

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 229.191 van 18 november 2014
in de zaak A. 211.049/XII-7530**

In zake: de NV KÄRCHER CENTRUM ELVERSELE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Caroline Vlaminck
kantoor houdend te 9100 Sint-Niklaas
Parklaan 44
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE TEMSE, vertegenwoordigd door het college
van burgemeester en schepenen
woontst kiezend te 9140 Temse
Frans Boelplein 1

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 16 december 2013, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 14 oktober 2013 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Temse waarbij de opdracht tot aankoop van schuurmachines voor gemeentelijke sporthallen, percelen 1 tot en met 3, wordt gegund aan de bvba Saniga.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 oktober 2014.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Caroline Vlaeminck, die verschijnt voor de verzoekende partij, is gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Op 21 mei 2013 verleent het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij goedkeuring aan het bijzonder bestek en de raming voor de opdracht “aankoop schuurmachines voor gemeentelijke sport-hallen”. De raming bedraagt 25.000 euro, btw niet inbegrepen.

De gunningswijze is de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Het gunningscriterium is de prijs.

De opdracht omvat drie percelen:

- perceel 1. Schrobzuigmachine met 55 cm werkbreedte, op batterijen en met een maximum borsteldruk van 48 kg;

- perceel 2. Schrobzuigmachine met 43 cm werkbreedte, op batterijen, met een maximum borsteldruk van 43 kg en een draaicirkel van 1,12 m;
- perceel 3. Twee schrobzuigmachine met 38 cm werkbreedte, op batterijen en een cilindrische borstel.

3.2. Er worden zeven ondernemingen uitgenodigd om zich kandidaat te stellen. Hierbij figureren de verzoekende partij en de bvba Sinaga.

3.3. Vijf inschrijvers dienen een offerte in; de verzoekende partij biedt voor perceel 1 de laagste prijs en voor de twee andere percelen de tweede laagste.

3.4. De verwerende partij vraagt technische verduidelijkingen aan de inschrijvers.

3.5. Op 3 oktober 2013 stelt de gemeentelijke sportdienst een nota met een beoordeling op voor het college.

Hieruit blijkt dat van de vijf offertes er slechts twee voldoen aan de technische besteksvereisten.

De inschrijving van de verzoekende partij wordt niet conform de technische besteksvereisten verklaard, en dit voor alle drie de percelen, om volgende redenen:

- perceel 1. Borsteldruk 26-31,5 kg;
- perceel 2. Borsteldruk onbekend en draaicirkel van 1,20 m;
- perceel 3. Schijf- in plaats van cilinderborstel.

3.6. Het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij beslist op 14 oktober 2013 de opdracht voor de drie percelen te gunnen aan de bvba Saniga. Met een brief van 17 oktober 2013 stelt de verwerende partij de

verzoekende partij in kennis van de beslissing. Met een brief van 20 november 2013 stelt de verwerende partij de offertes van de diverse inschrijvers en het verslag van nazicht ter beschikking.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. De verzoekende partij voert de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’. Zij betoogt dat in de bestreden beslissing er weliswaar wordt verwezen naar “het verslag van nazicht van de offertes van 12 juni 2013 opgesteld door de Dienst Gunningen” en dat erin wordt opgemerkt dat er slechts twee offertes, namelijk die van de bvba Saniga en van de bvba Diversey Belgium, voldeden aan de besteksvereisten, doch dat er niet wordt gemotiveerd waarom de offerte van de verzoekende partij niet voldoet aan de besteksvereisten, waardoor de formelemotiveringsplicht wordt geschonden.

Voorts merkt de verzoekende partij op dat het verslag van nazicht evenmin de afdoende redenen bevat waarom de offerte van de verzoekende partij werd geweigerd. Weliswaar steekt in het administratief dossier een nota van 3 oktober 2013 voor het college “waarin slechts in zeer algemene bewoordingen wordt gemotiveerd dat van de 5 reglementaire aanbiedingen er slechts twee firma’s aan de gestelde eisen zouden hebben voldaan”.

Alsdan bekritiseert de verzoekende partij de redenen waarom volgens die nota de door de verzoekende partij aangeboden toestellen niet voldoen.

Wat perceel 1 betreft wijst zij erop dat het bestek een maximale borsteldruk van 48 kg voorschreef terwijl zij een toestel met een borsteldruk van 26-31,5 kg aanbood. Dit element “kan dus bezwaarlijk worden gebruikt als draagkrachtig argument om verzoekster niet te weerhouden”.

Wat de twee andere percelen betreft merkt zij op:

“Voor wat betreft perceel 2 wordt de machine van verzoekster niet weerhouden om de reden ‘borsteldruk/draaicirkel’.

Er wordt ook in de collegenota niet afdoende en concreet gemotiveerd waarom de door verzoekster ingediende offerte precies niet zou voldoen aan de vooropgestelde vereisten.

Voor wat betreft perceel 3 wordt de machine van verzoekster niet weerhouden om de reden ‘schijf ipv cilinderborstel’.

