

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 226.870 van 24 maart 2014
in de zaak A. 211.826/XII-7616**

In zake: de NV KRINKELS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Cies Gysen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Judo
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

Verzoekende partijen tot tussenkomst:

1. de NV SOGA
2. de BVBA DE VLIAGER R. en CIE
samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kris Lemmens
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Burburestraat 6-8, bus 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 28 februari 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:
“- De beslissing d.d. 29.01.2014 uitgaande van het Agentschap Wegen en Verkeer, [...] waarbij de opdracht ‘Groenonderhoud (grasbermen en beplanting, snoeien en vellen van lijnbomen), netheidsonderhoud (zwerfvuilverwijdering),

veegwerken en reinigen van afwateringsstelsels op de gewest- en autosnelwegen in het district Antwerpen’ wordt gegund aan thv Soga – De Vlieger [...].

- De impliciete beslissing d.d. 29.01.2014 uitgaande van het Agentschap Wegen en Verkeer, [...] waarbij [deze opdracht] aldus niet wordt gegund aan [...] de nv Krinkels”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 12 maart 2014 hebben de nv Soga en de bvba De Vlieger R. en Cie gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 maart 2014, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gitte Laenen, die loco advocaat Cies Gysen verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Frank Judo en Stijn Maeyaert, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Frederick Ongena, die loco advocaat Kris Lemmens verschijnt voor de verzoekende partijen tot tussenkomst, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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. Het Agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Antwerpen, van het Vlaamse Gewest schrijft een opdracht uit voor de aanneming van diensten met als voorwerp “Groenonderhoud (grasbermen en beplanting, snoeien en vellen van lijnbomen), netheidsonderhoud (zwerfvuilverwijdering), veegwerken en reinigen van afwateringsstelsels op de gewest- en autosnelwegen in het district Antwerpen”. De gunningswijze betreft de open offerteaanvraag.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bestek nr. 1M3D8E/13/75.

In het bestek worden de gunningscriteria als volgt omschreven:

“Totaal punten: 100 punten

De prijs: 50 punten.
[...]

Kwaliteit van de aangeboden diensten: 50 punten

Plan van aanpak: 35 punten

Kwaliteitsgarantie: 15 punten

Alle quoteringen worden opgeteld en vormen het puntentotaal. De toewijzing zal gebeuren aan de inschrijver met het hoogste aantal punten.

Plan van aanpak (aanpak en methodologie): 35 punten

Het plan van aanpak concretiseert op een realistische en samenhangende wijze de uitvoering van de opdracht en dit verbonden aan het vooropgestelde werkschema.

De manier waarop de opdracht uitgevoerd zal worden, dient duidelijk beschreven te worden, evenals de uitvoering van de verschillende onderdelen van de opdracht. Volgende zaken dienen opgenomen te worden in het plan van aanpak.

1) Jaarplanning (5 punten)

[...]

2) Samenwerken met bestuur (10 punten)

[...]

3) Uitvoering (10 punten)

[...]

4) Afvoer van afvalstoffen (5 punten)

[...]

5) Schade door uitvoering (5 punten)

[...]

De inschrijver beperkt zijn plan van aanpak tot:

- max. 20 blz. A4, (lettertype arial 10, marges 2 cm) volgens bovenstaande nummering
- max 2 A3-timings(faserings)plannetjes (punt 1)

Het plan van aanpak maakt integraal deel uit van de goedgekeurde offerte, en dient bij de uitvoering steeds gevolgd te worden. Dit geldt eveneens voor onderaannemers. Het bestuur behoudt zich ten allen tijde het recht voor om tussen te komen in de voorgestelde werkwijze uit het plan van aanpak (zeker voor wat betreft punt 1) en eventueel wijzigingen aan te brengen tijdens de uitvoering van de werken.

Kwaliteitsgarantie (15 punten):

De opdrachtnemer beschrijft in zijn offerte de technieken en vaardigheden die de opdrachtnemer hanteert om kwaliteitsvolle resultaten te verzekeren en hoe en wanneer deze technieken ingezet zullen worden.

Volgende zaken dienen opgenomen te worden in de kwaliteitsgarantie:

- 1) De manier van samenwerking met (indien nodig) in te schakelen onderaannemer(s), of de samenwerking tussen de partners binnen een tijdelijke vereniging. Hoe wordt de onderaannemer gecontroleerd zowel naar timing als kwaliteit? Hoe garandeert de hoofdaannemer een goede uitvoering van de onderaannemer volgens de bestekvoorschriften en zijn plan van aanpak,
- 2) Hoe aantonen dat de opdrachten kwaliteitsvol (volgens bestekvoorschriften en plan van aanpak) werden uitgevoerd. Hoe gebeurt de interne controle van de verschillende opdrachten? In het bijzonder voor de opdrachten vegen, netheid kunstwerken, ruimen kolken, zwerfvuil, verwijderen maaisel, afvalstromen.
- 3) Hoe zal de voorgestelde werkwijze in punt 2 worden geëvalueerd.

De inschrijver beperkt zijn 'Kwaliteitsgarantie' tot:

- max. 5 blz. A4 (lettertype arial 10, marges 2 cm) volgens bovenstaande nummering

- max 3 blz. A4 als bijlage.”

3.3. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 17 oktober 2013 en het Publicatieblad van de Europese Unie op 22 oktober 2013.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 27 november 2013. Zes inschrijvers dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij.

3.5. Op 2 december 2013 wordt het gunningsverslag opgesteld. Alle inschrijvers worden geselecteerd en alle offertes worden regelmatig bevonden.

Vervolgens worden de offertes getoetst aan de gunningscriteria:

“Opsomming van criteria uit de aanbestedingsdocumenten met hun gewichten

Naast onderzoek prijs wordt hier de beoordeling van de verschillende criteria opgenomen.

[...]

Per gunningscriterium worden de voorstellen van de inschrijvers in het kort besproken.

1. Prijs: quotering op 50 punten

A. Cocquyt bvba	50
Audenaert A. bvba	48
Krinkels nv	48
Van Doorn Geldermalsen bv	46
THV Soga - De Vlieger	44
Abog nv	42

2. Plan van aanpak (aanpak en methodologie): quotering op 35 punten

[...]

Krinkels nv

Jaarplanning is in bijlage toegevoegd, deze is zeer gedetailleerd en opgesplitst per gewestweg.

Er wordt een wekelijks werkoverleg voorgesteld, dit is zeker een pluspunt
Voor de werfsignalisatie kan er worden teruggevallen op een aparte signalisatieafdeling binnen het bedrijf, dit is positief.

Werkwijze bij het afranden, hoe gebeurt de afvoer?

Hakhoutbeheer: wat met volledige stammen?

‘s Nachts opslag op eigen terrein in haven, is dit wettelijk in orde? Bestaat er een overeenkomst met verwerker voor nachtelijke afgifte?

Algemeen:

Track and trace, gaat de aannemer het systeem ter beschikking stellen van opdrachtgevend bestuur? Zijn alle voertuigen uitgerust met dit systeem?

Wat met onderaannemers? Hoe is de permanentie georganiseerd?

Een zeer beknopte bespreking van het plan van aanpak, maar een zeer uitgebreide jaarplanning wat toch als zeer positief wordt beoordeeld.

Totaal punten: 29/35

[...]

3. Kwaliteitsgarantie: quotering op 15 punten

[...]

Krinkels nv

Er is geen apart document om de kwaliteitsgarantie toe te lichten. Het is niet duidelijk of dit in het plan van aanpak is geïntegreerd of dit simpelweg vergeten is.

Totaal punten: 0/15

[...]”.

De eindrangschikking van de offertes is de volgende:

	Prijs	Plan van aanpak	Kwaliteitsgarantie	Totaal
A. Cocquyt bvba	50	27	10	87
Audenaert A. bvba	48	22	8	78
Krinkels nv	48	29	0	77
Van Doorn Geldermalsen bv	46	23	9	78
THV Soga – De Vlieger	44	33	12	89
Abog nv	42	25	10	77

Er wordt voorgesteld de opdracht toe te wijzen aan de thv Soga–De Vlieger.

3.6 Op 29 januari 2014 ondertekent de bevoegde minister de beslissing om de opdracht te gunnen aan de thv Soga – De Vlieger.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

IV. Tussenkost

4.1. Het verzoek tot tussenkost is ingediend door de nv Soga en de bvba De Vlieger R. en Cie, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Soga–De Vlieger, dit is de begunstigde inschrijver.

4.2. De bvba De Vlieger R. en Cie blijkt evenwel, na hiertoe te zijn uitgenodigd door de griffie van de Raad van State, het rolrecht verbonden aan haar tussenkost op datum van de terechtzitting niet te hebben betaald. Overeenkomstig artikel 71, vierde lid, van het algemeen procedurereglement dient deze proceshandeling aldus als niet verricht te worden beschouwd. Hieruit volgt dat de bvba De Vlieger R. en Cie wordt geacht niet te zijn tussengekomen in het geding.

4.3. De nv Soga –die wel het rolrecht heeft betaald– is als enige vennoot van de tijdelijke handelsvennootschap in rechte opgetreden.

