

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 224.406 van 29 juli 2013
in de zaak A. 209.383/XII-7413**

In zake : de NV ELPO CUISINEX G.H.G.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Johan Vanmuysen
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Koningin Astridlaan 79
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de GEMEENTE ALKEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Inke Dedecker
kantoor houdend te 3600 Genk
Jaarbeurslaan 19/31
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 10 juli 2013, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Alken genomen op 19 juni 2013 met betrekking tot de opdracht “Keukeninrichting G.C.C.A. Sint-Jorisheem”, die werd toegekend aan de NV Mertens - Faema.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 juli 2013.

Staatsraad Daniël Moons heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Johan Vanmuysen, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Inke Dedecker, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Alexander Van Steenberge 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 28 maart 2013 beslist de gemeenteraad van Alken om goedkeuring te verlenen aan het bijzonder bestek met nr. 2013/019 en de raming voor de opdracht “Keukeninrichting G.C.C.A Sint-Jorisheem”. De raming bedraagt 66.115,70 euro excl. btw of 80.000,00 euro incl. 21% btw. De opdracht wordt gegund bij wijze van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

In het bijzonder bestek nr. 2013/019 wordt de opdracht als volgt omschreven:

“(…)

Deze opdracht omvat de levering en de plaatsing van twee volledig ingericht(e) goed werkende keukens in het gemeenschapscentrum Sint-Jorisheem. Gc Sint-Jorisheem is een gebouwencomplex dat bestaat uit 3 feestzalen en 2 keukens. In de zalen worden verschillende activiteiten georganiseerd. Het is een gebouw dat multifunctioneel gebruikt wordt: vergaderingen, kooklessen, mosseldagen, ontbijt, eetdagen, babyborrels,

verjaardagsfeestjes, infoavonden, ... Al deze activiteiten worden door verschillende personen/verenigingen ingericht.

Dit betekent dat de toestellen die geïnstalleerd en gevraagd worden, geschikt moeten zijn voor professioneel gebruik. Gezien het gebruik door verschillende derden, is het strikt noodzakelijk dat de toestellen gebruiksvriendelijk en eenvoudig in onderhoud moeten zijn.

(...).”

In het bijzonder bestek nr. 2013/019 worden de volgende gunningscriteria weergegeven :

“(…)

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Prijs	40
	Regel van drie; Score offerte = (prijs laagste offerte/prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs	
2	Kwaliteit	50
3	Garantie/service	10

(...).”

De gemeenteraad van Alken besluit op de zitting van 28 maart 2013 om verschillende firma's uit te nodigen om deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure, waaronder de verzoekende partij en de NV Mertens - Faema.

3.2. De verzoekende partij dient een offerte in alsook de NV Mertens - Faema.

3.3. Op 10 juni 2013 wordt bij de beide inschrijvers een plaatsbezoek gebracht waarvan een verslag werd opgesteld.

In het verslag van nazicht van de offertes van 13 juni 2013 krijgt de offerte van de verzoekende partij een totaal van 86,5 punten, terwijl de NV Mertens - Faema een totaal van 89,13 punten krijgt.

3.4. Op de zitting van 19 juni 2013 beslist het college van burgemeester en schepenen om de opdracht te gunnen aan de NV Mertens - Faema die als meest voordelige regelmatige bidder wordt beschouwd. Uit de vergelijking van de offertes aan de hand van de gunningscriteria kwam de verwerende partij tot de volgende beoordeling :

Prijs: Beoordeling op 40 punten		
Elpo-Cuisinex	Laagste offerte krijgt de maximum score	40
Mertens Faema	Score verhoudingsgewijs berekend tot laagste offerte	32,13
Kwaliteit: Beoordeling op 50 punten		
Elpo-Cuisinex	Toestellen: - Oven: enkele deur, 1 ventilator - Fornois: knoppen steken uit - Friteuse: knoppen steken uit; rooster is niet zo makkelijk te verwijderen - Warmkast: Leggers in inox dikte 0,8 Inox materialen: - De dikte van de inox bedraagt 0,8: de kasten, rekken, werktabletten en leggers voelen niet zo stevig aan - Afwerking in rechte hoeken wat het reinigen niet makkelijk maakt Vuilbak wordt in bestek bepaald in inox materiaal, bij plaatsbezoek werd een pvc vuilbak getoond die blijkbaar werd aangeboden in de offerte en dus niet voldoet aan de bepalingen van het bestek Beoordeling: - Kwaliteit van de toestellen: 8 - Onderhoud van de toestellen: 7 - Bediening van de toestellen: 9 - Kwaliteit van de inox materialen: 6 - Onderhoud van de materialen: 6,5	36,5
Mertens Faema	Toestellen: -Oven: dubbele deur (geïsoleerd), 2 ventilatoren -Fornois: Knoppen zijn ingewerkt; is volledig uit mekaar te halen en makkelijk te reinigen -Friteuse: Knoppen zijn ingewerkt; is volledig uit mekaar te halen wat het reinigen vergemakkelijkt -Warmkast: Leggers in inox dikte 1,5 zijn zeer stevig Inox materialen: -De dikte van de inox bedraagt 1,5: de kasten, rekken, werktabletten en leggers voelen zeer stevig aan -Afwerking in afgeronde hoeken wat het reinigen erg vergemakkelijkt Beoordeling: - Kwaliteit van de toestellen: 10 - Onderhoud van de toestellen: 9,5 - Bediening van de toestellen: 9 - Kwaliteit van de inox materialen: 9 - Onderhoud van de materialen: 9,5	47
Garantie/service: Beoordeling op 10 punten		

Elpo-Cuisinex	2 jaar garantie op onderdelen, werkuren en verplaatsingen	10
Mertens Faema	2 jaar garantie op onderdelen, werkuren en verplaatsingen	10

3.5. Dit is de bestreden beslissing.

3.6. Bij e-mails van 25 en 26 juni 2013 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van het feit dat de opdracht haar niet werd gegund.

3.7. Uit de nota van de verwerende partij blijkt dat de keukens inmiddels volledig zouden zijn geplaatst. Ter zitting betwist de raadsman van de verzoekende partij dat dit het geval is.

De Raad van State gaat er op het eerste gezicht vanuit dat de opdracht is uitgevoerd, gelet op het feit dat de NV Mertens - Faema niet is tussengekomen in de huidige procedure en gelet op de datum waarop de keukens dienden geïnstalleerd te zijn (12 juli 2013).

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

Standpunt van de partijen

4.1. De verwerende partij merkt op dat er in geval van onderhandelingsprocedures zonder bekendmaking geen wachttermijn in acht dient genomen te worden. De verwerende partij heeft aan de NV Mertens - Faema meegedeeld dat de opdracht aan haar gegund werd en haar verzocht om de opdracht zo snel mogelijk uit te voeren. In het bestek was immers voorzien dat de plaatsing van de keukens uiterlijk op 12 juli 2013 afgewerkt diende te zijn. De overeenkomst is tot stand gekomen en de keukens zijn inmiddels geplaatst. Uitvoering in natura is derhalve niet meer mogelijk, zodat de verzoekende partij geen voordeel meer kan halen uit de schorsing van de tenuitvoerlegging van het

bestreden besluit en de vordering dienvolgens niet ontvankelijk is, wat de verwerende partij bij wege van exceptie opwerpt.

4.2. Overeenkomstig rechtspraak van de Raad van State is de Raad bevoegd om van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid kennis te nemen, ook als de opdracht reeds werd gesloten en het contract is tot stand gekomen (zie onder meer RvS, de BVBA Reno Materia, nr. 211.791, 3 maart 2011; RvS, de NV Sportinfrabouw, nr. 216.660, 1 december 2011, RvS, de BVBA Antwerps Architecten Atelier (A.A.A.), nr. 217.840, 9 februari 2012).

4.3. Bijgevolg wordt de exceptie van de verwerende partij verworpen.

V. Onderzoek van de vordering

5. Krachtens 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.

VI. Beoordeling van de tweede schorsingsvoorwaarde

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert de schending aan van de materiële motiveringsplicht. Desbetreffend gaat de verzoekende partij in op de verschillende onderdelen van de ingediende offerte.

- Wat de enkele deur van de oven betreft, heeft de oven van de verzoekende partij wel degelijk een dubbele deur. Zo staat er te lezen in de offerte van de verzoekende partij bij de beschrijving van de heteluchtoven: “Dubbel beglazing van deur”.
- Wat de bedieningsknoppen van zowel het fornuis als de friteuse betreft, vergist de verwerende partij zich, aangezien deze in opbouw, afneembaar en verdoken zijn zodat zij niet hinderen bij het passeren. Bijgevolg zijn de voorgestelde toestellen van de verzoekende partij uitermate veilig, gebruiksvriendelijk en hygiënisch. Bovendien werd nergens in het bestek bepaald dat de knoppen niet mochten uitsteken. Eveneens maakt de verwerende partij niet duidelijk waarom de knoppen, in casu afneembaar en verdoken geplaatst, een negatieve beoordeling kregen.
- Wat de friteuse betreft, verduidelijkt de verzoekende partij dat er bij de friteuse een haak wordt bijgeleverd zodat deze wel gemakkelijk te openen is. Bovendien is de friteuse afgerond, hetgeen de reiniging ervan vergemakkelijkt. Andermaal heeft de verwerende partij niet de moeite genomen om de verzoekende partij te contacteren in verband met mogelijke vragen hieromtrent.
- Wat de inox-dikte van de leggers in de warmkast en de kasten, rekken, werktabletten en leggers betreft, merkt de verzoekende partij op dat deze producten eveneens in een dikte van 1,5 mm verkregen kunnen worden. Hierover werd nooit enige vraag gesteld. Daarenboven is de motivering uitermate willekeurig en niet transparant. De verzoekende partij kon niet weten dat de verwerende partij een bepaalde inox-dikte voor ogen had.
- Wat de afwerking van de toestellen in rechte hoeken betreft, wat het reinigen niet zou vergemakkelijken, blijkt uit het bestek dat geen melding werd gemaakt van het feit dat de afwerking in afgeronde hoeken diende te zijn.
- Wat de pvc vuilbak betreft, is de vuilbak wel degelijk in inox. De motivering dat er een pvc vuilbak werd getoond tijdens het plaatsbezoek en dit dus de vuilbak moest zijn die in het bestek werd vermeld, is onaanvaardbaar. Immers, de offerte van de verzoekende partij bepaalt letterlijk dat de vuilbak uit inox materiaal bestaat, de prijs in de offerte van de verzoekende partij stemt overeen met een vuilbak uit inox.

7. De verzoekende partij gaat in haar nota gedetailleerd in op voornoemde onderdelen van de materiële motivering en zij tracht aan te tonen dat de hogere punten die haar werden toegekend door de verwerende partij, berusten op een hogere kwaliteit en gebruiksvriendelijkheid van haar toestellen en zij wijst tevens op de grotere faciliteiten inzake onderhoud van haar keukentoestellen en op hun professioneel karakter.

Beoordeling

8. Het komt bij de appreciatie van de offertes aan de hand van de gunningscriteria niet aan de Raad van State toe om een eigen beoordeling in de plaats van deze van het bestuur te stellen. De Raad kan enkel nagaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van het bestreden besluit in aanmerking mogen worden genomen, wat onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen, en dat daarbij de appreciaties van het bestuur de perken van de redelijkheid niet te buiten zijn gegaan (RvS, nv B.CEC, nr. 186.508, 25 september 2008; RvS, nv Artes Projects, nr. 196.608, 1 oktober 2009; RvS, nv Vinci Park Belgium, nr. 197.653, 6 november 2009; RvS, bvba Architectenburo Aros, nr. 201.020, 18 februari 2010). Daaraan wordt toegevoegd dat bij de procedure van “gunning via onderhandelingen” “de vrijheid van de overheid” groter is dan bij een aanbesteding of offerteaanvraag (RvS, sa Les Entreprises Louis De Waele e.a., nr. 156.428, 15 maart 2006; RvS, sprl Moulin&Associés, nr. 155.076, 15 februari 2006).

