

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 225.314 van 4 november 2013

in de zaak A. 210.367/XII-7477

In zake: de BVBA LAMMERTYN.NET
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Nathanaëlle Kiekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA OPDRACHTHOUDENDE VERENIGING VOOR
HUISVUILVERWERKING MIDDEN-WAASLAND (MIWA)
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 4 oktober 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van MIWA van 19 september 2013 in het kader van de overheidsopdracht ‘het geschrinkt ophalen van de fractie restafval en GFT van huishoudelijke en ambachtelijke oorsprong in het werkingsgebied van de Opdrachthoudende vereniging MIWA’, en inzonderheid het gedeelte ‘Restafval’, voorzover

- 1) De offerte van Lammertyn.net geweerd wordt voor het onderdeel Restafval
- 2) De opdracht voor het onderdeel Restafval toegewezen wordt aan Smetco nv
- 3) De opdracht voor het onderdeel Restafval niet toegewezen wordt aan Lammertyn.net”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 31 oktober 2013, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Nathanaëlle Kiekens en Jannick Poets, die loco advocaat David D’Hooghe verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Gitte Laenen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een opdracht voor diensten met als voorwerp ‘het geschrinkt ophalen van de fractie restafval en GFT van huishoudelijke en ambachtelijke oorsprong in het werkingsgebied van de Opdrachthoudende vereniging MIWA’.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 24 mei 2013 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 28 mei 2013.

3.2. De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek nr. OPH 001/2013.

De gunningscriteria zijn: de prijs van de dienstverlening (60 punten), de kwaliteit van de ingezette middelen (15 punten), de kwaliteit van de voorgestelde diensten (20 punten), en de volledigheid en zorgvuldigheid van de inschrijving (5 punten).

Wat de prijsbepaling betreft, bepaalt het bestek het volgende (artikel 5.1.):

“De prijs wordt opgesplitst in twee delen:

- een vast gedeelte, berekend op het aantal ophaalpunten;
- een variabel gedeelte, berekend op het opgehaalde tonnage.

Het aantal ophaalpunten wordt als volgt bepaald: het aantal inwoners gedeeld door een factor 2,5. Het Belgisch Staatsblad geldt als referentie.

[...]

De weegbrug van de verwerker wordt als referentie beschouwd en zal bijgevolg als facturatiebasis gebruikt worden. [...]

Het prijsgedeelte op het aantal ophaalpunten bedraagt minimaal 50% en maximaal 70% van de totale jaarlijkse vergoeding voor de huis-aan-huis-ophaling. Als basis voor de berekening van de totale jaarlijkse vergoeding wordt steeds de geschatte jaarlijkse hoeveelheid genomen vermeld in de inventaris.

Fictief voorbeeld ter verduidelijking:

- aantal ophaalpunten is 72.200
- het geraamde tonnage ingezameld huis-aan-huis is 10.000 ton per jaar
- stel dat uw eenheidsprijs per ton 12,00 EUR en uw eenheidsprijs per ophaalpunt 8,00 EUR bedraagt;
- uw prijs voor het aantal ophaalpunten bedraagt bijgevolg $(72.200 \times 8,00) = 577.600$ EUR
- uw prijs voor het ingezamelde tonnage bedraagt bijgevolg: $(10.000 \times 12,00) = 120.000$ EUR
- uw totale prijs bedraagt bijgevolg: $577.600 \text{ EUR} + 120.000 \text{ EUR} = 697.600 \text{ EUR}$ per jaar.

Rekening houdend met de bepaling dat het gedeelte berekend op het aantal ophaalpunten minimaal 50% en maximaal 70% van de totale jaarlijkse vergoeding voor de huis-aan-huis-ophaling mag bedragen, betekent dit dat het gedeelte berekend op het aantal ophaalpunten in dit fictieve voorbeeld minimaal 348.800 EUR en maximaal 488.320 EUR zou mogen bedragen. De prijsofferte in dit fictieve voorbeeld zou bijgevolg als niet-geldig beschouwd worden.”

De inventaris (bijlage B van het bestek), die verplicht moet worden gebruikt, is als volgt opgesteld:

“Restafval

Prijzen per ophaalpunt en per ton.

Gemeente	Prijsgedeelte op basis van aantal ophaalpunten			Prijsgedeelte op basis van het opgehaalde tonnage			Totaal (EUR / jaar) (1+2)
	Eenheden	Eenheidsprijs (EUR / ophaalpunt)	Totaal (1)	Eenheden (raming in ton)	Eenheidsprijs (EUR / ton)	Totaal (2)	
Sint-Gillis-Waas	7.550			2340			
Sint-Niklaas	29.153			11911			
Stekene	6.995			2303			
Temse	11.556			4275			
Waasmunster	4.223			1305			

De ratio tussen (1) en (1+2) moet steeds kleiner zijn dan 70% maar groter dan 50%.”

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 17 juli 2013. Er werden drie offertes ingediend, waaronder deze van de verzoekende partij en de nv Smetco.

3.4. In het gunningsverslag van 3 september 2013 wordt aangaande het administratief nazicht van de offertes het volgende opgemerkt:

“In de offerte van de firma bvba Lammertyn.net werden onregelmatigheden vastgesteld op het inschrijvingsbiljet (zie beoordeling van de prijs). Voor het gedeelte ‘restafval’ werd de offerte niet verder beoordeeld.”

Bij de beoordeling van de prijs is in het gunningverslag de volgende verduidelijking opgenomen:

“In de offerte van Bvba Lammertyn.net werd vastgesteld dat de 50-70% ratio (zie punt 5.1 bestek) niet werd gerespecteerd. Het Opdrachtgevend Bestuur is dan ook genoodzaakt om de inschrijving voor het gedeelte ‘restafval’ als niet-geldig te beschouwen. De firma Bvba Lammertyn.net wordt niet uitgesloten voor het gedeelte ‘GFT’ aangezien deze prijzen niet in strijd zijn met de 50-70%-ratio.”

3.5. De raad van bestuur van de verwerende partij beslist op 19 september 2013 om de opdracht te gunnen aan de nv Smetco. Dit is de bestreden beslissing zoals omschreven in het voorwerp van de vordering.

3.6. Bij e-mail van 20 september 2013, alsook met een op die dag ter post aangetekende brief, wordt de verzoekende partij op de hoogte gebracht van de bestreden beslissing.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4.1. 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 beslissingen kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

4.2. Te dezen is evenwel 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’ nog van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 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, de 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 kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

5. De 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’ en van de artikelen 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’.

In de toelichting bij het middel betoogt de verzoekende partij dat het gaat om een enkele opdracht zonder nadere opsplitsing in percelen per gemeente. Het bestek vermeldt dat het prijsgedeelte op het aantal ophaalpunten minimaal 50% en maximaal 70% van de totale jaarlijkse vergoeding voor de huis-aan-huisophaling mag bedragen. In de inventaris wordt aangegeven dat er een prijsgedeelte is op basis van het aantal ophaalpunten en een prijsgedeelte op basis van de opgehaalde tonnage. Er is sprake van een enkel prijsgedeelte en niet van prijsgedeelten per gemeente.

Nergens in het bestek wordt vermeld dat de ratio 50%/70% bij de beoordeling als een subeis per gemeente zou gelden. Integendeel wordt aangegeven dat de beoordeling zal gebeuren op basis van het aantal te bedienen inwoners opgenomen in bijlage A, waarbij wordt hernomen dat alle gemeenten zoals opgesomd in bijlage A worden geacht deel uit te maken van deze opdracht, en zelfs totaalcijfers worden opgesomd. Er wordt uitdrukkelijk aangegeven dat de vergelijking van de verschillende offertes voor het gunningscriterium ‘prijs van de dienstverlening’ zal gebeuren op basis van deze aantallen, wat ook aansluit bij de bestaande praktijk waar nooit een opsplitsing of afzonderlijke facturatie per gemeente gebeurt.

Voor het restafval biedt de verzoekende partij voor 59.477 ophaalpunten een prijs van 650.668,68 euro. Op basis van de opgehaalde tonnage voor restafval (22.134 ton) wordt een prijs geboden van 292.390,14 euro (sic),

waardoor men aan een jaarlijks totaal van 943.068,47 euro komt. Dit valt binnen de marge van minimaal 50% en maximaal 70%.

De offerte van de verzoekende partij voor het onderdeel ‘restafval’ werd dus ten onrechte als onregelmatig beschouwd. In strijd met de besteksbepalingen werd geoordeeld op basis van andere dan de meegedeelde principes, waarbij zelfs wordt vermoed dat een subeis werd toegevoegd die niet in het bestek is voorzien, namelijk de eis dat de ratio 50%/70% moet worden geëerbiedigd ten aanzien van elke gemeente. De impact van de beoordelingsfout op de rangschikking is manifest, zodat de offerte van de verzoekende partij onterecht werd geweerd en de opdracht haar onterecht niet werd toegewezen.

Beoordeling

6. Luidens artikel 16 van de wet van 24 december 1993 dient, bij een algemene of beperkte offerteaanvraag de opdracht te worden toegewezen 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.

Luidens de artikelen 110 en 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 vindt de gunning plaats op basis van de gunningscriteria, waarbij de aanbestedende overheid de regelmatige offerte kiest die haar het voordeligst lijkt op grond van die criteria.

7. De prijsinventaris bepaalt uitdrukkelijk dat de ratio tussen (1) de totaalprijs voor het prijsgedeelte op basis van het aantal ophaalpunten, en (1+2), de optelsom van voormeld prijsgedeelte met het prijsgedeelte op basis van de opgehaalde tonnage en berekend op jaarbasis, “steeds” kleiner moet zijn dan 70% maar groter dan 50%.

Uit de gebruikelijke betekenis van het woord “steeds”, en gelet op het feit dat per gemeente een totaal (1) + (2) moet worden vermeld, lijkt te mogen worden afgeleid dat altijd en constant in de prijsinventaris de ratio tussen (1) en (1+2) kleiner moet zijn dan 70%, maar groter dan 50%, dit wil zeggen per

gemeente. Deze vaststelling lijkt nog te worden versterkt doordat in de prijsinventaris geen totaalprijs (1) noch een totaalprijs (1) + (2) voor alle gemeenten samen wordt gevraagd, maar wel een totaalprijs (1) en (1) + (2) per gemeente. Dat het gunningscriterium ‘prijs van de dienstverlening’ wordt berekend op basis van de totale inschrijvprijs lijkt geen afbreuk te doen aan het vereiste om steeds de ratio per gemeente na te leven.

Overigens lijkt deze lezing van het eerbiedigen van voornoemde ratio per gemeente dichtst aan te sluiten bij de bedoeling van die ratio zoals ter terechtzitting uiteengezet door de verwerende partij, namelijk een vast deel van de kostprijs waarborgen gedurende de volledige looptijd van de opdracht tegenover de fluctuerende op te halen tonnage restafval, voor de verwerende partij en, afgeleid, voor de deelnemende gemeenten die aan de verwerende partij in de kost zouden bijdragen op basis van dezelfde beginselen.

De verwerende partij lijkt dan ook de in het middel vermelde artikelen niet te hebben geschonden door de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig te beschouwen wanneer zij vaststelde dat de verzoekende partij bij haar prijszetting de voornoemde ratio niet voor alle gemeenten afzonderlijk heeft in acht genomen.

8. Bovendien wijst de Raad van State er op dat de verzoekende partij geen belang lijkt te hebben bij haar enig middel. Ter terechtzitting blijkt immers dat mocht de offerte van de verzoekende partij niet onregelmatig worden verklaard, ze nog steeds pas op de tweede plaats, na deze van de nv Smetco, zou worden gerangschikt.

9. Het middel is niet ernstig.

VI. Besluit

10. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

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 4 november 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Pierre Barra