

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 225.863 van 17 december 2013
in de zaak A. 210.821/XII-7509**

In zake: de NV DELI XL FLANDERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Albert-Louis Clerens
kantoor houdend te 1180 Brussel
Ptoléméelaan 12 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen
en eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Coenraets

tegen:

de PROVINCIE OOST-VLAANDEREN

Tussenkommende partij:

de BVBA JAVA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Neil Braeckevelt
kantoor houdend te 8000 Brugge
Ezelstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 november 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 7 november 2013 waarmee de [provincie Oost-Vlaanderen] aan de onderneming JAVA een overheidsopdracht van leveringen van voedingsmiddelen heeft toegewezen (raamovereenkomst) voor de periode 2014-2018”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 4 december 2013 heeft de bvba Java gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 december 2013, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christophe Lepinois, die loco advocaten Albert-Louis Clerens en Philippe Coenraets verschijnt voor de verzoekende partij, ambtenaar Sabine De Smit, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Neil Braeckevelt, 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. De verwerende partij schrijft een algemene offerte-aanvraag uit voor een aanneming van leveringen met als voorwerp “Raamcontract voor levering voedingsproducten: 2014 – 2018”.

De totale waarde van de opdracht wordt geraamd op 1.390.000 euro, btw niet inbegrepen, of 1.473.000 euro, btw inbegrepen.

De opdracht wordt op 21 juni 2013 aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 26 juni 2013 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2. Op deze opdracht is het bijzonder bestek met referentie “voeding 2014-2018” van toepassing.

Artikel I.1 beschrijft de opdracht als volgt:

“Voorwerp van deze leveringen: raamcontract voor levering voedingsproducten.: 2014-2018.

Toelichting: De opdracht betreft een raamcontract voor aankoop voedingsproducten voor de keukens van de provinciale diensten en scholen. Provinciale vzw's, IVA's en EVA's en provinciebedrijven kunnen, indien zij dit beslissen, aansluiten bij dit contract tegen dezelfde voorwaarden.

De aankopen zullen per afroep worden geplaatst. De keukenverantwoordelijke van elke site plaatst de bestellingen en volgt de uitvoering van de opdracht op.

De opdracht kent een uitvoeringstermijn van 5 jaar, evenwel jaarlijks opzegbaar.

Dienst Aankoop, Transport en Verzending beschikt momenteel niet over de exacte omzetcijfers per site. Er kan enkel bij benadering een totaal omzetcijfer op jaarbasis worden gecalculeerd. Dit jaarlijkse omzetcijfer bedraagt: 278.000 €, excl btw. Voor 5 jaar wordt het totale omzetbedrag geraamd op 1.390.000 €, excl btw.

De opdracht betreft de levering van droge voeding, voorverpakte gekoelde voeding en zuivel en diepvriesproducten.

Het provinciebestuur engageert zich normaal gezien voor alle provinciale keukens (diensten en scholen) alle voedingsproducten binnen de hierboven vermelde categorieën aan te kopen bij de leverancier aan wie de opdracht wordt toegewezen.

Naast de producten opgesomd in de inventaris, kunnen ook alle andere artikelen binnen dezelfde categorie uit de catalogus van de firma het voorwerp uitmaken van deze overeenkomst.

De overeenkomst betreft geen 100 % exclusiviteitscontract. Indien de leverancier voor bepaalde toepassingen geen geschikte producten kan aanbieden, of indien de prijs ervan te hoog ligt, heeft het provinciebestuur het recht deze bij een andere firma aan te kopen.

Leverplaats: alle provinciale scholen en provinciale sites opgenomen in bestek.”

Het gaat om een opdracht volgens prijslijst (artikel I.4).

Artikel I.5 bepaalt inzake de vorm en inhoud van de offerte onder meer:

“Eventuele kortingen moeten steeds in de eenheidsprijs verrekend zijn en worden niet afzonderlijk vermeld.

Structuur van de offerte

De documenten bij de offerte moeten worden opgenomen in een duidelijk gestructureerde bundel met inhoudsopgave en één enkele doorlopende paginering. Volgende structuur is verplicht te volgen

1. Offerte

2. Inventaris

2.1 Inventaris (met opgave eenheidsprijs, som omgerekend naar vermoedelijke hoeveelheden, merk en gammalijn, productnaam, eenheid per verpakking (bv 1-literfles), afnamehoeveelheid (bv 6 x 1 liter)) in excelbestand (3P sjabloon)

2.2 Prijslijst voor de gehele catalogus: brutoprijzen, kortingspercentage en nettoprijzen (bij voorkeur excelbestand)

[...]

4. Gunningscriteria

4.1 Prijs (= inventaris en cataloguslijst)

4.2 Kwaliteit

4.3 Service (ingevulde vragenlijst).”

Artikel I.9 stelt drie gunningscriteria vast: “Prijs raamcontract” op 70 punten, “Kwaliteit en smaak van de producten” op 20 punten en “Service” op 10 punten. Deze worden als volgt omschreven in het bestek:

“[...]

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Prijs raamcontract	70
	<p>Bij beslissing van Deputatie van 26 november 2009 wordt het criterium prijs gequoteerd op 70 %. In zelfde zitting heeft de Deputatie beslist dat volgende formule wordt toegepast bij toekenning van de score op het criterium prijs:</p> $Y = X * L / Z$ <p>Y = score die wordt berekend voor offerte Z X = weging die wordt toegekend aan criterium prijs L = totaalprijs van de laagste offerte Z = totaalprijs van de offerte waarvoor de score wordt berekend</p> <p>De score wordt berekend op twee prijzen: 1) De totaalprijs wordt berekend op basis van de artikelen opgesomd in de inventaris. Dit is een lijst met courant aangekochte producten en indicatieve hoeveelheden. De inschrijver geeft de forfaitaire eenheidsprijs op per</p>	

	<p>eenheid (bv kg of liter) en per verpakkingseenheid (bv 6 x 1-literfles). Indien de verpakking(s)afname)eenheid van het product dat de inschrijver voorstelt niet gelijk is aan de verpakking(s)afname)eenheid die in de inventaris is opgegeven, zal de inschrijver de prijs voor de gevraagde vermoedelijke hoeveelheid berekenen.</p> <p>Herberekening kan ook gebeuren bij afwijking van het gewicht of de inhoud van artikelen waarvoor prijs per stuk wordt gegeven.</p> <p>De inventaris kan ambtshalve worden aangepast, mn: producten die voor het criterium kwaliteit de score 'slecht' krijgen zullen worden vervangen door A-merken en voor deze producten zal de prijsinventaris worden aangepast.</p> <p>Indien er bij kleinere bestellingen transportkosten worden aangerekend, zullen deze kosten mee in rekening worden gebracht voor de berekening van de totaalprijs.</p> <p>De inventaris wordt volledig ingevuld en in excelbestand (sjabloon 3P) ingediend.</p> <p>De totaalprijs wordt gescoord op 35 % cfr de hoger vermelde formule.</p> <p>2) Daarnaast moet de leverancier zijn volledige catalogus en bijhorende prijslijst bijvoegen met vermelding brutoprijzen, kortingspercentage en nettoprijzen. Uit de catalogi en prijslijsten van de verschillende inschrijvers zullen een aantal gelijke producten worden geselecteerd en qua prijs worden vergeleken.</p> <p>De prijslijst met vermelding brutoprijzen, kortingspercentage en nettoprijzen wordt bij voorkeur in excelbestand ingediend.</p> <p>Deze prijsvergelijking wordt gequoteerd op 35 % en de score wordt berekend volgens hogervermelde formule.</p>	
2	Kwaliteit en smaak van de producten [...]	20
3	Service	10
	<p>Bij de beoordeling van het criterium service zal rekening worden gehouden met:</p> <p>1) software:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Bestellingen moeten online kunnen worden geplaatst. - Gebruiksvriendelijkheid van de onlinebestelsoftware - mogelijkheid aanmaak persoonlijke minicatalogus met inbouw valideringssysteem - mogelijkheid rapporten te genereren - extra toepassingen van de software - eventueel zal de inschrijver gevraagd worden een demo te verzorgen. <p>2) leveringsservice</p> <ul style="list-style-type: none"> - leveringstermijn - garantie dat binnen opgegeven leveringstermijn zal worden geleverd - garantie dat juiste artikel wordt geleverd - garantie dat gehele bestelling zal worden geleverd - wat indien artikel niet voorradig is - afnamehoeveelheid - franco of transportkosten 	

	<ul style="list-style-type: none"> - vanaf welk bestelbedrag wordt er franco geleverd - hoeveel bedragen de transportkosten (te scoren bij criterium prijs) - kan er een tolerantie toegestaan worden voor bepaald % kleinere bestellingen die toch franco worden geleverd, zo ja welk % (dit per site) - eigen transport of transport uitbesteed <p>3) promo</p> <ul style="list-style-type: none"> - worden goedkopere netto promoprijzen (tov de offerteprijzen inventaris en catalogus) doorgerekend - worden kortingspercentages bij bv grotere afnames ook doorgerekend bij forfaitaire prijzen inventaris en cataloguslijst - gratis artikelen acties <p>4) omvang van het gamma binnen de categoriën (droge voeding, gekoelde voeding en diepvries) die het voorwerp uitmaken van de opdracht</p> <ul style="list-style-type: none"> - zijn er oa dieet-, glutenvrije-, bio-, fairtrade-, suiker- en zoutvrije producten verkrijgbaar, met vermelding over hoeveel producten het gaat <p>5) extra service</p> <p>Om de leveringsservice te kunnen beoordelen zullen de inschrijvers deze vragen beantwoorden en desgevallend staven met de nodige documenten. Onder punt 4.3 van de offerte zal de inschrijver de vragen en antwoorden expliciet opnemen. Net is niet toegestaan te verwijzen naar een algemene infomap.</p>
--	--

Luidens artikel I.11 kiest het bestuur “de economisch meest voordelige regelmatige (rekening houdend met de gunningscriteria) offerte”, aanvaardt de inschrijver door het indienen van zijn offerte al de clausules van het bestek en verzaakt hij aan alle andere voorwaarden, zoals zijn eigen verkoopsvoorwaarden zelfs wanneer deze op een of andere bijlage van zijn offerte voorkomen, en leidt “[e]lk voorbehoud of het niet nakomen van verbintenissen inzake één van deze clausules of beschikkingen [...] tot de substantiële onregelmatigheid van zijn offerte”.

Artikel II.3 betreft de prijsherzieningen en luidt:

“De eenheidsprijzen opgegeven in de offerte (zowel inventaris, als volledige catalogus) moeten constant blijven tot 30 juni 2014. Daarna zijn de prijzen vatbaar voor een zes maandelijks herziening.

1. De artikelen opgenomen in de inventaris.

Een prijsaanpassing zal zesmaandelijks op 1 januari en 1 juli worden toegepast, en dit op basis van volgende prijsherzieningsformule:

$$EP_i = EP_o \times (0,2 + (0,8 \times C_i/C_o))$$

Waarbij:

Co: de consumptieprijsindex groep voedingsmiddelen en dranken (volgens de COICOP-indeling) of voedingsindex 01.1.0.0.00 van de maand voor indiening offerte

Ci: de consumptieprijsindex groep voedingsmiddelen en dranken (volgens de COICOP-indeling) of voedingsindex 01.1.0.0.00 van de maand die de aanpassing voorafgaat

Epi: de nieuwe eenheidsprijs

Epo: de eenheidsprijs opgegeven in de offerte.

De consumptieprijsindex of voedingsindex 01.1.0.0.00 is terug te vinden op de website van FOD Economie, KMO, Middenstand en Energie [...] per 12 groepen

2. Optionele artikelen

De catalogusartikelen buiten inventaris, worden geleverd aan de nettoprijs opgegeven in de prijslijst. Deze prijslijst vermeldt de brutoprijzen, toegekende kortingen en de nettoprijzen. Deze prijzen zijn zoals hoger vermeld ook vatbaar voor aanpassing. Minstens één maand voor ingang van het nieuwe semester bezorgt de leverancier een nieuwe prijslijst. De prijsaanpassing kan enkel betrekking hebben op de bruto- en nettoprijzen, het kortingspercentage blijft gedurende de gehele looptijd van het contract constant.

3. Akkoord

Indien de aanbestedende overheid niet akkoord kan gaan met de gevraagde prijsaanpassingen, kan de overeenkomst ambtshalve worden opgezegd. De leverancier zal dan evenwel nog de leveringen moeten garanderen totdat het provinciebestuur een nieuwe overeenkomst heeft kunnen sluiten.”

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 25 maart 2013. De verzoekende partij en de bvba Java dienen elk een offerte in.

3.4. Vervolgens worden de offertes onderzocht. In dat kader stelt de verwerende partij in een e-mail van 26 september 2013 aan de verzoekende partij de volgende vraag over haar prijslijst catalogus:

“[...]”

Familie	Subfamilie	Merk	Min. afna me	eh/verp	ehprijs excl btw	2 % Eindejaars korting	netto- eenheid sprijs excl btw
Koffie	Koffie gemalen	DELI XL	0	12	2,61 €	0,05 €	2,66 €
Koffie	Koffie gemalen	DOUWE EGBERT	0	1	95,88 €	1,92 €	97,80 €
Koffie	Koffie gemalen	DOUWE EGBERT	0	1	66,95 €	1,34 €	68,29 €
Koffie	Koffie gemalen	DOUWE EGBERT	0	1	73,93 €	1,48 €	75,41 €
Koffie	Koffie gemalen	DOUWE	0	1	64,96 €	1,30 €	66,26 €

		EGBERT					
Koffie	Koffie gemalen	DOUWE EGBERT	0	12	8,96 €	0,18 €	9,14 €

[...]

Beste,

Ik heb nog enkele vraagjes mbt de prijslijst

Indien opdracht gegund wordt aan DeliXL en ik wil in januari 2014 koffie Deli XL bestellen, hoeveel zal ik betalen ?

Is dat 2,66 €, excl btw ?

Wat is mijn korting tov brutoprijs ? Wat is de brutoprijs ? waar vind ik de brutoprijs en het kortingspercentage ?

De eindejaarskorting tbv 2 % wordt berekend tov van welk bedrag 2,66 € ???

Hoe wordt deze 2 % berekend ?”

Bij e-mail van dezelfde datum antwoordt de verzoekende partij:

“Ik heb een fout gemaakt: kolom J is uiteraard kolom H-I.

vervolgens: uw bruto prijs is 2.61, uw nettoprijs is 2.56, uw kortingspercentage is 2 % EINDEJAARSkorting die zal uitbetaald worden in februari het jaar nadien.”

Uit de stukken blijkt dat in de bij de offerte gevoegde prijslijst catalogus dezelfde fout werd begaan bij alle producten, en dat de verzoekende partij een nieuwe prijslijst indiende met een verbeterde kolom J.

3.5. In een verslag van nazicht van 3 oktober 2013 worden beide inschrijvers geselecteerd. De offerte van de verzoekende partij wordt in het “besluit van het administratief en technisch nazicht van de offertes” met de volgende motivering inhoudelijk onregelmatig bevonden:

“De offerte wordt inhoudelijk onregelmatig verklaard omdat er in de prijslijst van de catalogus essentiële informatie, tzt de brutoprijzen en het vaste kortingspercentage, ontbreekt. Ook inzake service scoort de offerte onvoldoende omdat op meerdere vragen geen antwoord werd gegeven.”

Dit werd blijkbaar vastgesteld in het kader van de toetsing aan de gunningscriteria en dient samengelezen met de volgende beoordeling van haar offerte in het kader van het gunningscriterium “Prijs raamcontract”, onderdeel “volledige catalogus en bijhorende prijslijst bijvoegen met vermelding brutoprijzen, kortingspercentage en nettoprijzen” en van het gunningscriterium “Service”:

“[...]”			
Nr.	Naam	Motivering	Score
Gunningscriterium nr. 1: prijs raamcontract			
Beoordeling op 70 punten			
[...]			
2	Java	[...]	[...]
1	DeliXL Flanders	<p>1. Inventaris</p> <p>[...]</p> <p>2) volledige catalogus en bijhorende prijslijst bijvoegen met vermelding brutoprijzen, kortingspercentage en nettoprijzen</p> <p>DeliXL voegt in excelbestand de prijslijst toe van volledige catalogus. De prijslijst vermeld eenheidsprijzen, 2 % eindejaarskorting en netto-eenheidsprijzen. De brutoprijzen en het vaste kortingspercentage worden echter niet vermeld.</p> <p>Volgende bemerkingen</p> <p>2.a) De prijslijst is foutief opgemaakt:</p> <p>Ipv eindejaarskorting in mindering te brengen van hoogste prijs, werd 2 % bijgerekend bij laagste prijs. Bij vraag verduidelijking heeft DeliXL bevestigd dat de prijzen in verkeerde kolom staan en heeft een nieuwe prijslijst toegestuurd echter met andere prijzen.</p> <p>2.b) Bij webshopping worden hogere prijzen opgegeven dan de EP of netto eenheidsprijzen van de prijslijst. Bij steekproef is geen constant kortingspercentage te achterhalen (prijzen cataloguslijst bijgevoegd bij offerte verschillen van 2 % tot meer dan 50 % tov de prijzen webshop).</p> <p>Er is geen duidelijkheid over de prijzen.</p> <p>Deze prijslijst voldoet dus niet aan gevraagde. Opgave van kortingspercentage is nochtans noodzakelijk voor toepassing prijssherziening, omdat het kortingspercentage vast is gedurende de ganse looptijd van het contract.</p> <p>2.c) DeliXL neemt in de prijslijst nog 2 % extra eindejaarskorting op. Deze eindejaarskorting wordt toegekend na afsluiten van een jaar en wordt dmv een creditnota toegekend in de loop van februari. Het toekennen van een extra eindejaarskorting is strijdig met de bepaling onder 1.5 vorm en inhoud van de</p>	35

		<p>offerte, waarin staat dat eventuele kortingen steeds in de eenheidsprijs moeten verrekend zijn en niet afzonderlijk vermeld mogen worden.</p> <p>2.d) Conclusie Essentieel prijsbestanddelen zijn niet opgegeven: nl brutoprijzen en vast kortingspercentage, dat onmiddellijk wordt toegekend bij elke bestelling. Dit is een essentieel element ifv de vaste prijs en ifv de prijsherzieningsformule, waarbij het kortingspercentage constant moet blijven gedurende de ganse looptijd van de overeenkomst. De prijslijst is niet correct opgemaakt waardoor onduidelijkheid bestaat over de juiste prijzen. Om deze redenen wordt deze prijslijst als niet conform aan de vereisten van het bestek afgewezen. Deze prijsvergelijking wordt gequoteerd op 35 % en de score wordt berekend volgens hogervermelde formule. score = 0</p> <p>De offerte wordt inhoudelijk onregelmatig verklaard op het criterium prijs. De score is niet relevant.</p>	
--	--	---	--

[...]

Gunningscriterium nr. 3: Service Beoordeling op 10 punten [...].			
2	Java	[...]	[...]
1	DeliXL Flanders	<p>1) software:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Bestellingen moeten online kunnen worden geplaatst. ja - Gebruiksvriendelijkheid van de onlinebestelsoftware: is toegankelijk zonder instructie <p>my deliXI overzicht volledige assortiment, met overzicht promo</p> <ul style="list-style-type: none"> - mogelijkheid aanmaak persoonlijke minicatalogus <p>ja na overleg met vertegenwoordigster</p> <ul style="list-style-type: none"> - met inbouw valideringssysteem: <p>geen antwoord</p> <ul style="list-style-type: none"> - mogelijkheid rapporten te genereren: <p>oproepen statistieken</p> <ul style="list-style-type: none"> - extra toepassingen van de software: <p>technische fiches, raadplegen facturen en creditnota's</p> <ul style="list-style-type: none"> - eventueel zal de inschrijver gevraagd worden een demo te verzorgen. <p>2) leveringsservice</p> <ul style="list-style-type: none"> - leveringstermijn: <p>2 werkdagen voor leveringsdatum</p> <p>quid stockartikelen en bestelartikelen</p> <ul style="list-style-type: none"> - garantie dat binnen opgegeven leveringstermijn zal worden geleverd 	3

	<p>ingeval laattijdige levering zal bericht gegeven worden</p> <ul style="list-style-type: none"> - garantie dat juiste artikel wordt geleverd: geen antwoord - garantie dat gehele bestelling zal worden geleverd: geen antwoord - wat indien artikel niet voorradig is: geen antwoord - afnamehoeveelheid: te raadplegen via MYDeliXL - franco of transportkosten - vanaf welk bestelbedrag wordt er franco geleverd: 250 EUR (excl btw) - hoeveel bedragen de transportkosten (te scoren bij criterium prijs): 30 EUR - kan er een tolerantie toegestaan worden voor bepaald % kleinere bestellingen die toch franco worden geleverd, zo ja welk % (dit per site) geen antwoord - eigen transport of transport uitbesteed <p>eigen en uitbesteed transport vrachtwagen bi-temperatuur: 2 compartimenten (pos en neg koude)</p> <p>3) promo</p> <ul style="list-style-type: none"> - worden goedkopere netto promoprijzen (tov de offerteprijzen inventaris en catalogus) doorgerekend: neen gezien de vaste prijzen - worden kortingspercentages bij bv grotere afnames ook doorgerekend bij forfaitaire prijzen inventaris cataloguslijst: palletkortingen neen - gratis artikelen acties: ja <p>vanaf 01/01/2014 2 % eindejaarskorting (in strijd met voorschriften bestek)</p> <p>4) gamma</p> <ul style="list-style-type: none"> - zijn er oa dieet-, glutenvrije-, bio-, fairtrade-, suiker- en zoutvrije producten verkrijgbaar, met vermelding over hoeveel producten het gaat <p>antwoord: uitgebreid gamma, geen vermelding hoeveelheid volgens bijgevoegde catalogus: totaal 10.074 producten in het gamma</p> <p>5) extra service:</p> <p>aan de hand van verbruik streven naar producten van 1 merk om zo betere prijzen te bekomen bij fabrikanten Mogelijkheid dagbudget te limiteren. Periodieke automatische foodcostberekening module stockmanagement en tracering voorraad per site beheren</p> <p>Conclusie</p> <p>Op vele vragen wordt geen expliciet antwoord gegeven, wat nochtans is opgelegd door het bestek. Daardoor kan de service niet volledig worden beoordeeld, waardoor de offerte inhoudelijk onregelmatig wordt).</p>	
--	--	--

		<p>Software: uit een test blijkt dat de contractprijzen rechtstreeks te zien op webshop. Is een overzichtelijke en toegankelijke webshop.</p> <p>test: 3 producten werden niet geleverd, zonder voorafgaandelijke verwittiging. Vertegenwoordiger heeft het nodige gedaan om 1 product nog te laten leveren. 2 andere producten zijn dezelfde als voorgesteld door Java, waardoor leidend ambtenaar toegestaan heeft deze niet te leveren. Leveringsgarantie is zeker niet 100 %.</p> <p>De offerte wordt als onvoldoende gescoord en inhoudelijk onregelmatig voor het criterium service. De score is niet relevant.</p>	
--	--	---	--

[...]"

Indien regelmatig, zou de verzoekende partij, die 10 op 20 scoort voor "Kwaliteit" aldus een totaalscore behalen van 48 op 100. De bvba Java scoort 66,64 op 70 voor het gunningscriterium "Prijs raamcontract" – waarbij zij voor het onderdeel "inventaris" niet het maximum scoorde doordat vergeleken werd met de lagere prijs van de verzoekende partij, 15 op 20 voor "Kwaliteit" en 9 op 10 voor "Service".

Dit leidt tot de volgende rangschikking:

"[...]"

Nr.	Naam	Score	Prijs incl. btw*
2	Java	90,64	817.546,65 EUR
1	DeliXL Flanders (inhoudelijk onregelmatig voor het criterium prijs en service, de score is niet relevant)	48	739.059,74 EUR

*Nagerekende bedragen".

Er wordt dan ook voorgesteld de opdracht te gunnen aan de bvba Java als inschrijver met de "enige regelmatige en economisch gunstige (rekening houdend met de gunningscriteria) offerte".

3.6. Vervolgens beslist de deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen op 7 november 2013 om dit verslag van nazicht goed te keuren en de opdracht te gunnen aan de bvba Java. Dit is de bestreden beslissing die onder meer als volgt wordt gemotiveerd:

“Er werden 2 offertes ontvangen:

- DeliXL Flanders, [...] (696.181,51 EUR excl. btw of 738.157,75 EUR incl. btw totaalprijs inventaris);

- Java, [...] (760.327,65 EUR excl. btw of 805.947,31 EUR incl. btw totaalprijs inventaris);

Op 3 oktober 2013 stelde de dienst Aankoop, Transport & Verzending een verslag van nazicht van de offertes op.

De offertes werden geëvalueerd op:

-prijs 70 % (bestaande uit prijslijst inventaris en prijsvergelijking catalogus)

-kwaliteit inzake voedselveiligheid en producten: 20 %

-service: 10 %

Volgende scores werden toegekend:

Firma	Prijs inventaris 35 %	Prijs catalogus 35 %	Totaal prijs 70 %	Kwaliteit 20 %	Service 10 %	Totaal 100 %
Deli XL	35	0	35	10	3	48
Java	31,64	35	66,64	15	9	90,64

De offerte van Deli XL wordt voor het criterium prijs inhoudelijk onregelmatig verklaard omdat in de prijslijst catalogus essentiële prijsbestanddelen, zijnde brutoprijzen en vaste kortingspercentages niet werden vermeld en omdat in strijd met de bepaling van het bestek er nog een eindejaarskorting werd toegekend. De score inzake prijs moet dan ook beschouwd worden als irrelevant.

Inzake service scoort de firma Deli XL onvoldoende omdat er geen antwoord werd gegeven op de gestelde vragen. De offerte van Deli XL wordt als onregelmatig afgewezen.

De offerte van Java voldoet aan alle technische eisen en scoort goed op alle criteria.

Het Departement Logistiek, dienst Aankoop, Transport & Verzending stelt voor om, rekening houdende met het voorgaande, deze opdracht te gunnen aan de enige regelmatige en economisch voordelige (rekening houdend met de gunningscriteria) bieder, zijnde Java [...] tegen de eenheidsprijzen vermeld in de offerte van deze inschrijver”.

3.7. Met een blijkbaar aangetekend en via e-mail verzonden brief van 8 november 2013 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat de opdracht werd gegund aan de bvba Java. De gemotiveerde beslissing en het verslag van nazicht worden bijgevoegd.

IV. Tussenkoms

4. De verzoekende partij in tussenkoms 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 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 beslissing 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.

Overeenkomstig artikel 65/31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van “de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van het gelijkheidsbeginsel tussen inschrijvers, van de artikelen 89, 110 en 114 van het Koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van de artikelen 1.5 en 1.9 van het bestek, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, uit de manifeste beoordelingsfout, uit de foutieve[...] motivering en de machtsoverschrijding”.

Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

“Doordat, eerste onderdeel, de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij onregelmatig verklaart op grond van het motief dat deze offerte bepaalde essentiële elementen ontbeerde die een effectieve prijsvergelijking moesten toelaten, dat ze belangrijke prijsverschillen zou bevatten van de prijzen vermeld op haar website ‘Web Shopping’, en dat de offerte tot slot, de vereisten van het voorschrift 1.5 van het bestek met betrekking tot de vermindering van de unitaire prijzen niet zou eerbiedigen.

En doordat, tweede onderdeel, de verzoekende partij inzake het derde gunningscriterium niet zou hebben geantwoord op alle vragen gesteld door de aanbestedende overheid;

Terwijl, nochtans de bepalingen en beginselen die in het middel ingeroepen worden niet toelieten dat de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij onregelmatig zou verklaren en haar een score van 0/35 zou toekennen op het tweede subcriterium ‘prijs’ (zijnde: catalogus prijslijst);

Terwijl de bestreden beslissing niet toelaat te begrijpen op grond van welke motieven de verwerende partij een dermate lage score heeft gegeven voor het derde gunningscriterium (3 %).

En terwijl de artikelen 2 en 3 van de wet betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen inhouden dat elke individuele administratieve rechtshandeling moet gesteund zijn op pertinente en draagkrachtige motieven die in de bestreden beslissing zelf, minstens in het administratief dossier terug te vinden zijn.”

6.1.1. In de toelichting bij het eerste middelonderdeel benadrukt de verzoekende partij in de eerste plaats dat de verwerende partij haar offerte onregelmatig verklaart maar er toch punten aan toekent voor de gunningscriteria “hetgeen tegenstrijdig is”.

6.1.2. Voorts betoogt zij dat de vaststellingen van de verwerende partij inzake de prijsopgave in de offerte van de verzoekende partij om de volgende twee redenen niet correct zijn:

- In de Excel tabel bij de offerte van de verzoekende partij kan op eenvoudige wijze worden vastgesteld dat er een “brutoprijs”, een “korting” en een “nettoprijs” werden opgegeven;
- De verzoekende partij heeft meegedeeld dat de lijst die bij haar offerte was gevoegd een vergissing bevatte, maar dit was een louter materiële vergissing, die gemakkelijk kon worden ontdekt door de aanbestedende overheid en waarvan de verbetering geen enkel effect had op de inhoud van de offerte zelf.

De verzoekende partij heeft een gecorrigeerde tabel aan de verwerende partij bezorgd voordat de gunningsbeslissing werd genomen, en zij was dan ook gehouden om er rekening mee te houden in haar beoordeling, wat zij echter niet heeft gedaan.

6.1.3. In de mate dat de aanbestedende overheid de offerte eveneens onregelmatig verklaart omdat de website “Web Shopping” van de verzoekende partij eenheidsprijzen vermeldt die 2 tot 50 % hoger liggen dan de prijzen opgenomen in de offerte, acht de verzoekende partij deze kritiek “niet pertinent aangezien deze kritiek gesteund is op elementen die niet opgenomen werden in de offerte. Deze kritiek wordt niet gesteund op het abnormaal laag karakter van de bezorgde prijzen”. Zij merkt nog op dat dit prijsverschil “eenvoudig verklaard kan worden doordat het enerzijds gaat om een ‘prijs voor het grote publiek’, die dus helemaal niet kan vergeleken worden met de prijzen die worden gebruikt in het kader van een bevoorrechte verhouding met een openbaar bestuur die grote bestellingen doet en anderzijds, omdat de ‘internetprijzen’, prijzen zijn van 2013 terwijl in de ingediende offerte de prijzen voor 2014 werden opgenomen”.

6.1.4. Op de vaststellingen van de verwerende partij inzake de voorgestelde korting en het oordeel dat, om regelmatig te zijn, de offerte een korting had moeten voorstellen die rechtstreeks toegepast kon worden op elke bestelling, antwoordt zij:

“[De verwerende partij] steunt haar stelling op bepaling 1.5 van het bestek waarin het volgende bepaald wordt:

‘Eventuele kortingen moeten worden opgenomen in een duidelijk gestructureerde bundel met inhoudsopgave en één enkele doorlopende paginering. Volgende structuur is verlicht te volgen. (...)’

De verwerende partij geeft echter aan deze bepaling een draagwijdte die zij kennelijk niet heeft aangezien deze bepaling op geen enkele wijze vereist dat de korting zou worden toegekend per bestelling. Deze bepaling legt uitsluitend op dat eventuele kortingen telkenmale in de eenheidsprijs zouden vervat zitten en niet afzonderlijk van de eenheidsprijs zouden vermeld worden.

Aangezien de prijzencatalogus die in de offerte van de verzoekende partij opgenomen werd, de korting in elk van de eenheidsprijzen integreert, werd de bepaling 1.5 wel degelijk nageleefd.”

6.1.5. De verzoekende partij besluit dat de door de verwerende partij ingeroepen motieven om de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren niet correct zijn in feite noch in rechte.

6.2. In het tweede middelonderdeel bekritiseert de verzoekende partij het oordeel van de verwerende partij dat zij niet op alle besteksvragen in het kader van het gunningscriterium “Service” heeft geantwoord. De verzoekende partij betoogt dat zij wel degelijk heeft geantwoord op alle vragen en citeert daartoe uit haar offerte. Zij besluit:

“Het is wel zo dat de verzoekende partij op elk van de vragen heeft geantwoord in één en dezelfde tekst. Zij heeft dus niet elke vraag afzonderlijk beantwoord.

Alle antwoordelementen op de gestelde vragen bevinden zich echter in de offerte.

De aanbestedende overheid heeft echter geheel tegenstrijdig een, weze het zeer strenge, quotering van 3 % toegekend aan de verzoekende partij voor het derde criterium. Dit toont aan dat de offerte van de verzoekende partij in werkelijkheid niet onregelmatig was

In elk geval is de motivering van de bestreden beslissing niet draagkrachtig en laat het aan de verzoekende partij niet toe waarom een dergelijke strenge quotering werd toegekend.”

Beoordeling

Algemeen

7.1. In de bestreden beslissing wordt de offerte van de verzoekende partij onregelmatig bevonden, enerzijds omdat “in de prijslijst catalogus essentiële prijsbestanddelen, zijnde brutoprijzen en vaste kortingspercentages niet werden vermeld en omdat in strijd met de bepaling van het bestek er nog een eindejaarskorting werd toegekend” en anderzijds omdat “er geen antwoord werd gegeven op de gestelde vragen [inzake het gunningscriterium ‘service’]”.

Op het eerste gezicht dient te moeten worden aangenomen dat elk van deze twee motieven op zichzelf voldoende draagkrachtig kunnen zijn om de bestreden beslissing om de offerte van de verzoekende partij te weren te schragen. Aldus lijkt zij op het eerste gezicht enkel te beschikken over het rechtens vereiste belang bij dit middel indien zij erin zou slagen aan te tonen dat beide motieven onwettig zouden zijn.

7.2. Er dient op de discussie tussen partijen inzake de ontvankelijkheid van het middel, wat het belang ervan betreft, namelijk de onmogelijkheid van de verzoekende partij om het puntenverschil met de tussenkomende partij te overbruggen, niet te worden ingegaan nu, zoals hierna blijken zal, het middel niet ernstig is.

