

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 217.922 van 13 februari 2012
in de zaak A. 203.378/XII-6819**

In zake: de BVBA D.S.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ann Eeckhout
kantoor houdend te 9630 Zwalm
Zwalmstraat 8/1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BVBA S&J
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dominique Matthys
kantoor houdend te 9000 Gent
Sint-Annaplein 34
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 24 januari 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 12.01.2012 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent inzake de gunning van de percelen 1 tot en met 4 van de opdracht tot het

takelen, vervoeren en bewaren van voertuigen in opdracht van de politiezone Gent”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 2 februari 2012 heeft de bvba S&J gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 februari 2012, om 10.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Lotte Ottevaere, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat John Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Dominique Matthys, die verschijnt voor de tussenkomende 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 diensten, in de aankondiging vermeld als “[o]pdracht tot het takelen, vervoeren en bewaren van voertuigen in opdracht van de Politiezone Gent”.

De geraamde waarde van de opdracht is 625.000,00 euro, btw inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt op 17 oktober 2011 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 21 oktober 2011 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Het bijzonder bestek nr. 2011/0181b/BS is op deze opdracht van toepassing.

De opdracht wordt gesloten voor een periode van 1 jaar en is opgesplitst in vijf percelen:

“• Perceel 1: takelingen van foutgeparkeerde voertuigen, achtergelaten voertuigen en administratieve takelingen van voertuigen met een hoogst toegelaten gewicht van maximum 3.500 kg, het ter plaatse komen zonder effectief te takelen en de bewaarkost.

- Perceel 2: takelingen van foutgeparkeerde voertuigen, achtergelaten voertuigen en administratieve takelingen van voertuigen met een hoogst toegelaten gewicht van meer dan 3.500 kg, het ter plaatse komen zonder effectief te takelen en de bewaarkost.

- Perceel 3: takelingen van dienstvoertuigen

- Perceel 4: takelingen van geaccidenteerde voertuigen met een hoogst toegelaten gewicht van maximum 3.500 kg en de bewaarkost.

- Perceel 5: takelingen van geaccidenteerde voertuigen met een hoogst toegelaten gewicht van meer dan 3.500 kg en de bewaarkost.”

Het bestek bepaalt volgende vier gunningscriteria:

- 1) De vakkundigheid van de uitvoering van de takelopdrachten (30%);
- 2) De faciliteiten van het bewaardepot (30%);
- 3) De prijs (25%);
- 4) Kwaliteit van de administratie (15%).

Bij de technische bepalingen van het bestek wordt onder punt 5 “Prijsopgave voor de verschillende percelen van de opdracht” het volgende vermeld:

“De door de inschrijver ingediende prijzen worden beschouwd als gunningscriterium. De aandacht wordt erop gevestigd dat voor alle hieronder vermelde voertuigklassen en voor alle modaliteiten van takeling een prijs dient te worden opgegeven.

De inschrijver verbindt er zich toe de in de offerte opgegeven prijzen/tarieven te hanteren tijdens de uitvoering en voor de volledige duur van de opdracht.

De aan te rekenen bewaarkost per dag en per voertuig dient voor alle soorten takeling dezelfde te zijn.

Samenvattende tabel

	Gewone takeling (foutparkeren), takeling achtergelaten voertuig	Administratieve takeling	Takeling dienstvoertuig	Takeling verkeersongeval
Voertuig met een HTG maximum 3.500 kg	Prijs op te geven	Prijs op te geven	Prijs op te geven	Prijs op te geven
Voertuig met een HTG meer dan 3.500 kg	Prijs op te geven	Prijs op te geven	Niet van toepassing	Prijs op te geven
Bewaarkost per dag (24 uur) en per voertuig	Prijs op te geven	Niet van toepassing	Niet van toepassing	Prijs op te geven
Ter plaatse komen zonder effectief te takelen	Prijs op te geven	Prijs op te geven	Niet van toepassing	Niet van toepassing

De op te geven tarieven zijn van toepassing op alle voertuigen getakeld tijdens de uitvoeringstermijn van de onderhavige opdracht.

[...]

De inschrijver moet alle inlichtingen verstrekken om de aanbestedende overheid in staat te stellen de aangeboden prijzen te onderzoeken. De aangeboden prijzen moeten transparant zijn. De aanbestedende overheid kan een onderzoek naar en een verificatie van de prijzen doen waarbij aan de inschrijver gevraagd wordt boekhoudkundige en andere administratieve stukken voor te leggen.”

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 5 december 2011. De bvba D.S., de bvba S&J en de nv Depannage De Groote dienen een offerte in.

3.5. Op 10 januari 2012 wordt een gunningsverslag opgesteld. Daaruit blijkt dat alle inschrijvers zijn geselecteerd nadat tussenkomende partij de gelegenheid heeft gekregen haar offerte aan te vullen met documenten in het kader van de kwalitatieve selectie. De drie offertes worden formeel en materieel regelmatig bevonden.

Vervolgens worden de offertes getoetst aan de gunningscriteria.
Dit leidt tot de volgende scores per perceel:

Perceel 1 - Gewone takeling ≤ 3.500 KG	De Groote nv	D&S bvba	S&J bvba
Vakkundigheid van uitvoering (30/100)	27	28	26
Faciliteiten bewaardepot (30/100)	26	28	25
De prijs (25/100)	13	14	25
Kwaliteit van de administratie (15/100)	13	13	13
Totaal (100/100)	79	83	89

Perceel 2 - Gewone takeling > 3.500 KG	De Groote nv	D&S bvba	S&J bvba
Vakkundigheid van uitvoering (30/100)	27	28	26
Faciliteiten bewaardepot (30/100)	26	28	25
De prijs (25/100)	15	19	25
Kwaliteit van de administratie (15/100)	15	13	13
Totaal (100/100)	81	88	89

Perceel 3 Takeling dienstvoertuig	De Groote nv	D&S bvba	S&J bvba
Vakkundigheid van uitvoering (30/100)	27	28	26
Faciliteiten bewaardepot (30/100)	26	28	25
De prijs (25/100)	0	0	25
Kwaliteit van de administratie (15/100)	13	13	13
Totaal (100/100)	66	69	89

Perceel 4 - Takeling ongeval ≤ 3.500 KG	De Groote nv	D&S bvba	S&J bvba
Vakkundigheid van uitvoering (30/100)	27	28	26
Faciliteiten bewaardepot (30/100)	26	28	25
De prijs (25/100)	15	19	25
Kwaliteit van de administratie (15/100)	13	13	13
Totaal (100/100)	81	88	89

Perceel 5 – Takeling ongeval > 3.500 KG	De Groote nv	D&S bvba	S&J bvba
Vakkundigheid van uitvoering (30/100)	27	28	26
Faciliteiten bewaardepot (30/100)	26	28	25
De prijs (25/100)	20	25	25
Kwaliteit van de administratie (15/100)	13	13	13
Totaal (100/100)	86	94	89

Deze scoretabellen worden gevolgd door een beoordeling in woorden van elk gunningscriterium voor de 5 percelen samen.

Er wordt voorgesteld percelen 1 tot en met 4 te gunnen aan tussenkomende partij en perceel 5 aan verzoekende partij.

3.6. Op 12 januari 2012 keurt de aanbestedende overheid het gunningsverslag van 10 januari 2012 goed en beslist het percelen 1 tot 4 te gunnen aan tussenkomende partij en perceel 5 aan verzoekende partij.

Dit is de bestreden beslissing, in de mate dat de percelen 1 tot 4 gegund worden aan tussenkomende partij, de bvba S&J.

3.7. Met een aangetekende brief van 12 januari 2012, verzonden op 16 januari 2012, deelt verwerende partij aan verzoekende partij het collegebesluit en het gunningsverslag mee, dit laatste echter met het onleesbaar maken van de concrete motieven voor de hogere score van tussenkomende partij op het gunningscriterium prijs.

3.8. Op 24 januari 2012 wordt met een enig verzoekschrift een annulatieberoep en vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend.

IV. Tussenkoms

4. De verzoekende partij in tussenkomst 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. De schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

6. In het vijfde middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 110, § 2 en § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken. Zij acht deze bepaling geschonden:

“Doordat de bestreden beslissing de offerte van S&J BVBA als regelmatig weerhoudt en er geen prijsonderzoek naar de offerte van S&J BVBA werd

uitgevoerd terwijl de offerte van S&J BVBA nochtans prijzen bevat die niet met de werkelijkheid overeenstemmen;
Terwijl artikel 110, § 2 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken een plicht inhoudt voor de aanbestedende overheid om een prijsonderzoek uit te voeren;
Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde bepaling schendt.”

Concreet wordt daartoe vervolgens verwezen naar de door tussenkomende partij voorgestelde nulprijs voor perceel 3.

Beoordeling

7.1. Uit de bewoordingen van artikel 110, § 3, van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 volgt dat een aanbestedende overheid een inschrijver slechts om een prijsverantwoording dient te vragen indien het bestuur de betrokken inschrijver wenst af te wijzen. Dit neemt niet weg dat wel de plicht op de aanbestedende overheid berust om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat, welk onderzoek moet gebeuren met inachtneming van de zorgvuldigheidsverplichting.

7.2. Tussenkomende partij stelt voor perceel drie een nulprijs voor wat gelet op de gegeven omstandigheden niet als een niet abnormale prijs lijkt te kunnen worden beschouwd. Uit het dossier blijkt niet dat verwerende partij deze prijs op enige wijze heeft onderzocht. Ook in de nota gaat zij niet concreet op deze prijs in maar neemt zij enkel akte van het middel. Evenmin verantwoordt tussenkomende partij in haar verzoekschrift tot tussenkomst deze prijs.

In de huidige stand van het geding stelt de Raad van State vast dat verwerende partij artikel 110, § 3, van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 *prima facie* niet heeft in acht genomen.

7.3. Het middel dat enkel kan worden betrokken op het derde perceel, is ernstig.

B. Zesde middel

Standpunt van de partijen

8.1. In het zesde middel voert verzoekende partij de schending aan van “de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen, de formele motiveringsplicht, de materiële motiveringsplicht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het motiveringsbeginsel” en machtsafwending. Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

“Doordat de bestreden beslissing genomen is op basis van een gebrekkige motivering, niet zorgvuldig werd genomen en er geen redelijke verhouding bestaat tussen de feiten en de beslissing;
Terwijl een bestuurshandeling maar wettig is voor zover zij afdoende formeel én materieel gemotiveerd is;
Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde beginselen en bepalingen schendt”.

In essentie voert verzoekende partij vervolgens aan dat de gunningsbeslissing en het gunningsverslag wat de beoordeling van drie gunningscriteria betreft niet voldoende of niet afdoende gemotiveerd is.

Inzake het gunningscriterium “prijs” merkt zij op dat uit de gunningsbeslissing en het gunningsverslag niet kan worden afgeleid op welke basis de punten voor dit gunningscriterium worden gegeven, dat de punten voor dit gunningscriterium zo ver uit elkaar liggen dat de opdracht voor de percelen één tot en met vier aan tussenkomende partij wordt gegund enkel en alleen op basis van dit gunningscriterium nu de andere inschrijvers voor de andere gunningscriteria steeds meer punten krijgen. Het is volgens verzoekende partij onmogelijk om op basis van de gunningsbeslissing en het gunningsverslag na te gaan of de punten voor dit criterium op correcte wijze worden gegeven.

8.2. Verwerende partij antwoordt dat het gunningsverslag wel afdoende is gemotiveerd wat het gunningscriterium prijs betreft. De inschrijver met de laagste prijs ontvangt het maximum van de punten, dit is 25. De andere inschrijvers krijgen een puntenaantal in referentie tot de laagste prijs en dit volgens een wiskundig juiste functie.

Beoordeling

9. De formele motivering van 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.

Voorts beschikt de aanbestedende overheid bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een grote beoordelingsvrijheid en de Raad van State mag zich niet in de plaats van het bestuur stellen en de rangschikking wijzigen. Zulks houdt echter niet in dat het oordeel van de aanbestedende overheid zou zijn onttrokken aan het wettigheids-toezicht van de Raad van State. Aldus kan de Raad desgevraagd onder meer nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven. Hij kan daarbij ook nagaan of de inschrijvers gelijk werden behandeld.

10. In de eerste plaats stelt de Raad van State vast dat verzoekende partij op basis van de gunningsbeslissing en het gunningsverslag zoals die haar werden betekend, niet kon nagaan, op het ogenblik van het instellen van de vordering, welke prijs voor haar werd vergeleken – de geciteerde passage met concrete prijzen in het gunningsverslag dat haar werd betekend, werd onleesbaar gemaakt, ook wat haar prijzen betreft. Hiermee lijkt niet voldaan aan de formele motiveringsplicht. Het feit dat verwerende partij een niet onleesbaar gemaakte versie van het gunningsverslag in het administratief dossier heeft opgenomen, doet op het eerste gezicht aan deze vaststelling niets af.

11. Voorts wordt in de huidige stand van het geding vastgesteld dat de motivering inzake het prijscriterium in het gunningsverslag niet ten grondslag lijkt te liggen aan de puntentoekenning voor dit gunningscriterium wanneer de prijsopgaven zoals door de inschrijvers in hun offertes vermeld, er worden bij betrokken.

Het gunningsverslag zoals gevoegd bij het administratief dossier bevat voor het prijscriterium de volgende motivering:

“3. De prijs

Op dit gunningscriterium haalt de firma S&J bvba een aanzienlijk hogere score dan de concurrenten.

Het tarief voor een takeling van een voertuig tot en met 3.500 kg bedraagt bij S&J bvba 75 euro, bij D&S bvba 131 euro en bij Depannage De Groote nv 140 euro.

Het takelen van dienstvoertuigen wordt door S&J bvba gratis uitgevoerd, terwijl dit bij D&S bvba 50 euro bedraagt en bij Depannage De Groote 80 euro.

Voor de takelingen van zwaar vervoer (boven 3.500 kg) hanteren S&J bvba en D&S bvba gunstiger tarieven dan Depannage De Groote nv. S&J bvba en D&S bvba kennen op het gangbare tarief van Detabel een korting toe van 20%. Depannage De Groote hanteert hiervoor het zogenaamde ‘tarief van de onderneming’ wat nog duurdere tarieven zijn dan het Detabel-tarief.”

Uit deze motivering samengenomen met de door de inschrijvers opgestelde samenvattende tabellen zoals door de technische bepalingen van het bestek voorgeschreven onder punt 5 “Prijsopgave voor de verschillende percelen van de opdracht”, lijkt te kunnen worden afgeleid dat de aanbestedende overheid geen rekening heeft gehouden met alle prijselementen die in die tabellen zijn opgenomen dan wel met verkeerde prijselementen rekening heeft gehouden bij de puntentoekenning of categorieën hanteert die niet onmiddellijk compatibel lijken met de perceelsindeling. Deze vaststelling, die de percelen één, twee en vier betreft, klemmt des te meer in het licht van de besteksbeepaling bij dit voornoemd punt 5 dat de door de inschrijver ingediende prijzen worden beschouwd als gunningscriterium.

Bijgevolg staat in de huidige stand van het geding niet vast dat de bestreden beslissing voor deze percelen steunt op voldoende draagkrachtige motieven zodat de materiële motiveringsplicht lijkt te zijn geschonden zonder dat verder dient te worden ingegaan op de kritiek op de beoordeling van twee andere gunningscriteria. Het prijscriterium lijkt immers doorslaggevend voor de rangschikking.

12. Het zesde middel is in de aangegeven mate ernstig.

VII. Besluit

13. Het vijfde en zesde middel zijn in de besproken mate ernstig. De tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing dient dan ook te worden geschorst.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bvba S&J tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 12 januari 2012 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent om de percelen 1 tot en met 4 van de opdracht voor het takelen, vervoeren en bewaren van voertuigen in opdracht van de politiezone Gent te gunnen aan de bvba S&J.

3. 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 13 februari 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