Als gekozen inschrijver beschikt enkel de tijdelijke handelsvennootschap over de vereiste hoedanigheid en het belang om tussen te komen in een procedure waarbij een andere kandidaat de gunningsbeslissing aanvecht. Een verzoek tot tussenkost kan dus slechts ontvankelijk worden ingediend door alle vennoten van de betrokken tijdelijke handelsvennootschap, zonder rechtspersoonlijkheid, samen geldig optredend. Dit is hier niet het geval.

Het verzoek tot tussenkost van de nv Soga is derhalve niet ontvankelijk.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5.1. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering en werpt daartoe een exceptie op.

5.2. Er bestaat vooralsnog geen noodzaak om over deze exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen

nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6.1. Overeenkomstig het op deze zaak nog toepasselijke 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.

6.2. Te dezen is evenwel de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Luidens artikel 15, eerste lid, van de voornoemde wet van 17 juni 2013 is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 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.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

7. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 25, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten van werken, leveringen en diensten’, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “inzonderheid” het gelijkheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht. Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

“DOORDAT de offerte van de verzoekende partij kennelijk incorrect en onzorgvuldig werd beoordeeld; de motieven op grond waarvan aan verzoeksters offerte een lage(re) score werd toegekend, zijn feitelijk onjuist en derhalve ondeugdelijk;

TERWIJL op grond van het zorgvuldigheids- en het gelijkheidsbeginsel van de aanbestedende overheid mag worden verwacht dat zij de offertes op een zorgvuldige, deskundige en objectieve wijze onderzoekt in het licht van de vooropgestelde gunningscriteria en dat zij de inschrijvers hierbij ook op gelijke wijze behandelt;

EN TERWIJL zowel de materiële motiveringsplicht als algemeen rechtsbeginsel, als de formele motiveringsplicht vereisen dat iedere bestuurshandeling gedragen wordt door motieven die in rechte en in feite aanvaardbaar zijn;

ZODAT de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen schendt.”

De verzoekende partij is van mening dat een aantal van de motieven voor het gunningscriterium “kwaliteit van de aangeboden diensten” feitelijk onjuist zouden zijn en dit zowel voor het subgunningscriterium “plan van aanpak” als voor het subgunningscriterium “kwaliteitsgarantie”. De verwerende partij zou ze niet zorgvuldig hebben onderzocht.

Wat betreft het subgunningscriterium “plan van aanpak” bekritiseert de verzoekende partij de bemerkingen gemaakt door de aanbestedende overheid inzake de werkwijze bij het afranden en de afvoer, het hakhoutbeheer en de behandeling van volledige stammen, de nachtelijke opslag op eigen terrein in de haven, het “track and trace”-systeem en de terbeschikkingstelling ervan aan het opdrachtgevend bestuur en de organisatie van de permanentie.

Wat betreft het subgunningscriterium “kwaliteitsgarantie” betoogt de verzoekende partij dat een apart document dienaangaande wel degelijk is ingediend en inhoudelijk volledig beantwoordt aan de vereisten gesteld door de verwerende partij.

De verzoekende partij besluit dat haar offerte op het vlak van de beide subgunningscriteria onbehoorlijk is geëvalueerd en een totaalscore van 93/100 haar logisch lijkt. De opdracht diende dan ook aan haar te worden gegund.

Beoordeling

8.1. Inzake het subgunningscriterium “kwaliteitsgarantie”, legt de verzoekende partij het indieningsrapport van haar offerte voor als overtuigingsstuk, ten bewijze van haar stelling dat de bijlage 2 van haar offerte wel degelijk correct elektronisch is ingediend, met inbegrip van een onderdeel getiteld “Kwaliteitsgarantie (15 punten)” op de bladzijden 105 tot en met 145 ervan.

Dit indieningsrapport stemt volledig overeen met het indieningsrapport neergelegd door de verwerende partij als deel van het administratief dossier.

De verwerende partij voert evenwel aan dat de bijlage 2, zoals zij die heeft ontvangen, in zijn geheel 105 bladzijden telt, waarbij het beweerde onderdeel aangaande de kwaliteitsgarantie ontbreekt.

Door zich te beroepen op het indieningsrapport, lijkt de verzoekende partij in de huidige stand van het geding niet te slagen in haar opzet aan te tonen dat het document inzake de kwaliteitsgarantie door haar wel degelijk

is ingediend. Deze stelling vindt immers geen steun in haar offerte zoals deze deel uitmaakt van het administratief dossier. Ter terechtzitting merkt de verzoekende partij overigens op dat zij ICT-gewijs niet kan aantonen dat het document inzake de kwaliteitsgarantie digitaal werd ingediend en voegt zij eraan toe dat de federale e-procurementdiensten, door haar telefonisch geïnterpelleerd, dit evenmin lijken te kunnen. De verzoekende partij geeft ook niet aan enige formele klacht omtrent een en ander te hebben ingediend.