8.1. In de mate dat in beide middelonderdelen de schending wordt ingeroepen van de formele-motiveringsverplichting, kan worden vastgesteld dat de bestreden beslissing een omstandige vermelding bevat van de redenen waarom de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig werd geweerd. De verzoekende partij toont in de uiteenzetting van geen van beide middelonderdelen *prima facie* aan waarom er geen afdoende formele motivering voorhanden zou zijn. Het tegendeel blijkt veeleer uit het enige middel waarin de verzoekende partij de gronden voor het weren van haar offerte inhoudelijk betwist. Aldus lijkt voldaan aan de formele-motiveringsverplichting, minstens aan de *ratio legis* ervan.

8.2. Het in beide middelonderdelen aangehaalde argument dat het tegenstrijdig zou zijn om enerzijds haar offerte als onregelmatig te weren maar anderzijds deze toch te toetsen aan gunningscriteria, wordt niet aanvaard. De onregelmatigheid lijkt slechts te kunnen worden vastgesteld bij die toetsing. Minstens toont de verzoekende partij niet aan hoe zij door die werkwijze zou zijn benadeeld.

Eerste onderdeel

9.1. De verwerende partij stelt in het eerste motief om de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren, in wezen vast dat “in de prijslijst catalogus essentiële prijsbestanddelen, zijnde brutoprijzen en vaste kortingspercentages niet werden vermeld en [dat] in strijd met de bepaling van het bestek er nog een eindejaarskorting werd toegekend”.

9.2. Uit de ingeroepen artikelen 89 en 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’ volgt dat een afwijking van de besteksbepalingen inzake de opgave van de prijzen in principe te beschouwen is als een afwijking van een essentiële besteksbepaling, zodat dit een substantiële onregelmatigheid uitmaakt.

10.1. In de mate dat de verzoekende partij inroept dat er in haar eerste prijslijst enkel sprake is van een materiële vergissing en een rekenfout, die de verwerende partij gemakkelijk had kunnen corrigeren, volstaat de vaststelling dat haar offerte niet om die reden onregelmatig werd verklaard. Deze grief is dan ook niet pertinent.

10.2. De verwerende partij heeft met haar besteksbepalingen (I.5, I.9 en II.3) inzake de opgave van de brutoprijs, de korting en de nettoprijs beoogd inzicht te verwerven in de korting die een inschrijver toestaat gedurende de volledige duur van de opdracht, over de prijsherzieningen heen. Aldus is een correcte weergave in de offerte van deze prijsopbouw essentieel, inzonderheid naar de vergelijking van de offertes toe.

10.3. Deze gevraagde prijsopbouw, deel catalogus, is door de verzoekende partij niet in acht genomen. Weliswaar vermeldt de offerte van de verzoekende partij telkens een eenheidsprijs, een eindejaarskorting en een nettoprijs doch dit lijkt niet de prijsopgave zoals verwacht door het bestek.

De opgegeven brutoprijzen lijken eerder prijzen waarop reeds een korting is toegestaan in functie van de opdracht en opdrachtgever; dit laatste wordt trouwens door de verzoekende partij toegegeven; ook een vergelijking met de “webprijzen” van de verzoekende partij wijzen in die richting.

De opgegeven “eindejaarskorting” lijkt niet de draagwijdte te hebben van de korting waarover het bestek handelt, namelijk een over de prijsherzieningen heen vaststaand kortingspercentage op de brutoprijs. De door de verzoekende partij opgegeven eindejaarskorting lijkt een korting die verrekend wordt over de globale omzet, en dus niet per artikel, en die onder een niet onmiddellijk nader te bepalen vorm wordt ter beschikking gesteld van de verwerende partij in de maand februari van het volgend kalenderjaar, en dus niet onmiddellijk verrekend per factuur of bestelling zoals het bestek nochtans lijkt te vereisen.

De verzoekende partij toont dan ook niet aan dat de verwerende partij hier een verkeerde draagwijdte heeft gegeven aan de in het bestek vermelde bepalingen inzake de prijsopgave. Hier bedenkt de Raad van State ook bij dat de verzoekende partij op geen ogenblik opmerkingen of vragen stelde aan de verwerende partij omtrent eventuele onduidelijke passages in het bestek.

10.4. Het middelonderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

11. In het tweede onderdeel bekritiseert de verzoekende partij het motief om haar offerte onregelmatig te verklaren wat betreft het niet-beantwoorden van de besteksvragen inzake kwaliteit.

Gelet op het besluit dat het eerste middelonderdeel niet-ernstig is, en bijgevolg dat het eerste motief om de offerte van de verzoekende partij te

weren niet *prima facie* onwettig is, lijkt de verzoekende partij geen belang meer te hebben bij haar inhoudelijke kritiek op het tweede, alsdan overtollige, motief.

VII. Besluit

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

BESLISSING

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

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

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 17 december 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