RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 217.429 van 23 januari 2012
in de zaak A. 203.148/XII-6794

In zake: de BVBA HOEVE GERVAN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Inke Dedecker
kantoor houdend te 3600 Genk
Stoffelsbergstraat 4
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK WELZIJN VAN SCHERPENHEUVEL-ZICHEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 5 januari 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "het besluit van de Raad voor Maatschappelijk Welzijn van het OCMW te Scherpenheuvel-Zichem, […] d.d. 20.12.2011 waarbij wordt beslist om de opdracht 'Leveren van maaltijden voor huis aan huisbedeling' te gunnen aan het OCMW Laakdal […] tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van € 633.360,00 incl. btw (0% btw) en de daarin besloten impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan [de bvba Hoeve Gervan]".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 januari 2012, om 10.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Inke Dedecker, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Gitte Laenen, 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. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een aanneming van leveringen, in de aankondiging genaamd "Leveren van maaltijden voor huis aan huisbedeling".

De geraamde waarde van de opdracht bedraagt 650.000,00 euro, btw niet inbegrepen.

Er zijn drie gunningscriteria namelijk de kwaliteit en de smaak van de maaltijden (60 punten), de geboden prijs per maand (25 punten) en het logistieke service-systeem (15 punten).

3.2. De opdracht wordt op 3 oktober 2011 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 6 oktober 2011 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. De offertes worden geopend op 28 november 2011. Naast de bvba Hoeve Gervan hebben ook het OCMW van Laakdal en de bvba Veresto een offerte ingediend.

3.4. Op 15 december 2011 wordt een verslag van nazicht opgesteld.

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan het OCMW van Laakdal, de inschrijver met de economisch meest voordelige regelmatige inschrijving, en dit tegen een nagerekend inschrijvingsbedrag van 633.360,00 euro, btw inbegrepen.

3.5. Op 20 december 2011 keurt de raad voor maatschappelijk welzijn van het OCMW van Scherpenheuvel-Zichem het verslag van nazicht goed en beslist de opdracht te gunnen aan het OCMW van Laakdal.

Dit is de eerste bestreden beslissing, die als volgt wordt gemotiveerd:

> "Leveren van maaltijden voor huis aan huisbedeling
>
> DE RAAD VOOR MAATSCHAPPELIJK WELZIJN,
>
> Gelet op de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en latere wijzigingen, inzonderheid artikel 16;
>
> Gelet op bet koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, en latere wijzigingen;
>
> Gelet op het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, en latere wijzigingen, inzonderheid artikel 3, § 1;
>
> Gelet op de algemene aannemingsvoorwaarden, opgenomen in de bijlage bij voormeld besluit van 26 september 1996, en latere wijzigingen;
>
> Gelet op het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, inzonderheid artikels 51

en 52, betreffende de bevoegdheden van de raad voor maatschappelijk welzijn;

Gelet op het Besluit van de Vlaamse Regering van 3 april 2009 houdende de uitvoering en inwerkingtreding van het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en houdende diverse bepalingen betreffende het personeel, de financiën en de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn;

Gelet op de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motiveringsplicht van bestuurshandelingen, en latere wijzigingen;

Gelet op het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur;

Gelet op het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, inzonderheid artikels 248 tot en met 264 betreffende bet bestuurlijk toezicht;

Overwegende dat in het kader van de opdracht 'Leveren van maaltijden voor huis aan huisbedeling' een bijzonder bestek met nr. 2011/012 werd opgesteld door de dienst facilitymanagement;

Overwegende dat de uitgave voor deze opdracht indicatief wordt geraamd op € 650.000,00 excl. btw of € 689.000,00 incl. 6% btw;

Overwegende dat deze indicatieve raming de limieten van de Europese bekendmaking overschrijdt;

Gelet op het besluit van de Raad voor Maatschappelijk Welzijn van 29 september 2011 betreffende de goedkeuring van de lastvoorwaarden, de indicatieve raming en de gumningswijze van deze opdracht, met name de algemene offerteaanvraag;

Overwegende dat de offertes het bestuur ten laatste op 28 november 2011 om 10.00 uur dienden te bereiken;

Overwegende dat de gestanddoeningstermijn van 120 kalenderdagen eindigt op 27 maart 2012;