Er wordt ook in de collegenota niet afdoende en concreet gemotiveerd waarom de door verzoekster ingediende offerte precies niet zou voldoen aan de vooropgestelde vereisten.”

4.2. De verzoekende partij merkt in haar memorie van wederantwoord op dat aangezien de verwerende partij nog op 9 juli 2013 technische gegevens opvroeg aan de inschrijvers en er daarna een demonstratie plaatsgreep, het college zich onmogelijk kan steunen op een verslag van nazicht van 12 juni 2013.

4.3. In haar laatste memorie, na het voor haar negatief auditoraatsverslag, beperkt de verzoekende partij zich tot het vragen van de voortzetting van de rechtspleging en “het behoud” van haar middelen.

Beoordeling

5.1. De artikelen 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991 verplichten de besturen hun bestuurshandelingen uitdrukkelijk te motiveren. Deze formelemotiveringsplicht houdt in dat in de beslissing zelf op een afdoende wijze de juridische en feitelijke overwegingen moeten worden vermeld die aan de beslissing ten grondslag liggen. Het belangrijkste doel van de formelemotiveringsverplichting is dat de verzoekende partij in de haar betreffende akte zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, zodat

zij met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het gepast is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden. Aan die formelemotiveringsplicht kan worden voldaan door een verwijzing naar een advies, op voorwaarde dat de inhoud van het advies waarnaar wordt verwezen, aan de rechtzoekende ter kennis is gebracht, dat dit advies zelf afdoende gemotiveerd is, dat het wordt bijgevalen in de uiteindelijke beslissing en dat er geen tegenstrijdige adviezen zijn.

5.2. In de mate dat de verzoekende partij hier de formelemotiveringsplicht geschonden acht, moet worden opgemerkt dat zij zoals uit haar middel zelf blijkt op de hoogte is van de redenen waarom haar toestellen volgens de verwerende partij aan geen van de technische besteksbepalingen voldoen. Zij bekritiseert immers deze redenen. Aldus is hoe dan ook aan de doelstelling van deze plicht tegemoetgekomen door de verwerende partij die de nota van 3 oktober 2013 van de gemeentelijke sportdienst aan de verzoekende partij ter beschikking heeft gesteld vooraleer het beroep was ingediend.

Het feit dat in de bestreden beslissing zelf verwezen wordt naar een verslag van nazicht van 12 juni 2013 van de gemeentelijke dienst vergunningen en niet uitdrukkelijk naar de nota van 3 oktober 2013, leidt – voor zover de verzoekende partij dit in haar memorie van wederantwoord nog ontvankelijk in debat mocht brengen – niet tot een ander oordeel. De nota van 3 oktober 2013, opgesteld na de gevraagde verduidelijkingen en demonstraties, bevat de werkelijke redenen, die ook de redenen zijn die de verzoekende partij bekritiseert, waarom de door de verzoekende partij aangeboden machines werden afgewezen en is dan ook afdoende geweest om de verzoekende partij in staat te stellen met kennis van zaken haar beroep in te leiden.

6.1. In de mate dat de verzoekende partij kritiek geeft op de redenen vervat in de nota van 3 oktober 2013 wordt het volgende opgemerkt.

6.2. De verzoekende partij toont wat het eerste perceel betreft niet aan dat de bewering van de verwerende partij dat toestellen met een beperktere borsteldruk per cm² minder goed reinigen en dat de aan te bieden toestellen een

borsteldruk tot 48 kg moeten kunnen bereiken, onjuist is. De door de verzoekende partij voorgestelde borsteldruk van 26-31,5 kg voldoet niet aan de besteksvereiste.

6.3. Wat het tweede perceel betreft wordt in de nota van 3 oktober 2013 opgemerkt dat het door de verzoekende partij aangeboden toestel een borsteldruk heeft die onbekend is en een draaicirkel van 1,20 m; in vergelijking met de besteksvereisten, namelijk een borsteldruk van 43 kg en een draaicirkel van 1,12 m, is de afwijking van het toestel van de verzoekende partij apert.

6.4. Wat perceel 3 betreft biedt de verzoekende partij een toestel aan met een schijf; het bestek schrijft een cilinderborstel voor. Opnieuw is de afwijking apert.

6.5. In die omstandigheden kan de verzoekende partij niet betogen in het ongewisse te zijn omtrent de redenen om haar toestellen te weren.

7. Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8.1. 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 machtsoverschrijding. Volgens dit artikel 16 moet de opdracht worden toegewezen aan de inschrijver met de voordeligste regelmatige offerte.

De verzoekende partij merkt op dat niet valt in te zien waarom de drie percelen werden gegund aan de bvba Saniga terwijl de offerte van laatstgenoemde generlei voordeliger is dan die van de verzoekende partij. De

prijs van de verzoekende partij was voor de drie percelen telkens lager dan die van de bvba Saniga en “uit niets blijkt op basis van welke objectieve criteria de bestreden beslissing heeft kunnen besluiten dat de offerte van verzoekster toch minder voordelig was dan de weerhouden duurdere offerte”.