9. De verzoekende partij stelt dat haar oven wel degelijk een dubbele deur heeft. Evenwel is in de offerte van de verzoekende partij sprake van “Dubbel beglazing van deur”. Dubbele beglazing van een deur is op het eerste gezicht niet hetzelfde als een dubbele deur. Daarnaast betwist de verzoekende partij niet de vaststelling bij het plaatsbezoek dat haar oven één ventilator heeft, terwijl de oven van de gekozen inschrijver twee ventilatoren heeft.

10. Wat de bedieningsknoppen van het fornuis betreft, stelt de verzoekende partij dat de bedieningsknoppen in haar offerte van het fornuis en friteuse in opbouw, afneembaar en verdoken zijn. Hiermee toont zij niet aan dat aan de bedieningsknoppen in het model van de gekozen inschrijver geen hogere waardering kan worden gegeven. Uit de foto's bij de ingediende offertes blijkt op het eerste gezicht dat de beschermkap in het model van de gekozen inschrijver de knoppen meer en beter afschermt. De verzoekende partij weerlegt in het middel niet de volgende feitelijke vaststelling in het verslag van het plaatsbezoek van 10 juni 2013, waarop het verschil in waardering gesteund is: *“Bij Elpo steken de knoppen uit, dit in tegenstelling tot Faema waar de knoppen meer ingewerkt zijn door een beschermkap over de knoppen. Dit voorkomt dat de knoppen tijdens het gebruik kunnen beschadigd worden en biedt ook een bescherming tegen vuil wat van het fornuis zou aflopen”*.

Om een hogere waardering te kunnen geven aan de meer ingewerkte knoppen van de gekozen inschrijver, is niet vereist dat deze voorkeur reeds uit het bestek blijkt. Dit geldt des te meer nu het bestuur bij de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking over een grotere beoordelingsvrijheid beschikt. Minstens duidt de verzoekende partij geen rechtsregel noch algemeen rechtsbeginsel aan die de verwerende partij hiertoe zou verplichten.

11. Wat de rooster van de friteuse betreft, komt het niet aan de Raad van State toe om te oordelen of deze al dan niet gemakkelijk te verwijderen is en of de reiniging ervan eenvoudig is. De verwerende partij steunt zich bij haar beoordeling op de offertes van de inschrijvers en de vaststellingen naar aanleiding van het plaatsbezoek. In het verslag van het plaatsbezoek staat het volgende te lezen : *“Rooster beneden in de kuip is bij Faema gemakkelijk te verwijderen door hendel die bevestigd is aan het rooster. Bij Elpo is geen hendel voorzien, melding wordt gemaakt dat het rooster met ‘een vork’ kan verwijderd worden, wat niet handig en veilig is in gebruik”*.

De verzoekende partij stelt dat bij de friteuse een haak wordt bijgeleverd. De verzoekende partij had dit in haar offerte moeten verduidelijken, wat ze niet heeft gedaan. Zowel op pagina 6 als op pagina 9 van het bijzonder bestek staat dat van de inschrijver wordt verwacht om bij zijn offerte de technische fiches van de gekozen toestellen en materialen toe te voegen om de opdrachtgever toe te laten de inschrijving naar waarde te schatten en te beoordelen. In de offerte van de gekozen inschrijver wordt verwezen naar een afneembare grill. Er kan in dit verband op het eerste gezicht ook niet aan de verwerende partij worden ten grieve geduid geen vragen aan de verzoekende partij te hebben gesteld.

12. Wat de inox-dikte van de leggers betreft, betwist de verzoekende partij niet dat deze in haar offerte 0,8 mm bedraagt, terwijl deze bij de gekozen inschrijver 1,5 mm bedraagt. Het lijkt op het eerste gezicht niet onwettig, noch onredelijk om een hogere waardering toe te kennen aan de grotere inox-dikte zoals verwerkt in de keuken van de gekozen inschrijver omdat dit een grotere stevigheid oplevert, wat wordt bevestigd door het plaatsbezoek. In het bijzonder bestek wordt immers groot belang gehecht aan de stevigheid van de kasten : *“De kasten die omschreven zijn dienen voor het stapelen van porselein. Dit heeft een mogelijke invloed op de draagkracht en ophangstelsel. De kasten dienen dus voldoende stevig te zijn zodat de leggers niet doorbuigen”*.