Overwegende dat 3 offertes werden ontvangen:
- OCMW Laakdal, Vogelzang 24 te 2430 Vorst (Laakdal) (€ 633.360,00 excl. 6% btw)
- B.V.B.A. Veresto, Houtum 39 te 2460 Kaster1ee (€ 442.480,00 excl. 6 % btw)
- B.V.B.A. Hoeve Gervan, Schransstraat 16 te 3560 Linkhout-Lummen (€ 416.000,00 excl. 6% btw)

Gelet op het vers1ag van nazicht van de offertes van. 15 december 2011 opgesteld door de dienst facilitymanagement;

Overwegende dat de dienst facilitymanagement voorstelt om, rekening houdende met het voorgaande, deze opdracht te gunnen aan de economisch meest voordelige regelmatige (rekening houdend met de gunningscriteria) bieder, zijnde OCMW Laakdal, Vogelzang 24 te 2430 Vorst (Laakdal) tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van € 633.360300 incl. btw (0% btw);

Overwegende dat de uitgave voor deze opdracht voorzien is in het exploitatiebudget van 2011, op artikel 6100400/8440/WM en in het budget van de volgende jaren en dat de financiering gebeurt met eigen middelen;

Gelet op de aanvraag van 15 december 2011 tot het verkrijgen van het vereiste visum en in afwachting van het visum van de financieel beheerder;

Gelet op het besluit van de raad van 21 december 2010 om vanaf 1 januari 2011 voor 6 maanden maaltijden te laten leveren door het OCMW van Laakdal in afwachting van de aanstelling van een nieuwe leverancier op basis van een overheidsopdracht;

Gelet op de beslissing van de raad van 24 januari 2011 betreffende de goedkeuring van de lastvoorwaarden, de indicatieve raming en de gunningswijze van de opdracht ‘Leveren van maaltijden voor huis aan huisbedeling’;

Gelet op de beslissing van de raad van 28 april 2011 om de gunningsprocedure voor de opdracht ‘Leveren van maaltijden voor huis aan huisbedeling’ stop te zetten bij gemotiveerde beslissing en later opnieuw op te starten;

Gelet op het besluit van de raad van 30 mei 2011 om vanaf 1 juli 2011 voor 6 maanden maaltijden te laten leveren door het OCMW van Laakdal in afwachting van de aanstelling van een nieuwe leverancier op basis van een overheidsopdracht ;

Overwegende dat het OCMW een voorstel tot gunning van een nieuwe overheidsopdracht voor de levering van maaltijden voorlegt op de raad van 20 december 2011;

Overwegende dat uit de procedure is gebleken dat de opstartdatum voor de nieuwe leverancier 06 januari 2012 is;

Overwegende dat aan de huidige leverancier gevraagd is om verder te leveren tot de het opstarten van het nieuwe contract;

Gelet op de bespreking;

Op voorstel van de voorzitter;

Uitslag van de stemming: M. Boven: ja, T. Aerts: onthouding, Y. Saenen: ja, O. Mievis: ja, R. Schuyten: ja, A. Bonnyns: onthouding, P. Boschmans: onthouding, M. Aerts: onthouding, A. Scheveneels: ja en M.J. Hendrickx: ja;

BESLUIT:

Artikel 1: Goedkeuring wordt verleend aan het verslag van nazicht van de offertes van 15 december 2011 voor de opdracht 'Leveren van maaltijden voor huis aan huisbedeling', opgesteld door de dienst facilitymanagement.

Artikel 2: Deze opdracht wordt gegund aan de economisch meest voordelige regelmatige (rekening houdend met de gunningscriteria) bieder, zijnde OCMW Laakdal, Vogelzang 24 te 2430 Vorst (Laakdal), tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van € 633.360,00 incl. btw (0% btw).

Artikel 3: De uitvoering moet gebeuren overeenkomstig de lastvoorwaarden vastgelegd in het bijzonder bestek met nr. 2011/012.

Artikel 4: De betaling zal gebeuren met het krediet ingeschreven in het exploitatiebudget van 2011, op artikel 6100400/8440/WM en in het budget van de volgende jaren.

Artikel 5: De huidige leverancier, OCMW Laakdal-Vogelzang 48, laten doorleveren tot de opstartdatum van het nieuwe contract nl. 06 januari 2012".

De tweede bestreden beslissing is hierin vervat.

3.6. Met een e-mailbericht van 21 december 2012 en een aangetekende brief gedateerd op 21 december 2012 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat de opdracht werd gegund aan het OCMW van Laakdal. De bestreden beslissing wordt bijgevoegd maar niet het verslag van nazicht. Er wordt verwezen naar de wachttermijn.

3.7. Met een e-mailbericht van 29 december 2011 en een aangetekende brief verstuurd op 30 december 2011 brengt verzoekende partij verwerende partij ter kennis dat zij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende

noodzakelijkheid zal indienen onder meer omdat er geen degelijke motivering haar wordt medegedeeld.

3.8. Op 5 januari 2012 wordt de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld.

3.9. Met een aangetekend schrijven van 12 januari 2012 bezorgt verwerende partij alsnog het verslag van nazicht aan verzoekende partij. Verwerende partij stelt een nieuwe wachttermijn van 15 dagen voor.

IV. Voorwerp van de vordering – Afstand

4. Ter zitting verklaart de raadsvrouw van verzoekende partij afstand te doen van haar vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en van haar annulatieberoep voor zover deze betrekking hebben op de impliciete weigeringsbeslissing.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5.1. Verwerende partij werpt op dat de vordering onontvankelijk is omdat het enig middel onontvankelijk is wegens gebrek aan belang.

5.2. De exceptie valt samen met het onderzoek van het middel en wordt bij de beoordeling ervan betrokken.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. Te dezen 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, van toepassing.

Luidens het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde 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.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

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

VII. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

7. In een enig middel voert verzoekende partij de "schending […] van de motiveringsplicht en meer bepaald de schending van artikel 2 en van artikel 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen […] de schending van artikel 65/4, van artikel 65/5 en van artikel 65/8 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de schending van de materiële motiveringsplicht alsook […] van het zorgvuldigheidsbeginsel dit alles in samenhang met de schending van artikel 16 van de Wet van 24 december 1993 […] en de schending van artikel 115 lid 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".

In de eerste plaats merkt zij op dat de bestreden beslissing, zoals meegedeeld aan verzoekende partij, geenszins voldoet aan de motiveringsplicht nu verzoekende partij niet weet waarom de opdracht werd gegund aan het OCMW van Laakdal en niet aan haar. Over de beoordeling van de gunningscriteria wordt in de bestreden beslissing met geen woord gerept.

Na onder meer artikel 65/5, 5°, 6° en 7° van de wet van 24 december 1993 te hebben geciteerd, stelt zij dat de bestreden beslissing geen van de " voormelde voorgeschreven elementen" bevat en in geen geval betreffende de gekozen inschrijver en van de inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen "de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, voor de beslissingen die daarop betrekking hebben". Van een gemotiveerde beslissing is in deze geen sprake, zodat ook artikel 65/8 van de wet van 24 december 1993 is geschonden.

Aldus voldoet de bestreden beslissing niet aan de vereisten van de motiveringsplicht zoals voorzien door artikel 2 en artikel 3 van de wet van 29 juli 1991, de materiële-motiveringsplicht, artikel 65/4, artikel 65/5 en artikel 65/8 van de wet van 24 december 1993.

Voorts betoogt verzoekende partij dat zij geen kennis heeft van het verslag van nazicht van de offertes waarnaar in de bestreden beslissing wordt verwezen, en dat verwerende partij dit verslag blijkbaar overneemt zonder enige motivering en zonder dat verzoekende partij weet wat daarin staat.

Ten slotte merkt verzoekende partij nog op dat zij door dit motiveringsgebrek niet kan nagaan of de gunning al dan niet zorgvuldig is gebeurd en of de opdracht wel degelijk werd gegund aan diegene die in het kader van een algemene offerteaanvraag de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria vermeld in het bestek.

8. Verwerende partij antwoordt in de eerste plaats dat aangezien verzoekende partij thans over het gunningsverslag beschikt, zij geen belang meer heeft bij het enig middel en dus bij de vordering.

Voorts benadrukt zij, wat de aangevoerde schending van de formele-motiveringsplicht betreft, dat de bestreden beslissing verwijst naar dit verslag en dat ze dus wel degelijk gemotiveerd is.

Beoordeling

9.1. De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formele-motiveringsplicht die verzoekende partij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Overeenkomstig het eveneens ingeroepen artikel 65/4, 5°, van de voornoemde wet van 24 december 1993 dient een aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op te stellen wanneer ze een opdracht gunt. Artikel 65/5, 7°, van dezelfde wet bepaalt dat deze gemotiveerde beslissing "de namen van de gekozen inschrijver en van de inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte" dient te bevatten.

In dit verband dient te worden opgemerkt dat een motivering door verwijzing naar andere stukken een afdoende motivering is indien de inhoud van het stuk waarnaar wordt verwezen aan de bestuurde ter kennis is gebracht, dit stuk zelf afdoende gemotiveerd is, de daarin vervatte voorstellen of adviezen in de uiteindelijke beslissing worden bijgevallen, en er geen tegenstrijdige adviezen zijn.

Artikel 65/8, § 1, eerste lid, 3°, van de wet van 24 december 1993 bepaalt onder meer dat de aanbestedende instantie onmiddellijk na het nemen van de gunningsbeslissing kennisgeving doet van de gemotiveerde beslissing aan elke inschrijver van die wie de offerte niet is gekozen en aan de gekozen inschrijver.

9.2. De beoordeling van de offertes is opgenomen in een verslag van nazicht.

Dit verslag van nazicht werd door de bestreden beslissing goedgekeurd en de conclusie ervan werd gevolgd. Aldus werd ook de inhoudelijke motivering van dat verslag overgenomen.

Dit verslag van nazicht werd niet vóór het indienen van het verzoekschrift aan verzoekende partij meegedeeld. Er blijkt ook niet dat zij daarvan anderszins kennis kreeg vóór 5 januari 2012. Ten tijde van het instellen van de vordering lijkt verzoekende partij dan ook niet de motieven waarop de bestreden gunningsbeslissing steunt, te hebben gekend en lijkt de formele-motiveringsplicht dan ook te zijn geschonden.

9.3. Het feit dat het verslag van nazicht door verwerende partij alsnog aan verzoekende partij werd bezorgd met een schrijven van 12 januari 2012, dit is een week na het instellen van de voorliggende vordering, lijkt verzoekende partij haar belang bij dit middel niet te ontnemen.

Het hiervoor beschreven doel van de formele-motiveringsplicht lijkt immers uit te sluiten dat verzoekende partij vrede zou moeten nemen met een mededeling van de motieven nadat zij een rechtsmiddel –inzonderheid een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid– heeft aangewend. De omstandigheid dat verzoekende partij een nieuw verzoekschrift zou kunnen indienen, daargelaten de vraag of dit mag, kan immers niet goedmaken dat verzoekende partij, door de handelwijze van verwerende partij, in strijd met het oogmerk van de formele-motiveringsverplichting, zich over het instellen van de

initiële vordering moest beraden en haar grieven heeft moeten formuleren zonder kennis te hebben van de motieven.

Voorts heeft de laattijdige mededeling onder meer tot gevolg dat verzoekende partij binnen de huidige procedure alleen nog ter terechtzitting middelen tegen de ontvangen motivering kan formuleren, voor zover dit al toelaatbaar is in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Dit brengt de wapengelijkheid onder de partijen in het gedrang en bemoeilijkt een diligent onderzoek van de zaak door het Auditoraat en de Raad, inzonderheid gelet op de strikte procedurele regels waaraan de wetgever de procedure van de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid inzake overheidsopdrachten heeft onderworpen.

9.4. Verzoekende partij heeft belang bij het middel en het is in de besproken mate ernstig.

BESLISSING

1. De Raad van State stelt de afstand vast van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en van het beroep tot nietigverklaring tegen de impliciete weigeringsbeslissing de opdracht te gunnen aan de bvba Hoeve Gervan.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 20 december 2011 van het OCMW van Scherpenheuvel-Zichem om de overheidsopdracht "Leveren van maaltijden voor huis aan huisbedeling" te gunnen aan het OCMW van Laakdal.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 23 januari 2012, 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**