Uit hetgeen voorafgaat, lijkt te volgen dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat de gegeven nulscore inzake de kwaliteitsgarantie niet wordt gedragen door in de feiten juiste motieven, noch zou zijn ingegeven door een onzorgvuldige feitenvinding.

8.2. Vastgesteld dat de kloof tussen de offerte van de verzoekende partij en deze van de thv Soga–De Vlieger 12 punten bedraagt, lijkt de verzoekende partij, gelet op het voorgaande, niet te getuigen van het rechtens vereiste belang bij het eerste middel, in zoverre het de gegeven score inzake het subgunningscriterium ‘plan van aanpak’ bekritiseert. Immers, zelfs indien de aanbestedende overheid na een gebeurlijke schorsing op dat onderdeel van het middel, de offerte van de verzoekende partij de maximumscore toekent inzake het plan van aanpak, kan zij, in aanmerking genomen de nulscore inzake de kwaliteitsgarantie, nooit als de inschrijver met de economisch voordeligste offerte worden gerangschikt.

8.3. Het eerste middel is aldus, in zijn geheel genomen, niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

9. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 25, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten van werken, leveringen en diensten’, van de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken,

leveringen en diensten’, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “in het bijzonder” het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*. Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

“DOORDAT, uit de bestreden beslissing blijkt dat verwerende partij de offertes niet heeft beoordeeld op basis van alle subgunningscriteria die nochtans uitdrukkelijk werden vooropgesteld in het bijzonder bestek; minstens is van deze toetsing geen neerslag terug te vinden in de bestreden beslissing;

TERWIJL zowel artikel 25, lid 1 Overheidsopdrachtenwet, als het ‘patere legem’-beginsel de aanbestedende overheid ertoe verplichten de opdracht te gunnen aan economisch meest voordelige offerte rekening houdend met alle in het bestek vermelde gunningscriteria;

EN TERWIJL de artikelen 4 en 5 van de Rechtsbeschermingswet, alsook de artikelen 2 en 3 van de Formele Motiveringswet de aanbestedende overheid gebieden een gemotiveerde gunningsbeslissing op te stellen waarin onder meer - in het licht van de vastgestelde gunningscriteria - wordt aangegeven welke kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte deze beslissing rechtvaardigen;

ZODAT de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen schendt.”

De verzoekende partij voert aan dat de verwerende partij de offertes niet zou hebben getoetst aan alle in het bestek voorziene elementen die zij als sub-subgunningscriteria kwalificeert. Zij verwijst in dat verband naar de vijf elementen die overeenkomstig het bestek in het “plan van aanpak” dienden te worden opgenomen, zijnde: jaarplanning, samenwerken met bestuur, uitvoering, afvoer van afvalstoffen en schade door uitvoering. Zulks blijkt volgens de verzoekende partij alleszins niet uit het gunningsverslag of de bestreden beslissing.

Daarnaast merkt de verzoekende partij op dat voor geen van de sub-subgunningscriteria een concreet aantal punten is toegewezen aan de onderscheiden inschrijvingen, hetgeen onaanvaardbaar is.

Beoordeling

10. In de eerste plaats merkt de Raad van State op dat zich de vraag stelt in hoeverre de aanbestedende overheid de offerte van de verzoekende partij niet als onregelmatig zou moeten weren om reden dat, zoals uit de beoordeling van het eerste middel blijkt, de verzoekende partij niet aantoonbaar dat zij een essentieel, want rechtstreeks en uitdrukkelijk gecorreleerd aan een subcriterium, deel van haar offerte heeft ingediend. Dit lijkt immers fundamentele vragen te stellen naar de omvang van haar verbintenis en de vergelijkbaarheid onder de offertes. De verzoekende partij lijkt het dan ook te mangelen aan belang bij het middel.

Voorts lijkt de omstandigheid dat de bestreden beslissing niet bij alle offertes een uitdrukkelijke evaluatie van elk der vijf binnen het “plan van aanpak” bedoelde elementen weergeeft, in voorliggend geval niet onmiddellijk van aard te besluiten dat deze elementen niet alle in de beoordeling zijn betrokken geworden. Overigens laat ook hier de verzoekende partij na kritiek te leveren op de punten toegekend voor de offerte van de gekozen inschrijver zodat haar belang ook hier niet evident lijkt.

Ook het tweede middel is in de gegeven omstandigheden niet ernstig.

VIII. Besluit

11. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Soga en de bvba De Vlieger R. en Cie tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt verworpen.

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 nv Soga wordt verwezen in de kosten van haar verzoek tot tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 24 maart 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra