

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 227.008 van 3 april 2014
in de zaak A. 211.822/XII-7614**

In zake: Raf DE ROO
wonende te 9940 Sleidinge
Polenstraat 137
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frederick Bruloot

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN EVERGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, elektronisch ingesteld op 1 maart 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[de beslissing] van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn Evergem Raadzitting van donderdag 13 februari 2014 - Prijsofferte voor levering van brood, ontbijtkoeken en gebak aan de verschillende woonzorgcentra 2014 –offerten/toewijs”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 maart 2014, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Verzoeker en zijn advocaat Isabelle Verhelle, die loco advocaat Frederick Bruloot verschijnt, en advocaten Rika Heyse en Aline Heyrman, die verschijnen voor de verwerende 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 open offerteaanvraag uit voor een opdracht van aanneming van leveringen, in de aankondiging genoemd “Brood, ontbijtkoeken en gebak”.

De opdracht bestaat uit twee percelen en heeft een geraamde waarde van 225.000 euro over een periode van 34 maanden. Perceel 1 betreft de “periodieke leveringen (ook tijdens verlofperiodes) van allerlei koeken, taartjes en gebak aan de verschillende woonzorgcentra en het lokaal dienstencentrum van het OCMW van Evergem”. Perceel 2 betreft de “dagelijkse leveringen (ook tijdens verlofperiodes) van verschillende soorten broden [...]”.

3.2. De opdracht wordt op 16 oktober 2013 aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 18 oktober 2013 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. De offertes worden geopend op 3 december 2013 om 10u. Er worden vijf offertes ingediend waaronder deze van verzoeker.

‡ADEOJCDDI-BBFC CGV‡

3.4. Voor beide percelen wordt op 24 januari 2014 een verslag van nazicht opgesteld.

In het verslag van nazicht voor perceel 1 wordt de offerte van de verzoekende partij onregelmatig bevonden omdat “slechts enkele eenheidsprijzen [werden] ingevuld”. Er wordt voorgesteld om de opdracht voor dit perceel te gunnen aan Almey – De Jaeger.

In het verslag van nazicht voor perceel 2 wordt de offerte van de verzoekende partij regelmatig bevonden. Na toetsing van de offertes aan de gunningscriteria wordt ook voor dit perceel voorgesteld om de opdracht te gunnen aan Almey – De Jaeger, die met 74,5625 punten de economisch voordeligste offerte heeft ingediend. De offerte van de verzoekende partij wordt als tweede gerangschikt met 69,59375 punten.

3.5. Op 13 februari 2014 beslist de raad voor maatschappelijk welzijn van het OCMW van Evergem de verslagen van nazicht goed te keuren en beide percelen te gunnen aan Almey – De Jaeger.

3.6. Met blijkbaar aangetekend verzonden brieven gedateerd 17 februari 2014 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat percelen 1 en 2 werden gegund aan Almey – De Jaeger.

IV. Voorwerp van de vordering

4.1. Het verzoekschrift luidt als volgt:

“Enig verzoekschrift “beroep tot nietigverklaring en vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid”

Akte waartegen de vordering tot schorsing is gericht:

UITTREKSEL UIT DE NOTULEN VAN HET OPENBAAR CENTRUM
VOOR

MAATSCHAPPELIJK WELZIJN EVERGEM

RAADZITTING van donderdag 13 februari 2014

Prijsofferte voor levering van brood, ontbijtkoeken en gebak aan de
verschillende woonzorgcentra 2014 – offerten/toewijs.

Uiteenzetting van de feiten:

Er waren vijf deelnemers die een offerte indienden voor twee percelen,
Perceel 1 koffiekoeken en gebak
Perceel 2 brood
Ik gaf volledig regelmatig prijs voor perceel 2.

op 18 februari kreeg ik aangetekend beslissing/kennisgeving van niet-gunning.

Hieruit blijkt dat de mijn ingediende offerte een eervolle tweede plaats kreeg.

