

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 224.308 van 9 juli 2013
in de zaak A. 197.694/XII-6343**

In zake: de NV VANASSCHE FIREFIGHTING ENGINEERING
voorheen de nv Etn Pol Vanassche & Cie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Rik Honoré en Nele Vercruysse
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 4 A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE WEVELGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Sofie Logie
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 6/24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 14 september 2010 strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing [van] 7.7.2010 van [het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Wevelgem] waarbij de opdracht gegund werd aan nv Somati Vehicles (inclusief de impliciete beslissing om de opdracht niet [aan de nv Vanassche Firefighting Engineering] te gunnen) en [van] de beslissing dd. 12.2.2010 waarbij het bestek nr 2063/01410 met het oog op de aankoop van een autopomp ten behoeve van de brandweer werd goedgekeurd”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 222.357 van de Algemene Vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak van 1 februari 2013 is het debat heropend, wordt de auditeur met een aanvullend onderzoek belast en is de zaak naar de XII^{de} kamer verwezen.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 mei 2013.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Fien D'Haenens, die *loco* advocaten Rik Honore en Nele Vercruysse verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Meindert Gees, die *loco* advocaten Dirk Van Heuven en Sofie Logie verschijnt voor de verwerende 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. De gemeenteraad van Wevelgem keurt bij beslissing van 12 februari 2010 het bijzonder bestek nr. 2063/01410 goed voor de

overheidsopdracht bij algemene offerteaanvraag met betrekking tot de aankoop van een autopomp ten behoeve van de brandweer.

De gunningscriteria zijn: 1. technische kwaliteit, 2. veiligheid, 3. leveringstermijn, en 4. prijs.

3.2. De opening van de offertes heeft plaats op 13 april 2010. Onder anderen verzoekende partij dient een offerte in.

3.3. In het gunningsverslag van 23 juni 2010 wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Somati Vehicles, die in de eindrangschikking de eerste plaats bekleedt, met 94,395 punten terwijl de offerte van verzoekende partij 92,28 punten krijgt.

3.4. Het college van burgemeester en schepenen beslist op 7 juli 2010 zijn goedkeuring te hechten aan het verslag van nazicht van de offertes en de opdracht aan de nv Somati Vehicles te gunnen.

IV. Het voorwerp van het beroep

4. In het voornoemd tussenarrest heeft de Raad beslist dat het beroep tegen de derde bestreden beslissing, namelijk de gemeenteraadsbeslissing van 12 februari 2010, onontvankelijk is. Het voorwerp van het beroep is thans dan ook beperkt tot de gunningsbeslissing van 7 juli 2010 en de impliciete weigeringsbeslissing de opdracht aan verzoekende partij te gunnen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

5. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van artikel 36

en 53 van de richtlijn 2004/18/EG ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van het transparantie-, zuinigheids- en gelijkheidsbeginsel en van de informatieplicht.

Zij stelt uitdrukkelijk dat dit middel gericht is tegen de gunningsbeslissing en niet tegen de impliciete weigeringsbeslissing.

In een eerste onderdeel klaagt verzoekende partij aan dat in het bestek het gunningscriterium veiligheid, gequoteerd op 20 punten, niet nader wordt toegelicht, terwijl uit een werkdocument bij het gunningsverslag opeens blijkt dat dit criterium achteraf, dit is na opening van de offertes, is onderverdeeld in subcriteria waaraan elk een gewicht is toegekend. De offerte van verzoekende partij scoorde slecht op het criterium veiligheid zodat zij belang heeft bij het middel.

6. Verwerende partij merkt in haar memorie van antwoord op dat “er [...] geen enkele wettelijke verplichting [bestaat] voor de aanbestedende overheid om een gunningscriterium op te delen in subgunningscriteria, noch om beoordelingselementen en/of een beoordelingsmethodiek voorafgaandelijk kenbaar te maken”.

7. Verzoekende partij benadrukt in haar memorie van wederantwoord wat het eerste onderdeel betreft dat er wel degelijk subcriteria werden gebruikt en dat de aanbestedende overheid verplicht was deze voorafgaand aan de inschrijvers kenbaar te maken hetgeen hier niet gebeurde.

8. In haar eerste laatste memorie wijst verwerende partij wat het eerste onderdeel betreft op het arrest *Europaïki Dynamiki* van 21 juli 2011 van het Hof van Justitie waarin volgens haar wordt geoordeeld dat het bepalen van subcriteria *a posteriori* toegelaten is in zoverre “ze niet van die aard mogen zijn dat ze invloed hebben op de voorbereiding van de offertes”. Hier is niet aangetoond “dat de voorbereiding van de offertes anders zou zijn geweest indien de subcriteria en de wegingscoëfficiënt op voorhand gekend zou zijn geweest”.

Beoordeling

9. Artikel 16, eerste zin, van de wet van 24 december 1993 stelt:

“Bij algemene of beperkte offerteaanvraag dient de opdracht toegewezen te worden aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient rekening houdend met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek, of eventueel in de aankondiging van de opdracht.”

10. In het bestek wordt als tweede gunningscriterium ‘veiligheid’ vermeld, te quoteren op 20 van de 100 punten, zonder nadere uitleg.

In een zogenaamd werkdocument van verwerende partij, volgens de laatste memorie van verwerende partij “opgesteld naar aanleiding van de voorbereiding van de opmaak van het gunningsverslag”, wordt het volgende vermeld:

“Beschrijving punten verdeling rubriek veiligheid (20 punten)

Punten geklasseerd volgens belangrijkheid:

1° debiet compressor (8 punten)

Hoe hoger debiet van de compressor, hoe beter voor de veiligheid van de wagen, gezien de pneumatische sturing van remmen en andere sturingen afhankelijk is van het debiet.

Hoe hoger debiet hoe vlugger dat de wagen op remdruk is bij het starten van de wagen.

Bij veelvuldig gebruik van de luchtcapaciteit wordt de luchttank vlugger gevuld bij een compressor met meer debiet en is de druk voor de remmen en andere doeleinden stabiel.

2° geluidsniveau in cabine met ingeschakelde sirene (5 punten)

Het [is] belangrijk dat de bevelvoerder nog duidelijk zijn informatie via de zender kan ontvangen en eveneens zijn bevelen mondeling kan doorgeven aan de manschappen in de cabine.

3° sterkte verlichting op uitschuifbare mast.

Hoe meer watt (vermogen) en hoe beter verlichtingveld rond de interventiewagen.

4° reservecapaciteit alternator (2 punten)

Hoe hoger reservecapaciteit hoe beter werking, maar er is nog altijd een back-up van de autobatterijen.

5° remtijd van 60 naar 20 km/h (2 punten)

Hoe korter remtijd hoe beter, maar in de praktijk overweegt dat niet tegenoverstaand de andere punten.”

De toepassing van deze nota op de offertes leidt tot een puntentoeckenning wat dit gunningscriterium betreft van:

Naam inschrijver	Score op 20
Garage Dias &Zn. nv	18,66
Fire Technics nv	17,31
Somati Vehicles	16,99
Vanassche & Cie nv	13,6

11. Als subcriteria moeten worden beschouwd gegevens die dienstig zijn om in het aangeboden een onderscheid te maken en die aldus een maatstaf bij een beoordeling van een gunningscriterium zijn.

Om een subcriterium te kunnen onderscheiden van de in het kader van de motiveringsplicht vereiste vermelding van gunstige of minder gunstige elementen die de beoordeling van een gunningscriterium ondersteunen, moet het gaan om een voorafgaand aan de toetsing bedacht gegeven waarmee de inschrijvingen min of meer stelselmatig worden vergeleken of om een enigszins planmatige toetsing.

12. Zoals blijkt uit het geciteerd werkdocument en de met toepassing daaruit voortvloeiende puntenbeoordeling is het duidelijk dat de offertes van de inschrijvers voor het gunningscriterium 'veiligheid' systematisch werden getoetst aan de voornoemde vijf elementen die dan ook als subcriteria moeten worden beschouwd. Deze subcriteria waren de inschrijvers niet vooraf gekend, zekerlijk nu zoals gezegd de aanbestedende overheid zelf aangeeft dat ze slechts werden opgesteld in voorbereiding van de opmaak van het gunningsverslag; ze blijken noch uit het bestek noch uit de aankondiging van de opdracht; evenmin waren ze de inschrijvers op een andere wijze ter kennis gebracht vooraleer zij hun offerte indienden.

Terecht merkt verzoekende partij op dat mocht zij bij de voorbereiding van haar offerte kennis hebben gehad van deze subcriteria, zij had kunnen zijn beïnvloed bij de redactie ervan. Zij had dan een meer voordelige offerte kunnen indienen.

Aldus staat niet langer vast dat de offerte werd toegewezen aan de inschrijver met de voordeligste regelmatige offerte, rekening houdend met de gunningscriteria.

13. Het middel, eerste onderdeel, is gegrond en volstaat om te besluiten tot de nietigverklaring van de gunningsbeslissing. Het verzoek in de tweede laatste memorie van verzoekende partij om het middel óók te betrekken op de weigeringsbeslissing is niet tijdig.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

14. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 110 en 115 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 merkt op dat dit middel expliciet gericht is tegen de gunningsbeslissing en de impliciete weigeringsbeslissing.

In het bestek wordt voor de uitschuifbare mast van de autopomp in lampen voorzien van 750 W per stuk terwijl de begunstigde inschrijver lampen van 1000 W aanbiedt. Dit is een niet conforme en onregelmatige inschrijving “temeer het bestek expliciet voorziet dat vrije varianten niet toegestaan zijn en er ook geen verplichte variëte was voorzien voor die lampen”. Het betreft, zo vervolgt verzoekende partij, een substantiële afwijking van de technische besteksvoorwaarden zodat verwerende partij verplicht was om de offerte van de begunstigde inschrijver te weren.

15. Verwerende partij merkt in haar memorie van antwoord op dat het bestek een minimaal lichtvermogen van 750 W voorschreef. Lampen van 1000 W creëren bij een interventie beter omgevingslicht rond de brandweerwag. Minstens gaat het hier niet om een substantiële onregelmatigheid aangezien het resultaat dat de begunstigde inschrijver aanbood beter was dan wat het bestek voorschrijft.

16. Verzoekende partij merkt in haar memorie van wederantwoord op dat het bestek geen minimaal vermogen van 750 W voorschreef en dat “zwaardere lampen meer stroom afnemen van de stroomgroep en deze daardoor te weinig capaciteit zou kunnen over houden voor het aansluiten van andere stroomverbruikers”.

17. In haar tweede laatste memorie stelt verzoekende partij dat in het bestek heel bewust zou zijn gekozen voor een vermogen van 750 W omdat lampen met een hoger wattage teveel stroom afnemen en de in het bestek voorziene stroomgroep daar niet op is berekend.

Beoordeling

18. Weliswaar schrijft het bestek een vermogen voor van 750 W doch het aanbieden van lampen met een vermogen van 1000 W moet hier niet worden beschouwd als een substantiële onregelmatigheid. De bewering van verzoekende partij dat een meer-vermogen van 250 W de in het bestek voorgeschreven stroomgroep in die mate belast dat de functionaliteit ervan bezwaard zou worden, wordt immers door haar niet op een technisch afdoend betoog gesteund.

Het middel wordt verworpen. Er hoeft dus hoe dan ook niet te worden onderzocht of de gegrondheid ervan de nietigverklaring van de weigeringsbeslissing vermag te verantwoorden.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 7 juli 2010 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Wevelgem waarbij de opdracht “aankoop autopomp ten behoeve van de brandweer” gegund werd aan NV Somati Vehicles.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 juli 2013, 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