De omstandigheid dat de verzoekende partij de producten eveneens in een dikte van 1.5 mm kon leveren, maakt het bestreden besluit niet onwettig. De verzoekende partij heeft in haar offerte een model aangeboden in een dikte van 0,8 mm. De verwerende partij heeft haar beoordeling gebaseerd op de door de beide inschrijvers ingediende offertes.

Anders dan wat de verzoekende partij lijkt te insinueren, hanteert de verwerende partij de concrete inox-dikte niet als een essentiële bestekbepaling waardoor de niet-naleving ervan de offerte onregelmatig zou maken. Ze geeft enkel meer punten aan een grotere inox-dikte, wat redelijk lijkt.

13. Het feit dat in het bestek niet wordt vermeld dat afgeronde hoeken verkozen worden boven rechte, toont niet aan dat de gegeven beoordeling arbitrair is. Er wordt aan de afgeronde hoeken een hogere waardering gegeven omdat bij afgeronde hoeken het reinigen gemakkelijker en gebruiksvriendelijker is dan bij rechte hoeken.

Uit het bijzonder bestek blijkt dat groot belang wordt gehecht aan facilititeit van onderhoud, zodat de inschrijver kon weten dat dit een element is waarmee rekening zal worden gehouden bij de waardering van de ingediende offertes. In het bestek wordt onder technische kenmerken aangegeven: *“De toestellen en gebruikte materialen dienen aan alle veiligheids- en hygiënenormen te voldoen. Alle toestellen moeten voldoen aan de normen zoals opgelegd door het FAVV” en “Volgens verordening nr 852/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 inzake levensmiddelenhygiëne (hoofdstuk II, 1 f): ‘De oppervlakten moeten goed kunnen worden onderhouden, schoongemaakt en zo nodig ontsmet worden. Dit houdt in dat glad, afwasbaar, corrosiebestendig en niet-toxisch materiaal moet gebruikt worden’”.*

Eveneens wordt in het bestek aangegeven : *“Dit betekent dat de toestellen die geïnstalleerd en gevraagd worden, geschikt moeten zijn voor professioneel gebruik. Gezien het gebruik door verschillende derden, is het strikt noodzakelijk dat de toestellen gebruiksvriendelijk en eenvoudig in onderhoud moeten zijn”.* De gegeven beoordeling is op het eerste gezicht niet arbitrair.

14. Het feit dat in de offerte van de verzoekende partij sprake is van een vuilnisbak in inox, wat door de verwerende partij niet wordt betwist, ontkracht op zich niet de volgende vaststelling bij het plaatsbezoek : *“Bij Elpo werd een vuilbak getoond in PVC materiaal. Er werd vermeld dat deze zou geleverd worden omdat de inox vuilbak ‘rammelt’ en veel lawaai maakt bij het openen”.*

15. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

16. De verzoekende partij voert de schending aan van het zorgvuldigheidsbeginsel. Zoals in het eerste middel werd uiteengezet, zouden er verschillende fouten en andere onnauwkeurigheden zijn geslopen in het bestreden besluit waardoor de verzoekende partij, met marginaal puntenverschil, de opdracht misliep. Het bestreden besluit zou niet gebaseerd zijn op een behoorlijke en correcte feitenvinding.

Beoordeling

17. Nu het eerste middel niet ernstig werd bevonden en het tweede middel in wezen de kritiek herneemt, uiteengezet in het eerste middel, waarbij de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd door de verwerende partij en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven, is het tweede middel niet ernstig.

18. Bijgevolg is niet voldaan aan de tweede voorwaarde van voornoemd artikel 17, § 1 en § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

19. Deze vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te verwerpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 29 juli 2013,
door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Daniël Moons,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Daniël Moons