Zij merkt ook op dat de formelemotiveringsplicht “des te meer is geschonden, nu uit het administratief dossier blijkt dat de Gemeente klaarblijkelijk wel praktijktests zou hebben uitgevoerd, terwijl in het dossier geen enkele objectieve neerslag is terug te vinden van deze praktijktests”. In de nota van 3 oktober 2013 is wel sprake van die tests en van de bevinding dat de machines van de verzoekende partij middelmatig presteren terwijl die van de bvba Saniga en de nv Boma goed presteren, doch in de nota wordt dit niet nader toegelicht.

8.2. In haar memorie van wederantwoord merkt de verzoekende partij op dat wat het perceel 1 betreft zij wel degelijk een toestel had aangeboden dat onder de maximaal vereiste borsteldruk bleef zodat zij op dit punt bestekconform is.

Daarnaast bekritiseert zij de offerte van de bvba Saniga als bestekstechnisch ontoereikend.

Wat perceel 2 betreft merkt zij op dat de besteksvereisten helemaal in de lijn liggen van de productomschrijving van het toestel van de bvba Saniga. De verwerende partij heeft volgens de verzoekende partij haar opdracht besteksmatig gebaseerd op de technische gegevens van de bvba Saniga.

Wat perceel 3 betreft merkt zij op dat haar toestel wel degelijk een cilinderborstel omvat en dat zij dit ook zo in haar offerte heeft aangeboden zodat zij ten onrechte op basis van dit punt werd geweerd.

8.3. In haar laatste memorie, na het voor haar negatief auditoraatsverslag, beperkt de verzoekende partij zich tot het vragen van de voortzetting van de rechtspleging en “het behoud” van haar middelen.

Beoordeling

9.1. Zoals opgemerkt bij de beoordeling van het eerste middel werd de offerte van de verzoekende partij, voor de drie percelen, geweerd wegens niet technische conformiteit. Dit is meteen het motief waarom de opdracht niet aan de verzoekende partij werd gegund.

De verzoekende partij heeft slechts belang bij het aanvechten van de gunningsbeslissing zelf in de mate dat zij aantoonde dat aan geen van de andere regelmatig bevonden inschrijvers de opdracht mocht worden gegund. Hier zijn de offertes van de bvba Saniga en van de bvba Diversey Belgium regelmatig bevonden. De verzoekende partij laat na kritiek te geven op de regelmatigverklaring van de offerte van de bvba Diversey Belgium.

9.2. In de mate dat de verzoekende partij kritiek geeft op het feit dat in het dossier er geen neerslag is van de demonstraties, minstens dat de conclusies ervan onvoldoende worden toegelicht, geeft zij niet aan welk belang zij bij dit middel kan hebben aangezien zij om technische redenen onregelmatig is verklaard en zij geen kritiek uit op alle regelmatigverklaringen.

Voor zover zij in haar memorie van wederantwoord wat perceel 1 betreft meent dat haar aangeboden toestel besteksconform was, valt de Raad van State deze mening niet bij zoals hij oordeelde *sub* 6.2. en dat het toestel van de bvba Saniga “bestekstechnisch ontoereikend” is, meent de Raad van State dat deze kritiek onontvankelijk is wegens, enerzijds niet tijdig aangebracht in het debat en anderzijds zonder belang aangezien de verzoekende partij de offerte van de bvba Diversey Belgium niet onregelmatig acht.

In de mate dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord wat het perceel 2 betreft opmerkt dat de “opdracht besteksmatig gebaseerd [is] op de technische gegevens van de bvba Saniga” is deze kritiek niet tijdig aangezien ze kon worden bijgebracht in het inleidend verzoekschrift.

Ten slotte, de bewering van de verzoekende partij dat zij voor perceel 3 wel degelijk besteksconform was aangezien zij een cilinderborstel zou hebben aangeboden, kan niet worden aangenomen; deze kritiek is niet tijdig aangebracht en blijkt ook niet uit haar offerte waar het aangeboden type borstel de discborstel is.

9.3. Het middel wordt verworpen.

C. Derde middel

10.1. De verzoekende partij voert de schending aan van “essentiële beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, en het zuinigheidsbeginsel”.

Wat perceel 1 betreft herhaalt de verzoekende partij dat haar aangeboden toestel voldoet aan de besteksvereiste van de borsteldruk.

Alsdan bekritiseert de verzoekende partij de resultaten van de demonstratie van de toestellen. Volgens haar is het niet duidelijk hoe de verwerende partij tot de conclusie is gekomen dat de toestellen van de verzoekende partij middelmatig presteren.

10.2. In haar memorie van wederantwoord benadrukt zij nogmaals wat perceel 1 betreft de besteksconformiteit van het door haar aangeboden toestel.

10.3. In haar laatste memorie na het voor haar negatief auditoraatsverslag, beperkt de verzoekende partij zich tot het vragen van de voortzetting van de rechtspleging en “het behoud” van haar middelen.

Beoordeling

11. Om de redenen uiteengezet sub 6 en 9 dient het middel te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 november 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest