in te dienen ten laatste op 7 juli 2006.

Door beide bedrijven werd op regelmatige wijze een offerte ingediend.

3. Kostprijs

- De door Hectronic ingediende offerte bedroeg 1.195.256,78 EUR voor de installatiekosten, te verhogen de jaarlijkse kosten voor service en onderhoud ten bedrage van 31.755 EUR, hetzij 285.795 EUR over een periode van 9 jaar. De totale kosten werden aldus begroot op 1.481.051,78 EUR.

- De door GetPak ingediende offerte bedroeg 1.079.772,91 EUR voor de installatiekosten, te verhogen de jaarlijkse kosten voor service en onderhoud ten bedrage van 73.464 EUR, hetzij 661.176 EUR over een periode van 9 jaar. De totale kosten werden aldus begroot op 1.740.948,91 EUR.

4. Basisverschillen tussen de aangeboden systemen

	Hectronic	GetPak
Tankautomaat; Overdracht van voertuig naar automaat en vrijgave van de pomp	Via radioverbinding (draadloos) Flash geheugenkaart in plaats van printer mogelijk	Via een kabel in brandstofslang
Bij defect voertuiguitrusting	Manuele input mogelijk	Manuele vrijgave
Pomp	Batterij in pistool	
Badgelezer	Bij tankautomaat	Bij pomp
Voertuigidentificatie	Met Tag	Door spoel rond vulmond
Voertuig bedrading	Geen bedrading nodig tot aan vulopening	Bedrading naar vulopening alsook tacho-impuls
Werkvolume De Lijn	Minimaal	60% meer
Voertuig controller	Kan in de nabijheid van tacho-impuls gemonteerd worden Plaats: zodanig dat antenne kan stralen	Moet in droge ruimte gemonteerd worden
Test voertuigapparatuur	LED op voertuigzender	Fuelopass tester

AdBlue vulopening		Mag geen magneetkoppeling in het vulpistool hebben en geen magneetkoppeling om de vulmond
-------------------	--	---

5. Onderhandelingen

In het basisbestek werd geen registratiemogelijkheid met automatische identificatie van de autobussen voor AdBlue voorzien.

In de loop van de onderhandelingen werd door De Lijn geoordeeld dat deze registratie noodzakelijk was.

Om de offertes te beoordelen werd voorlopig ervan uitgegaan dat 20% van de tankinstallaties zullen worden uitgerust met een AdBlue vuleenheid.

De aanvullende kosten die hier het gevolg van zijn, werden verrekend in het totaal bedrag bekomen bij de finale onderhandelingen.

5.1. GetPak

a) In de onderhandelingsfase werd door GetPak aangeboden om de service te laten uitvoeren door de fa. Keyzers bvba uit Brecht in de plaats van rechtstreeks uit Nederland zoals in de offerte werd voorzien. Hierdoor kon de jaarlijkse servicekost worden gereduceerd van 73.464 EUR/jaar tot 29.509,15 EUR/jaar.

b) Bij de finale onderhandelingen werd een globale korting op de aankoop van het systeem bedongen van 48.439 EUR.

5.2. Hectronic

a) Door Hectronic werd in de loop van de onderhandelingen een alternatief aangeboden met vereenvoudigde bedieningsconsoles die evenwel voldoen aan de specificaties, hetgeen geresulteerd heeft in een vermindering van de totale investeringskostprijs met 178.521,48 EUR. Ook de servicekosten kon als gevolg hiervan gereduceerd worden tot 34.101,66 EUR/jaar.

b) Bij de finale onderhandelingen werd een globale projectkorting bedongen van 3% op de investeringskosten.

5.3. Kostenvergelijking

	Hectronic	GetPak
Investeringskosten		
- In aanneming	743.701,24 EUR	574.398,75 EUR
- Werken in eigen beheer	242.532,00 EUR	471.748,00 EUR
Servicekosten op 9 jaar	306.914,94 EUR	265.582,35 EUR
Totalen	1.293.148,18 EUR	1.311.729,10 EUR

6. Beoordeling op basis van de gunningcriteria opgenomen in het bestek

In het bestek werden de volgende gunningcriteria opgenomen:

a) De prijs: waarbij naast de kosten van de levering zal rekening worden gehouden met de aanvullende kosten van inbouw, de kosten van ICT met

inbegrip van de kosten voor het omniumcontract over een periode van 9 jaar; 60%

b) De technische waarde van de offerte 40%

Prijs (60%)			
		Hectronic	Getpak
offerte		1.293.148,18 EUR	1.311.729,10 EUR
gemiddelde		1.302.438,64 EUR	
gemiddelde +15%		1.497.804,43 EUR	
gemiddelde -15%		1.107.072,84 EUR	
verschil		390.731,59 EUR	
300 punten		1.302,44€ per punt	
Toegekende punten		314 punten	300 punten
Technische eigenschappen (40%)			
	Quotering op:	Hectronic	Getpak
Kwaliteit v/d onderdelen v/h systeem	35	31	25
gebruiksvriendelijkheid inclusief gebruiksderving bussen bij installatie	30	27	15
Flexibiliteit tov LAN De Lijn	15	12	12
Technische documentatie	15	12	12
bedrijfszekerheid	35	31	28
voorwaarden i/h omnium servicecontract	70	56	42
Toegekende punten		169 punten	134 punten
Samenvatting			
Algemeen totaal	500 punten	483 punten	434 punten

- De installatie op de voertuigen gebeurt door personeel van De Lijn. Het werkvolume voor De Lijn is bij Hectronic de helft van bij GetPak. Dit is dus zeer belangrijk voor de termijn waarop de volledige installatie nuttig wordt.
- Het omnium servicecontract wordt bij Hectronic door Pump Service Automatic uitgevoerd. Dit bedrijf heeft een reeds functionerende servicedienst, waarmee De Lijn goede ervaring heeft. Bij GetPak zal de service uitgevoerd worden, deels door henzelf en deels door Keyzers BVBA. Bij dit bedrijf moet de service-afdeling voor elektronische systemen nog opgestart worden.
- Bij GetPak bevindt zich een elektrische kabel in de brandstofslang, ook bij AdBlue pompen. Dit is kwetsbaar, en duur bij accidentele vervanging. Hectronic gebruikt voor beide een standaard brandstofslang.”

3.4. Op 10 januari 2007 beslist de raad van bestuur van verwerende partij de opdracht toe te wijzen aan de nv Pump Service Automatic voor een bedrag van 743.701,24 euro.

Hierbij overweegt hij als volgt:

“Gelet op

- de resultaten van de onderhandelingsprocedure waarbij door 2 bedrijven een offerte werd ingediend nl. door Pump Service Automatic N.V. (Hectronic) en GetPak Systems BV;
 - de offertes regelmatig en conform zijn;
 - na beoordeling op basis van de in het bestek gestelde gunningcriteria de meest gunstige inschrijving werd ingediend door Pump Service Automatic N.V. (Hectronic) voor een totaal bedrag van 743.701,24 EUR, te verhogen met de kosten voor werken in eigen beheer door het personeel van De Lijn voor een totaal bedrag van 242.532 EUR,
- en eveneens gelet op:
- de beslissing van de raad van bestuur in zitting van 10 januari 2007”.

Dit is de thans bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

4. Verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

Zij verduidelijkt dat ze de schending van zowel de formele- als de materiële-motiveringsplicht bedoelt.

Zij merkt onder meer op dat ten aanzien van het eerste gunningscriterium haar offerteprijs aanzienlijk goedkoper is voor de apparatuur en de servicekosten, namelijk 574.398,75 euro en 265.582,35 euro tegenover 743.701,24 euro en 306.914,94 euro voor de offerte van tussenkomende partij. De installatiekosten die verwerende partij zelf zou uitvoeren, bedragen bij de offerte van verzoekende partij 471.748,00 euro en bij die van tussenkomende partij 242.532,00 euro. Verzoekende partij voert aan dat verwerende partij bij die laatste bedragen geen enkele verantwoording geeft voor haar stelling dat zowel

de installatiekosten als het werkvolume bij de offerte van verzoekende partij hoger zouden zijn.

5. Wat de schending van de motiveringsplicht ten aanzien van het eerste gunningscriterium betreft stelt verwerende partij dat de installatietijd en de installatiekosten voor haar veel hoger liggen bij de door verzoekende partij voorgestelde techniek dan bij die voorgesteld door tussenkomende partij. Deze laatste steunt in tegenstelling tot bij verzoekende partij op een volledig draadloze oplossing wat uiteraard betekent dat kosten en werkvolume substantieel lager liggen. Verwerende partij merkt voorts op dat verzoekende partij hiervan van meet af aan op de hoogte was gelet op de onderhandelingen; ook in het gunningsverslag worden de beide technieken systematisch vergeleken. Op basis van de fundamentele technische verschillen heeft verwerende partij “zoals blijkt uit de bestreden beslissing” berekend dat het haar 60 % meer tijd zou kosten om het systeem van verzoekende partij te installeren in vergelijking met dit van tussenkomende partij en heeft ze de installatiekost erbij gegeven. Verwerende partij brengt in het administratief dossier een stuk bij waaruit volgens haar blijkt wat de duur van de installatie van het systeem van verzoekende partij is. Verzoekende partij was aldus voldoende ingelicht; verwerende partij moet niet de motieven van de motieven geven.

6. In haar memorie van wederantwoord benadrukt verzoekende partij dat verwerende partij ook in haar memorie van antwoord nalaat te verduidelijken hoe ze het werkvolume en het bedrag kosten in eigen beheer heeft berekend. Verwerende partij heeft ook nagelaten verzoekende partij uit te nodigen enige toelichting te geven over de installatietijd en de daarmee samenhangende kosten. Weliswaar legt verwerende partij een stuk voor waaruit een overzicht zou blijken van de tijd die zij nodig zou hebben om het systeem van verzoekende partij te installeren, doch het is een eenzijdig stuk dat geen rekening houdt met de gegevens die verzoekende partij haar heeft meegedeeld.

7. In haar laatste memorie beroept verwerende partij zich op nieuwe stukken, namelijk “uitgebreide excell-berekeningstabellen”, waaruit volgens haar blijkt dat de kostprijs van de werken in eigen beheer wel degelijk op een zeer doordachte en gedetailleerde wijze werden berekend. Ook brengt zij een nieuw stuk aan dat haar conclusie inzake het werkvolume zou staven.

Beoordeling

8.1. In het gunningsverslag dat deel uitmaakt van de bestreden beslissing begroot verwerende partij de werken in eigen beheer op 242.532,00 euro ten opzichte van de offerte van tussenkomende partij en op 471.748,00 euro ten opzichte van die van verzoekende partij. Voorts wordt het werkvolume voor verwerende partij bij tussenkomende partij vastgelegd op de helft van dat bij verzoekende partij en wordt bij de vergelijking van de systemen opgemerkt dat het werkvolume van verwerende partij bij tussenkomende partij “minimaal” is, wijl dit bij verzoekende partij “60 % meer” zou bedragen.

Aldus is aan de formele-motiveringsplicht voldaan; in de bestuurshandeling zijn de juridische en feitelijke overwegingen vermeld die aan de beslissing ten grondslag liggen. Het heeft verzoekende partij in staat gesteld zich een zodanig inzicht te verschaffen in de motieven van de beslissing dat zij in staat was om te oordelen of, ten aanzien van de motieven, het zin had zich tegen die beslissing te verweren met de middelen die het recht haar verschaft.

8.2. Opdat de motieven ook de toets aan de materiële-motiveringsplicht kunnen doorstaan, moeten ze in rechte en in feite aanvaardbaar zijn en steun vinden in het administratief dossier zoals dat ten tijde van het nemen van de bestreden beslissing bestond. Dit is te dezen niet het geval.

Weliswaar kan worden aangenomen dat in het algemeen een draadloos systeem minder installatieduur en -kosten vergt dan een bedradings-systeem, doch het administratief dossier geeft geen enkele staving van de concrete berekeningswijze van de kosten en de duur.

Bij haar memorie van antwoord heeft verwerende partij aan het administratief dossier een stuk toegevoegd waaruit een summiere berekening blijkt van de installatietijd van het systeem van verzoekende partij doch met dit stuk kan geen rekening gehouden worden omdat het dagtekent van na de bestreden beslissing en het de beslissende overheid niet toe te schrijven is.

Verwerende partij voegt bij haar laatste memorie stukken met uitgebreide berekeningen inzake de kosten en de tijdsduur, thans wat de twee systemen betreft. Deze stukken gaan evenmin uit van de beslissende overheid, dagtekenen ook van na de bestreden beslissing en zijn dus evenmin dienstig.

In die omstandigheden is de materiële-motiveringsplicht geschonden en is het middel gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de raad van bestuur van De Lijn van 10 januari 2007 houdende de toewijzing van de opdracht voor de levering van de materialen voor de uitbouw van een tankregistratiesysteem aan de nv Pump Service Automatic.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 29 november 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest