

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.841 van 10 april 2012
in de zaak A. 204.162/XII-6901**

In zake: de bvba DE GENDT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Inke Dedecker
kantoor houdend te 3600 Genk
Stoffelsbergstraat 4
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE MAATSCHAPPIJ VOOR WATERVOOR-
ZIENING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche, Ian Arnouts en Sebastien
Devos
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 26 maart 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de raad van bestuur van de Vlaamse Maatschappij voor Watervoorziening van 2 maart 2012 waarbij de offerte van de nv Intrum onregelmatig wordt verklaard en de percelen 1 en 2 van de dienstenopdracht “minnelijke invordering van onbetaalde facturen” worden gegund aan de tijdelijke handelsvennootschap cvba gerechtsdeurwaarderskantoor De Meuter & Corstjens - cvba gerechtsdeurwaarders Handelskaai Kortrijk.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 april 2012, om 10.00 uur.

Staatsraad Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Inke Dedecker, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Ian Arnouts, 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. Op 26 augustus 2011 beslist de raad van bestuur van de Vlaamse Maatschappij voor Watervoorziening (VMW) het bestek “dienstenopdracht - minnelijke invordering van onbetaalde facturen” goed te keuren”.

Zoals blijkt uit de aankondiging in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen zal de opdracht gegund worden middels een onderhandelingsprocedure. Ze heeft tot voorwerp de minnelijke invordering van facturen gericht aan klanten van de VMW.

In het bestek wordt het voorwerp van de opdracht als volgt nader omschreven:

“De aanneming van diensten heeft tot voorwerp: minnelijke invordering van facturen gericht aan klanten van de VMW.

Deze facturen hebben betrekking op waterlevering, aanleg of wijziging van aftakkingen en huisaansluitingen, prestaties m.b.t. de dienstverlening van de VMW, keuringen, lekdetectie, labo-onderzoeken, ...

Deze klanten (zowel particulieren als rechtspersonen) hebben voor minstens één factuur in hun dossier reeds een volledig geautomatiseerde debiteurenopvolging doorlopen, nl. ontvangst van een herinnering (zonder of met kosten) en een aangetekende ingebrekestelling met kosten.

De minnelijke invordering omvat de invordering van de factuurbedragen, alsmede de invordering van de reeds door VMW aan de klant aangerekende debiteurenopvolgingskosten, een schadebeding van 10% op basisfactu(u)r(en) met een minimum van 37,50 euro en een maximum van 1.250 euro evenals de verwijlintresten aan de wettelijke intrestvoet (vanaf de datum van ingebrekestelling).

De opdracht tot minnelijke invordering omvat minstens de volgende onderdelen:

- berekening van intresten en schadebeding,
- schriftelijke ingebrekestelling van de debiteur,
- schriftelijke, telefonische en elektronische (e-mail) communicatie met de debiteur en met de opdrachtgever VMW
- opmaken en opvolgen van eventuele afbetalingsplannen
- indienen en opvolgen van eventuele collectieve schuldenregelingen (...)
- aanvullen en verbeteren van de door VMW toevertrouwde dossiergegevens (adressen, telefoonnummer, identificatiegegevens, ...)
- advies verlenen i.v.m. de solvabiliteit van de debiteur.”

De opdracht is opgedeeld in twee percelen.

De gunningscriteria worden bepaald als zijnde de prijs, met een relatief gewicht van 70/100 punten en de methodologie en de organisatie (30/100p.).

Het bestek maakt een onderscheid tussen een vaste en een variabele dossierkost:

“Per dossier zal door de VMW een vaste dossierkost van 10 EUR worden betaald. Het toevoegen van facturen aan lopende dossiers, zal niet als een nieuw dossier mogen aangerekend worden. Het is de inschrijvers niet toegestaan deze vaste kost te weigeren, te vermeerderen of te verminderen. Naast deze vaste dossierkost, zal de dienstverlener een variabele kost kunnen aanrekenen. Deze zal worden uitgedrukt als een percentage op het effectief ingevorderde bedrag. Dit percentage kan niet wijzigen naargelang het ingevorderde bedrag. Er mogen geen schijven met onderscheiden percentages toegepast worden.

Indien een offerte wordt ingediend voor 2 percelen, is het toegestaan om naast de prijs (voor variabele kost), per perceel een prijsvoorstel (voor variabele kost) met korting in te dienen voor het geval beide percelen aan dezelfde inschrijver zouden worden toegewezen.

De dienstverlener mag zelf geen incassokosten aanrekenen aan de debiteur.”

Ten slotte bepaalt het bestek het volgende over de elementen die geacht worden in de prijs te zijn inbegrepen:

“De dienstverlener kan tijdens de uitvoering van zijn opdracht, noch aan de VMW, noch aan de debiteur bijkomende kosten aanrekenen.

Hij wordt geacht in zijn inschrijving alle kosten te hebben verrekend die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van zijn opdracht: administratie- en secretariaatskosten, portkosten, verplaatsings- en verzekeringskosten, kosten voor de informatie die door de opdrachtgever wordt geëist (raadpleging rijksregister, handelsregister, beslagberichten, ...) aanpassingen aan informaticasystemen, ...”

Uit de technische specificaties van het bestek blijkt ook dat de aanmaningsbrieven die naar de debiteuren moeten worden verzonden in het kader van de minnelijke invordering telkens zowel per gewone post als per aangetekende post dienen te worden verzonden:

“1.4.1. De dienstverlener verzendt een brief naar de klant

Wanneer de dienstverlener een brief verzendt naar de klant, moet een gebeurtenis ‘Briefwisseling klant’ aangemaakt worden. Dit moet gebeuren voor elke briefwisseling met de klant, in de brede betekenis van het woord, namelijk ook communicatie via email moet opgeladen worden.

Deze gebeurtenis bevat een verwijzing naar het dossier, en bevat eveneens de verzonden brief in PDF formaat, of de email in menselijk leesbaar formaat, inclusief de bijlagen van de mail.

Er moet voor elk dossier een eerste aanmaningsbrief verstuurd worden (gewoon en aangetekend op gelijktijdig tijdstip) binnen de 5 werkdagen na publicatie van het dossier.”

3.2. VMW ontvangt in totaal vijftien offertes, waarbij die van verzoeker die enkel inschrijft voor perceel 2.

Drie inschrijvers met de op dat moment meest voordelige offertes worden uitgenodigd om hun methodologie toe te lichten. Het zijn de nv Intrum, de thv cvba gerechtsdeurwaarderskantoor De Meuter & Corstjens - cvba gerechtsdeurwaarders Handelskaai Kortrijk en de cvba N. De bvba De Gendt verkrijgt een score van 21/100, zijnde voor prijs 10,99/70 en voor methodologie en organisatie 10/30.

3.3. Verwerende partij verklaart:

“In het kader van deze toelichtingsgesprekken is vervolgens gebleken dat er bij de inschrijvers verwarring was gerezen n.a.v. een onduidelijkheid in het bestek, aangezien op de ene plaats werd gesproken over een ‘schriftelijke ingebrekestelling’ (en dus enkelvoud) en elders van een ‘gewoon en aangetekend’ schrijven (dus meervoud).

Uit verder onderzoek van de offertes blijkt dat meerdere inschrijvers bij hun prijsopgave waren uitgegaan van de eerste passage uit het bestek (dus enkelvoudig schrijven) en dus geen rekening hadden gehouden met het verzenden van zowel een gewoon als een aangetekend schrijven.”

VMW beslist om de inschrijvers “waarvan op basis van de offerte niet duidelijk kon vastgesteld worden of ze al dan niet rekening had gehouden met de verzending van zowel een gewone als een aangetekende brief” toe te laten “om desgevallend hun prijs in het licht hiervan aan te passen”. Met de bvba De Gendt wordt geen contact opgenomen omdat, zo stelt verwerende partij in haar nota, “uit de offerte van BVBA De Gendt afdoende kon worden afgeleid dat zij de eerste aanmaningsbrief zowel per gewoon schrijven als per aangetekende zending aan de debiteur zou toezenden”.

De nv Intrum handhaaft haar offerte; de twee andere voorlopig best geplaatste kandidaten en nog andere inschrijvers passen hun prijzen aan, anderen bevestigen dat zij met de aangetekende zending reeds rekening hadden gehouden.

3.4. Op 2 maart 2012 beslist de raad van bestuur van de VMW om de offerte van de nv Intrum als onregelmatig te beschouwen, op grond van abnormale prijzen en wegens een ondeugdelijke prijsverantwoording. De nv Intrum bestrijdt deze beslissing met een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, die heden wordt verworpen bij arrest nr. 218.840.

3.5. In dezelfde beslissing van 2 maart 2012 wordt de opdracht gegund aan de thv cvba De Meuter & Corstjens - cvba gerechtsdeurwaarders Handelskaai Kortrijk. De beslissing, zoals aan verzoekster meegedeeld, overweegt, onder meer:

“Gelet op het decreet van 28 juni 1983 houdende de oprichting van de VMW;

Gelet op de wetgeving overheidsopdrachten;

Gelet op artikel 20 van de statuten;

Gelet op de raadsbeslissing van 26 augustus 2011 waarbij het bestek voor de dienstenopdracht ‘minnelijke invordering van onbetaalde facturen’ werd goedgekeurd;

Gelet op de tabellen met de voorgestelde toetsing van de offertes aan de gunningscriteria en de bijhorende motiveringsfiches.

Gelet op de volgende overweging:

In vergadering van 26.08.2011 heeft de raad van bestuur het bestek voor de gunning van de dienstenopdracht factuurinvordering (minnelijke invordering van onbetaalde facturen) goedgekeurd.

De opdracht werd op 10.09.2011 gepubliceerd in het bulletin der aanbestedingen en op 15.09.2011 in het Europees publicatieblad.

De VMW ontving 15 inschrijvingen dewelke alle tijdig werden ingediend.

SELECTIEFASE

In het bestek werd vermeld: ‘De inschrijver moet beschikken over ten minste 2 referenties inzake gelijkwaardige opdrachten (d.i. een totaal invorderingsvolume van minstens 6.000 dossiers per jaar indien wordt ingeschreven voor 1 perceel of een totaal van minstens 12.000 dossiers indien wordt ingeschreven voor 2 percelen) die met goed gevolg werden uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar. Deze referenties dienen te worden aangetoond door een attest uitgaand van de opdrachtgevers

met vermelding van de periode waarin de opdracht werd uitgevoerd en het aantal behandelde dossiers in die periode, met vermelding van de naam, adres, e-mail en telefoonnummer van de contactpersoon van deze opdrachtgever. Attesten die de gevraagde informatie niet bevatten, zullen door VMW niet worden aanvaard'.

Het dossier van de bvba [Z.] bevatte slechts één geattesteerde referentie.

De dossiers van advocatenkantoor De Gendt bvba en van [Y.] bevatten 1 attest met vermelding van aantal dossiers en 1 attest zonder vermelding van aantal dossiers.

Volgens de ingediende attesten is er echter wel voldaan aan het gevraagde minimum aantal behandelde dossiers.

Zonder definitieve uitspraak te doen over de selectie van de voormelde inschrijvingen werden zij voor de volledigheid meegenomen in de kwalitatieve beoordeling waaruit echter zal blijken dat zij niet batig gerangschikt zijn.

GUNNINGSFASE

De offertes werden beoordeeld op prijs op basis van de in het bestek vermelde prijsformule die als volgt werd ingevuld : $70 \times (\text{€}10 + 0 \% \times 565) / (\text{€}10 + \text{variabele prijs \%} \times \text{€}565)$.

€565 is daarbij het geraamde gemiddelde invorderingsbedrag zoals vermeld in het bestek.

De beoordeling levert een cijfer op tussen 0 en 70.

De beoordeling van het gunningscriterium methodologie en organisatie staat per offerte uitgeschreven in de bijgevoegde Excel-tabellen met bijhorende motiveringsfiches. De offertes werden beoordeeld met een cijfer tussen 0 (onmogelijk te evalueren) en 30 (heel goed).

Op basis van een eerste vergelijking van de ingediende offertes (bijlage 1), werden de drie inschrijvers met de op dat moment meest voordelige offertes, nl.

- Intrum NV (totaalscore 90/ 100)
- TV (tijdelijke vereniging) cvba gerechtsdeurwaarderskantoor De Meuter & Corstjens - cvba Gerechtsdeurwaarders Handelskaai Kortrijk (totaalscore 49/100)
- [N.] (totaalscore 43,5/100) uitgenodigd om de door hen gebruikte methodologie toe te lichten.

Tijdens deze toelichtingsgesprekken werd duidelijk dat de besteksbepalingen opgenomen op blz. 3 'de opdracht tot minnelijke invordering omvat minstens de volgende onderdelen: schriftelijke ingebrekestelling van de debiteur' en blz. 18 'er moet voor elk dossier een eerste aanmaningsbrief verstuurd worden (gewoon en aangetekend op gelijktijdig tijdstip) binnen de 5 werkdagen na publicatie van het dossier', voor verwarring zorgden.

Het is inderdaad relatief ongebruikelijk dat men in het kader van incasso-opdrachten verwacht dat er zowel bij gewone brief als bij aangetekend schrijven wordt aangemaand.

Omwille van deze onduidelijkheid bij de kandidaten werden de

besteksbepalingen gepreciseerd en kregen de betrokken kandidaten de mogelijkheid om desgevallend hun prijs aan te passen.

Na de bevestiging van de voormelde drie kandidaten dat onverkort aan de vereisten van het bestek zou worden voldaan, werden de offerteprijzen verhoogd:

- tijdelijke vereniging TV cvba gerechtsdeurwaarderskantoor De Meuter & Corstjens - cvba gerechtsdeurwaarders Handelskaai Kortrijk : van ... % naar % voor 1 perceel, van ... % naar ...% voor 2 percelen.

[N.]: van ... % naar ...% voor 1 perceel van ...% naar voor 2 percelen. Intrum NV, schreef in met een variabele prijs van ...% (naast de vaste prijs van € 10) en behield die prijs na de toelichting.

Rekeninghoudend met de kostprijs van de door VMW gevraagde aanmaningsprocedure (aangetekende + gewone brief, schriftelijke, telefonische en elektronische communicatie met debiteur en VMW, opmaken en opvolgen van afbetalingsplannen, indienen en opvolgen van collectieve schuldenregelingen, komt een volledige dossierafhandeling voor een prijs van €10 over als ongeloofwaardig. Er werd derhalve een prijsverantwoording gevraagd aan Intrum Justitia. Deze antwoordde per brief van 24.01.2012: [...]

Op basis hiervan kan de offerte van Intrum NV niet aanvaard worden. Aan de overige inschrijvers waarvan op basis van de offerte niet duidelijk kon vastgesteld worden of men al dan niet rekening had gehouden met de verzending van zowel een gewone als een aangetekende brief, werd eveneens het bestek gepreciseerd en gevraagd of dit een invloed had op de inschrijvingsprijs.

Het ging daarbij om de volgende inschrijvers: [...]

Op basis van deze prijzen werd een nieuwe rangschikking opgemaakt (bijlage 2). Hieruit blijkt dat TV cvba gerechtsdeurwaarderskantoor De Meuter & Corstjens - cvba gerechtsdeurwaarders Handelskaai Kortrijk met een totaalscore van 81,3 % voor de beide percelen de meest voordelige offerte indiende en de dienstenopdracht 'factuurinvordering' dan ook aan deze inschrijver kan worden toegekend.

Na bespreking,

beslist de Raad zich de voormelde motieven en de motieven uit de beoordelingstabellen en motiveringsfiches eigen te maken en

beslist de Raad:

- De offerte van Intrum NV als onregelmatig te beschouwen [...]
- Aan de TV cvba gerechtsdeurwaarderskantoor De Meuter & Corstjens - cvba gerechtsdeurwaarders Handelskaai Kortrijk, de percelen 1 en 2 van de dienstenopdracht 'minnelijke invordering van onbetaalde facturen' te gunnen aangezien deze inschrijver de hoogste totaalscore (prijs + score methodologie en organisatie) behaalde en aldus de meest voordelige offerte indiende."

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. In beginsel beschikken enkel zij die zelf een offerte hebben ingediend in de betrokken gunningsprocedure over het rechtens vereiste belang om de nietigverklaring -en dus de schorsing van tenuitvoerlegging- te vorderen van een beslissing die een overheidsopdracht toewijst aan een andere inschrijver. Het doel van de vordering strekt er voorts toe om zelf een nieuwe kans te verwerven om de opdracht gegund te krijgen.

Ambthalfve lijkt dan ook vastgesteld te moeten worden dat verzoekster geen belang heeft bij haar beroep in de mate dat het tevens gericht is tegen de gunningsbeslissing voor perceel 1, aangezien zij uitsluitend een offerte heeft ingediend voor perceel 2. Evenmin lijkt zij belang erbij te hebben de beslissing aan te vechten in de mate waarin een concurrent voor perceel 2 onregelmatig is verklaard.

V. De schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met het te dezen toepasselijk artikel 65/15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kan verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

6. Verzoekster voert in het inleidend verzoekschrift drie middelen aan.

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. Het eerste middel “is gebaseerd op de schending van artikel 2 en artikel 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en op de schending van artikel 17 §3 1°, 2° en 4° van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en op de schending van artikel 61 van het Koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken en op de schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

De beslissing om op de onderhandelingsprocedure een beroep te doen, en derhalve ook de bestreden beslissing, is volgens verzoekster onwettig om vijf redenen:

- wegens het ontbreken van een formele motivering om een beroep te doen op de onderhandelingsprocedure;
- wegens het zich niet bevinden in een geval waarin een beroep kan gedaan worden op de onderhandelingsprocedure;
- wegens het ontbreken van een proces-verbaal waarin de omstandigheden zijn gespecificeerd op grond waarvan is besloten de onderhandelingsprocedure te gebruiken;
- wegens de schending van de materiële motiveringplicht;
- wegens de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Beoordeling

8. Niet wordt betwist dat de VMW een aanbestedende overheid is, actief in de nutssectoren.

De in het geding zijnde opdracht wordt gegund volgens een onderhandelingsprocedure met bekendmaking en is door verwerende partij gekwalificeerd als een opdracht in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten. Dit blijkt uit de aankondiging van de opdracht. Zowel in de aankondiging die in het Bulletin der Aanbestedingen is gepubliceerd als in de aankondiging in het Europees Publicatieblad, wordt in de hoofding van de aankondiging duidelijk vermeld “aankondiging van een opdracht - nutssectoren”. Tevens wordt in het gedeelte “Voorwaarden voor deelneming” onder punt III.2.1), duidelijk verwezen naar het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten.

Ook in het bestek is onder het gedeelte “Algemene bepalingen” ondubbelzinnig te lezen dat het voormeld koninklijk besluit van 10 januari 1996 van toepassing is.

Verzoekster heeft nooit tijdens de onderhandelingsprocedure de toepassing van deze regelgeving betwist; zij doet dat evenmin in haar verzoekschrift.

Wel argumenteert verzoekster ter terechtzitting dat de regeling voor de nutssectoren niet van toepassing is op een opdracht die specifiek strekt tot de invordering van facturen. Haar verzoekschrift bevat echter geen spoor van die rechtsopvatting, laat staan enige inhoudelijke argumentatie. Er kan derhalve voor het verdere geen rekening mee worden gehouden.

9. Verzoekster hanteert als uitgangspunt van het eerste middel een vermeende schending van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en van artikel 17 van de wet van 24 december 1993. Aldus beroept zij zich onmiskenbaar op het overheidsopdrachtenregime dat toepasselijk is in de zogenaamde “klassieke sectoren”. Zij gaat er aldus aan voorbij dat *in casu* niet voormeld artikel 17 van de wet van 24 december 1993 noch het koninklijk besluit van 8 januari 1996 van toepas-

sing lijken te zijn, maar wel artikel 26 tot 41^{sexies} (Titel IV) van de wet van 24 december 1993 alsook het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten.

Het middel, dat zonder meer van het tegendeel uitgaat, faalt *prima facie* naar recht en is dan ook niet ernstig. Daarbij zij opgemerkt dat van de rechter niet mag worden verwacht, al zeker niet in een procedure zoals bij uiterst dringende noodzakelijkheid, dat hij in de plaats van de verzoekende partij gaat opsporen welke de toepasselijke regelgeving is en die regels vervolgens aan de in het middel ingeroepen bepalingen zou substitueren, om daarna ook na te gaan in de plaats van de verzoekende partij in welke mate die bepalingen wel of niet analoge verplichtingen inhouden als de ingeroepen, maar niet van toepassing zijnde bepalingen.

10. Louter ten overvloede dan ook, zij nog opgemerkt dat op het eerste gezicht en in tegenstelling tot wat verzoekster laat uitschijnen in haar verzoekschrift, de onderhandelingsprocedure met bekendmaking in de nutssectoren geen uitzonderingsprocedure betreft. De vermeende schending van de motiveringsplicht -zo formeel als materieel- vertrekt van een verkeerd uitgangspunt en is om die reden evenmin ernstig.

11. Het eerste middel is in geen van zijn onderdelen ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. Het tweede middel “is gebaseerd op de schending van artikel 1 en 7 § 2 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en op de schending van artikel 54 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 samenhang met de schending van artikel 2 en artikel 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en de schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

In dit middel voert verzoekster aan dat het bedrag van de opdracht niet werd geraamd, terwijl zulks kon en had moeten gebeuren, zodat artikel 54 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 reeds zou zijn geschonden.

Daarnaast is zulk een raming volgens verzoekster onder meer van belang om na te gaan of de opdracht op forfaitaire grondslag wordt gegund. Eén en ander zou een schending uitmaken van de artikelen 1 en 7, § 2, van de wet van 24 december 1993, die dit verplicht stellen, behoudens in de aldaar opgesomde limitatieve uitzonderingsgevallen.

Vermits er in het bestek geen raming is gemaakt, leidt dit volgens verzoekster ook inherent tot een schending van de wet van 29 juli 1991 evenals van de materiële-motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Beoordeling

13. In de mate waarin het middel andermaal vertrekt van en steunt op de verkeerde regelgeving is het om de reeds bij het eerste middel gegeven redenen niet ernstig.

Voor het overige valt op te merken dat verzoekster op het eerste gezicht in gebreke blijft aan te tonen op welke wijze zij door de beweerde schending is benadeeld. Een raming is van belang, zo lijkt, om te bepalen welke bekendmakingsvoorschriften van toepassing zijn. Verzoekster, die vanzelfsprekend op de hoogte was van het bestaan van de opdracht aangezien zij een offerte heeft

ingediend, lijkt geen nadeel te ondervinden door de eventuele vaststelling dat geen raming van de opdracht werd bekendgemaakt. Verzoekster toont ook niet aan op welke andere wijze zij voordeel zou hebben kunnen halen uit een publieke en volledige raming van de waarde van de opdracht, die hoe dan ook is bekendgemaakt met naleving van de Europese bekendmakingsregels. Evenmin toont verzoekster aan dat, indien er al sprake zou zijn van een verplichting om een raming op te stellen en deze vooraf bekend te maken, het niet naleven van deze verplichtingen in de voorliggende zaak de nietigheid van de daaropvolgende toewijzingsbeslissing tot gevolg zou moeten hebben.

14. Volgens verzoekster zou de raming ook van belang zijn om na te gaan of de opdracht op forfaitaire grondslag wordt gegund zoals vereist, dan wel of er reden is om hiervan af te wijken met toepassing van 7, § 2, van de wet van 24 december 1993.

Artikel 41 van de wet van 24 december 1993 bepaalt dat onder meer artikel 7 eveneens van toepassing is op de overheidsopdrachten bedoeld in titel IV.

Op het eerste gezicht is het evenwel niet de raming, doch wel de wijze van prijsbepaling die relevant is om na te gaan of de opdracht op forfaitaire grondslag wordt gegund. Het principe van de gunning op forfaitaire grondslag sluit voorts niet uit, zo lijkt, dat opdrachten worden gegund op basis van prijslijst omdat het forfaitair karakter in dat geval bij de eenheidsprijzen ligt.

Inzake de wijze waarop de prijzen worden vastgesteld, bepaalt het bestek het volgende:

“Per dossier zal door de VMW een vaste dossierkost van 10 EUR worden betaald. Het toevoegen van facturen aan lopende dossiers, zal niet als een nieuw dossier mogen aangerekend worden. Het is de inschrijvers niet toegestaan deze vaste kost te weigeren, te vermeerderen of te verminderen. Naast deze vaste dossierkost, zal de dienstverlener een variabele kost kunnen aanrekenen. Deze zal worden uitgedrukt als een percentage op het effectief ingevorderde bedrag. Dit percentage kan niet wijzigen naargelang

het ingevorderde bedrag. Er mogen geen schijven met onderscheiden percentages toegepast worden.

Indien een offerte wordt ingediend voor 2 percelen, is het toegestaan om naast de prijs (voor variabele kost), per perceel een prijsvoorstel (voor variabele kost) met korting in te dienen voor het geval beide percelen aan dezelfde inschrijver zouden worden toegewezen.

De dienstverlener mag zelf geen incassokosten aanrekenen aan de debiteur.”

Verzoekster blijft dan ook in gebreke aan te tonen dat de voorliggende opdracht gegund zou worden zonder forfaitaire prijsbepaling.

Er is immers sprake van een vaste dossierkost en ook de door de dienstverleners aan te rekenen variabele kost betreft een vast percentage op het effectief ingevorderde bedrag. Het betreft dus geenszins een opdracht op grond van voorlopige prijzen of van werkelijke uitgaven. Het “variabel” karakter lijkt inderdaad louter te schuilen in het feit dat er per invordering een verschillend bedrag aan de begunstigde inschrijver zal toekomen, aangezien dit afhankelijk is van het ingevorderde bedrag.

15. Gelet op het voorgaande, is evenmin aangetoond dat er sprake zou zijn van een schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

16. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

17. Het derde middel “is gebaseerd op de schending van artikel 1§1 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de schending van artikel 122^{ter} van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 be-

treffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken in samenhang met de schending van de basisbeginselen van de overheidsopdrachtenreglementering, zijnde het gelijkheidsbeginsel zoals eveneens bepaald in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, het transparantiebeginsel en het mededingingsbeginsel en de schending van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* in samenhang met de schending van het materieel motiveringsbeginsel, artikel 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Verzoekster voert aan dat de werkwijze van verwerende partij, waarbij aan een aantal inschrijvers de kans werd gegeven om in het licht van een verduidelijking van het bestek alsnog hun prijs aan te passen onwettig is, omdat verwerende partij aldus onderhandeld zou hebben met inschrijvers die een van het bestek afwijkende en dus nietige offerte hebben ingediend. Aldus zou zij inschrijvers toegelaten hebben om een niet besteksconforme offerte alsnog te regulariseren. Naar het oordeel van verzoekster was de besteksbepaling noch voor interpretatie of verwarring vatbaar, noch ongebruikelijk. Zij wijst er op dat verwerende partij bij de eerste rangschikking van de meest voordelige offertes de verplichting had om na te gaan of de offertes voldeden aan alle in het bestek voorgeschreven voorwaarden.

Verder leidt dit volgens verzoekster tot een ongelijke behandeling van de inschrijvers die van meet af aan een besteksconforme offerte indienden binnen de gestelde termijn, zoals zichzelf. Daarnaast zou er ook sprake zijn van een ongelijke behandeling omdat zij tijdens de ganse procedure door verwerende partij op geen enkele manier meer werd gekend.

Beoordeling

18. In de mate waarin ook het derde middel uitgaat van en steunt op de verkeerde regelgeving is het om de reeds bij het eerste middel gegeven reden niet ernstig.

19. In de mate dat verzoekster betoogt dat de oorspronkelijke offertes niet aan de voorwaarden van het bestek voldeden en verwerende partij deze onregelmatige offertes had moeten weren, valt verder op te merken dat de opdracht werd gegund volgens een onderhandelingsprocedure met bekendmaking en dat verzoekster alvast niet aantoont op grond van welke normering, eigen aan de voorliggende onderhandelingsprocedure, dergelijke verplichting zou moeten blijken. Het door verzoekster overigens niet aangevoerde artikel 98, § 2, van het -hier volgens het bestek toepasselijke- koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, is op het eerste gezicht niet van toepassing bij een onderhandelingsprocedure. Het flexibele kader van een onderhandelingsprocedure lijkt in het algemeen alvast meer ruimte te bieden voor aanpassing van offertes.

20. De voorgaande vaststelling neemt niet weg dat het bijzonder bestek zelf wel een aantal regelmatigheidsvereisten kan stellen. Verder valt *prima facie* binnen de discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende overheid om te bepalen waarover onderhandeld kan worden, doch uitsluitend in zoverre hierbij de bepalingen van het bestek en het gelijkheidsbeginsel worden geëerbiedigd.

In casu blijkt dat het bestek uitdrukkelijk het volgende bepaalt:

“Door de indiening van zijn offerte gaat de inschrijver akkoord met de voorwaarden van dit bestek. Offertes die afwijkingen inhouden en/of een voorbehoud bevatten, zullen als nietig geweerd worden.”

In de huidige stand van de procedure valt de Raad van State evenwel de exceptie bij, opgeworpen door verwerende partij dat verzoekster geen belang aantoont bij het middel in de mate waarin zij zich beroept op een schending van het *patere legem*-beginsel, van voormelde besteksbepaling en van het gelijkheidsbeginsel omdat onregelmatige inschrijvers hun offerte alsnog zouden kunnen hebben regulariseren.

In deze exceptie wijst verwerende partij op de extreem lage score van verzoekster, die zij in het verzoekschrift niet in twijfel trekt, en op het feit dat wanneer, in de logica van het middel, rekening wordt gehouden met de inschrijvers waarvan de offerte geweerd had moeten worden, verzoekster nog steeds geen schijn van kans maakte om gunstig gerangschikt te worden met het oog op de verdere onderhandelingen. Verwerende partij wijst er aldus op, dat verzoekster geen enkel element aanbrengt op grond waarvan zij zelf een betere score zou hebben moeten verkrijgen en een grotere kans op de toewijzing van de opdracht zou hebben gehad. In deze exceptie werpt verwerende partij voorts nog op dat een strikte toepassing van de *patere legem*-regel en de bedoelde besteksbepalingen volgens de inzichten van verzoekster noodzakelijk ertoe moet leiden dat ook de offerte van verzoekster geweerd had moeten worden, aangezien zij slechts één attest had voorgelegd met vermelding van het aantal dossiers, wat evenzeer tot gevolg zou hebben dat de offerte van verzoekster eveneens behept was met een afwijking van het bestek en dat het betrokken tweede attest zonder vermelding van het aantal dossiers niet mocht worden aanvaard in het licht van voormelde besteksbepaling.

Deze in de nota uitvoerig geargumenteerde exceptie is opvallend ter terechtzitting door verzoekster niet tegengesproken, en zelfs geheel onbesproken gelaten, alhoewel zij uitdrukkelijk was uitgenodigd in de eerste plaats te repliceren op deze nota, die zij reeds ruim voor de zitting had ontvangen.

Mede in overweging nemend dat er op het eerste gezicht wel degelijk inschrijvers waren die in hun oorspronkelijke offerte reeds rekening

hieldden met een dubbele verzending, zodat het ernstig bevinden van het middel niet impliceert dat de opdracht aan geen enkele inschrijver zou kunnen worden gegund, heeft verzoekster *prima facie* bij het middel geen belang.

21. De Raad ziet ten slotte niet hoe de mogelijkheid die aan sommige inschrijvers is gegeven om hun prijs aan te passen, terwijl ze niet aan verzoekster is gegeven, haar heeft kunnen benadelen. Verzoekster erkent wat haarzelf betreft, dat zij in haar offerte rekening heeft gehouden met de aangetekende verzending en beweert niet haar offerte nog te willen aanpassen, terwijl de inschrijvers die hun offerte hebben gewijzigd, dit enkel hebben gedaan om hun prijs naar boven bij te stellen.

22. Het middel is niet ernstig.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 10 april 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Geert Van Haegendoren