Echter maak ik bezwaar bij het gunnen van de opdracht(en) aan de bakkerij Almey De Jaeger, Wippelgem Eindeken, Wippelgem (Evergem).

En ik verduidelijk me uitvoerig hierna.

In het verleden werd enkel prijs gevraagd bij plaatselijke bakkers van Groot-Evergem.

Het bleef toen hangen in de kloostersfeer van tante nonneke ed van bakker Bart De Jaeger.

Nooit werd ik opgenomen als bakker van Evergem op die lijst, waarom blijft me een raadsel.

In 2009 kwam daar verandering in toen ik de voormalige voorzitter er persoonlijk op aansprak. Een eerste deelname aan een gelijkwaardige openbare aanbesteding deed ik in 2009.

Gestaafd en gesterkt door mijn ongenoegen (uitgelegd hieronder) over de gunning van die gelijkaardige opdracht in 2009 doe ik nu voor **de aanbesteding 2014 mijn klacht**.

In 2009 heb ik na het plots verdwijnen van bakkerij De Jaeger Bart, Sleidinge-Dorp OCMW Evergem onmiddellijk gedepanneerd van de ene dag op de andere om hen uit de nood te helpen.

Het keukenpersoneel gaf toen ten volle blijk van voldoening over onze producten en snelle manier van leveren.

Er volgde toen in 2009 de overheidsopdracht en ik gaf de beste prijs voor gesneden brood.

Er waren twee inzendingen, waarbij de tweede die van bakkerij Almey De Jaeger, Wippelgem.

Verkeerdelijk gaf die toen prijs voor ongesneden brood.

Na een telefonisch onderhoud met beide inschrijvers bood OCMW Evergem de kans aan bakkerij Almey De Jaeger om een prijs op te geven voor gesneden brood.

De geheimhouding van mijn prijs werd hierbij geschonden.

Bakker Almey kreeg toen tenonrechte de opdracht. Ik gaf geen verzet.

Bleek een eerste keer dat van objectiviteit geen sprake was. Puntenscores op subjectieve kwaliteitsbeoordelingen van de geleverde stalen door vier medewerkers van OCMW Evergem gaven de doorslag. De jaren die daar op volgden werd het moeilijk gemaakt om prijs op te geven daar de lijst der producten werd afgesteld op het aanbod van bakker Almey De Jaeger.

Apart prijs geven voor brood was ook niet meer mogelijk.
Men doet met andere woorden wat men wil met de toekenning van de overheidsopdracht.

Mijnheer Sneyders, econoom bij OCMW Evergem die instaat voor de objectieve afhandeling van de offertes geeft mee punten op de ingediende stalen, ditmaal terug voor bovenvernoemd dossier.

Met de omwisseling van bestuur bij OCMW Evergem werd terug de mogelijkheid geboden in 2013/2014 apart prijs te geven voor brood, waarin ik uitermate geïnteresseerd was.

Het draaide uit op een overweldigende score voor bakker Almey De Jaeger. Ik kan me niet ontdoen van de indruk dat de einduitslag van deze aanbesteding ten gunste van bakkerij Almey De Jaeger niet objectief verkregen is, gesterkt door hetgeen ik ervaren heb in 2009.

Er waren wel degelijk klachten de vorige jaren vanuit de keukens OCMW Evergem over de leveringen van Almey de vorige jaren, personeelsleden getuigen daarover.

Het kan volgens mij niet zijn dat die ene proeflevering onlangs (waar vijf bakkers aan deelnamen) van Almey voor OCMW Evergem relevanter is dan de duizenden producten die Almey reeds geleverd heeft gedurende de vorige jaren.

Een wit, één bruin, één multigranen en één rozijnenbrood als proeflevering. Dat is inderdaad betekenisvol voor om tot nog toe onbekende bakkers te beoordelen, maar niet in het geval van Almey De Jaeger die al jaren levert.

Uit de door OCMW Evergem geformuleerde opmerkingen over de broodstalen van Almey De Jaeger in het eindverslag dat er wel degelijk gebreken zijn, meer in het bijzonder gaten, kleverige korst, niet de minste dus, temeer dat dat opmerkingen zijn die bij andere bakkers een flauwe puntenscore teweegbrachten. Objectiviteit is ver zoek !

Ten tweede geeft OCMW Evergem het maximum van de punten aan Almey De Jaeger voor de manier van leveren en bestellen.

De vorige jaren bleken nochtans niet vlekkeloos te verlopen, bijvoorbeeld leveringen door andere bakkers in onderaanneming.

Ten derde zijn de inschrijvingen maar correct als de nodig documenten worden bijgevoegd bij de offerte, gedateerd en ondertekend.

Uit het eindverslag blijkt dat Almey De Jaeger de **ontbrekende attesten** nalevert, niet conform dus!, nochtans werd overal OK vermeld bij het nazicht van de inschrijving.

Ten vierde merk ik ook op dat voor perceel 1 (koeken en gebak) door Almey alweer (zoals in 2009) een verbetering aan het inschrijvingsbedrag werd doorgevoerd; OCMW Evergem schrijft ‘nagerekende en verbeterde inschrijvingsbedrag’.

Bij mijn weten leiden fouten in een inschrijving tot non-conformiteit.

Vooraleer ik wou overgaan tot een beroep tegen de beslissing vroeg ik per mail en aangetekend aan tegenpartij de volledige gedetailleerde puntenscores van de vier betrokken juryleden betreffende de ingediende stalen van bakker Almey De Jaeger.

Alsook hun motivatie bij het geven van de hoogste score voor levering- en bestellingswijze bij Almey De Jaeger.

Daar ik geen reactie ontving op heden van OCMW Evergem nam ik de beslissing tot dit **beroep tot nietigverklaring en vordering tot schorsing**

Het gaat hem me niet om het in mijn voordeel doen uitdraaien van deze aanbesteding, doch wel over het ongenoegen over non-conformiteiten en het niet-objectieve karakter van de aanbesteding.

De econoom van OCMW Evergem kent bakker Almey De Jaeger als geen ander en bevoordeling door middel van puntenscores op enkele kwaliteitsstalen van brood en gebak lijken me niet objectief.

De prijzen ingediend door Almey De Jaeger voor de twee percelen van de opdracht, zijnde perceel 1 koeken en gebak, en perceel 2 brood liggen beduidend hoger dan bij andere inschrijvers. Daar staan echter slechts 20 punten (op 40) representatief, terwijl op de kwaliteitsbeoordeling 45punten. De inzet van een lage prijs heeft zelfs geen enkele zin om de overheidsopdracht binnen te halen.

[...]”.

4.2. Luidens artikel 2, § 1, 3°, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, bevat het verzoekschrift tot nietigverklaring “het voorwerp van de eis, aanvraag of beroep en een uiteenzetting van de feiten en de middelen”. Ook artikel 16 van het koninklijk besluit van 5 december 1991 ‘tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State’, zoals vervangen bij het op 1 maart 2014 in werking getreden artikel 41 van het koninklijk besluit van 28 januari 2014, bepaalt in de eerste paragraaf dat, als de uiterst dringende noodzakelijkheid wordt aangevoerd, de vordering tot schorsing, onder meer bevat “4° de vermelding van de akte of van het reglement waartegen de vordering is gericht”. Te dezen gaat het om een enig verzoekschrift en lijken beide bepalingen samen te vallen wat betreft het voorwerp.

4.3. De beslissing inzake percelen 1 en 2 is te dezen opgenomen in één akte, wordt bij het verzoekschrift gevoegd en lijkt door de omschrijving van de bestreden akte het voorwerp van de vordering. Wel vermeldt verzoeker in het verzoekschrift bij de beslissing/kennisgeving van niet-gunning : “Hieruit blijkt dat [...] mijn ingediende offerte een eervolle tweede plaats kreeg”, waarmee zij klaarblijkelijk de offerte voor perceel 2 bedoelt.

Alhoewel de betrokken zinsnede de indruk kan wekken dat het verzoeker enkel gaat om perceel 2, blijft de vaststelling dat in het verzoekschrift ook opmerkingen gemaakt worden die enkel perceel 1 betreffen. Aldus staat in de huidige stand van het geding niet vast dat het voorwerp van de vordering beperkt is tot perceel 1, in tegenstelling tot hetgeen de verwerende partij in haar nota betoogt.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

Exceptie

5. De verwerende partij voert aan dat “de middelen van de verzoekende partij uiterst onduidelijk geformuleerd [zijn]”, “feiten en recht [...] met elkaar [worden] vermengd, nu eens heeft men het over een overheidsopdracht die een aantal jaren geleden is gegund, dan weer over de huidige opdracht, zonder dat hierbij een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de gevoerde argumentatie, er wordt geen enkele schending van een welbepaalde rechtsregel en/of beginsel opgeworpen”. Zij vraagt dat “onduidelijk geformuleerde middelen van de verzoekende partij [...] op grond van de exceptio obscuri libelli [...] worden afgewezen”. Ondergeschikt probeert zij naar eigen zeggen te antwoorden op de grieven noodgedwongen uitgaande “van veronderstellingen, hypotheses en/of haar interpretatie van de middelen – die voor meerdere interpretaties vatbaar zijn”.

Beoordeling

6. De Raad van State kan in een kort geding en *a fortiori* in een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts een beperkt onderzoek wijden aan excepties die de rechtsmacht of, zoals de voorliggende excepties, de ontvankelijkheid betreffen. Een verzoekende partij kan er zich immers minder behoorlijk tegen in bescherming nemen dan in de procedure ten gronde. Daarom past het in een kort geding dat de Raad van State deze excepties eerder zou verwerpen dan aannemen tenzij indien zijn beperkt onderzoek uitwijst dat een dergelijke exceptie een hoge graad van ernst vertoont.

7. Luidens het voormelde artikel 2, § 1, 3°, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 bevat het verzoekschrift tot nietigverklaring “het voorwerp van de eis, aanvraag of beroep en een uiteenzetting van de feiten en de middelen”. Het voormelde artikel 16 van het koninklijk besluit van 5 december 1991, zoals vervangen bij het op 1 maart 2014 in werking getreden artikel 41 van het koninklijk besluit van 28 januari 2014, bepaalt in zijn eerste paragraaf dat, als de uiterst dringende noodzakelijkheid wordt aangevoerd, de vordering tot schorsing, onder meer de vermelding bevat “5° indien het beroep tot nietigverklaring nog niet is ingediend, een uiteenzetting van de feiten en middelen die de nietigverklaring van de akte of reglement van de akte of het reglement kunnen rechtvaardigen”. Te dezen gaat het om een enig verzoekschrift en vallen beide bepalingen wat betreft de vereiste uiteenzetting van de middelen in feite samen.

Onder “middel” in de zin van deze bepalingen moet worden verstaan de voldoende duidelijke omschrijving van de geschonden geachte rechtsregel en van de wijze waarop die regel naar het oordeel van een verzoekende partij door de bestreden handeling wordt geschonden. “Voldoende duidelijk” betekent dat geen veronderstellingen moeten worden gemaakt over de juiste bedoelingen van de verzoekende partij, waardoor in werkelijkheid de verwerende partij, en nadien de Raad van State ertoe worden gebracht in de plaats van de verzoekende partij het verzoekschrift te redigeren.

Een middel dat met een schorsingsvordering wordt aangebracht dient voorts, om als ernstig te kunnen worden aangemerkt, dermate duidelijk te zijn dat het bij de eerste lezing meteen aannemelijk is dat daarop een nietigverklaring kan worden gesteund, zonder dat een doorgedreven onderzoek van het middel noodzakelijk is. In een schorsingsprocedure die zoals de huidige, dan nog is ingeleid bij uiterst dringende noodzakelijkheid, is zulks des te meer het geval, omdat het onderzoek van de Raad van State in die procedure uiterst snel moet kunnen verlopen.

8. Uit het geciteerde verzoekschrift blijkt *prima facie* minstens voldoende duidelijk dat verzoeker de objectiviteit van de gunningsprocedure betwist door de tussenkomst van de econoom van het OCMW die de gekozen inschrijver kent en doordat één proeflevering bepalend is terwijl niet gekeken

‡ADEOJCDDI-BBFCCGV‡

wordt naar wat reeds eerder geleverd werd. Een andere grief in dit verband is dat er in de stalen van de gekozen inschrijver wel degelijk gebreken waren. Verder betwist verzoeker *prima facie* voldoende duidelijk de toegekende maximumscore voor de manier van leveren en bestellen, alsook de conformiteit van de offerte van de gekozen inschrijver omdat deze ontbrekende attesten naleverde. Tenslotte merkt hij op dat de prijzen van de gekozen inschrijver voor de twee percelen beduidend hoger zijn dan bij andere inschrijvers, “daar staan echter slechts 20 punten (op 40) representatief, terwijl op de kwaliteitsbeoordeling 45 punten” en dat de inzet van een lagere prijs zelfs geen zin heeft om de opdracht te verkrijgen. Deze feitelijke grieven werden ook door de verwerende partij in het verzoekschrift gelezen en in de nota beantwoord.

Met de verwerende partij kan echter worden vastgesteld dat de verzoekende partij in het geciteerde verzoekschrift daarentegen niet aangeeft welke rechtsbepaling of welk rechtsbeginsel zij hierdoor geschonden acht.

Bijgevolg lijkt het betoog van verzoeker, zeker in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid waar de formulering van het middel een noodzakelijk snelle en *prima facie* beoordeling moet toelaten, niet te mogen worden aangemerkt als een ontvankelijk middel. Dit geldt des te meer nu de feitelijke grieven, zo lijkt, in verband zouden kunnen worden gebracht met meerdere rechtsregels of beginselen, hetgeen te verwachten is in het uitvoerig gereguleerde domein van de overheidsopdrachten: zo lijkt voor deze grieven of sommige ervan bijvoorbeeld niet gedacht te kunnen worden alleen al aan de materiële motiveringsverplichting, maar ook aan het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, aan artikel 25 van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor aanneming van werken, leveringen’ en diensten en aan de artikelen 59, 71, 72 en 95 tot 99 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’.

Het komt echter niet aan de Raad toe in de plaats van de verzoekende partij zelf het middel te redigeren, wat de geschonden geachte rechtsnormen betreft.

Bijgevolg moet de exceptie *obscuri libelli* in de huidige stand van het geding worden aanvaard en het verzoekschrift tot schorsing als niet-ontvankelijk worden verworpen.

9. Aan die conclusie wordt geen afbreuk gedaan doordat verzoeker ter terechtzitting een nieuw middel aanbrengt, gesteund op de kennisname van stukken neergelegd door de verwerende partij met haar nota.

Dit middel is immers niet ontvankelijk in de huidige procedure, aangezien verzoeker in kennis is gesteld van het feit dat die nota en via de inventaris bij de nota die stukken vanaf 14 maart 2014 op de griffie waren neergelegd. Hij had aldus de kans deze stukken in te zien maar wachtte tot de dag vóór de terechtzitting om er navraag naar te doen en hij legde aldus pas ter terechtzitting het auditoraat en de verwerende partij het middel voor, hetgeen in de voormelde omstandigheden niet tijdig is.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 3 april 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest