

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 229.727 van 6 januari 2015
in de zaak A. 214.454/XII-7780**

In zake: de NV VANAS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA TUSSENGEMEENTELIJKE MAATSCHAPPIJ
DER VLAANDEREN VOOR WATERVOORZIENING
(TMVW)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Devers en John Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BV HOFFMANN QUALITY TOOLS, vennootschap naar
Nederlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Inke Dedecker
kantoor houdend te 3600 Genk
Jaarbeurslaan 19/31
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 december 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van [de cvba tussengemeentelijke maatschappij der Vlaanderen voor

Watervoorziening] om de overheidsopdracht voor aanneming van leveringen, met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor leveren van gereedschappen’ te gunnen aan [de bv Hoffmann Quality Tools] en niet aan [de nv Vanas]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 19 december 2014 heeft de bv Hoffmann Quality Tools gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 december 2014, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anthony Verheggen, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat John Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Inke Dedecker, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft op 12 mei 2014 een overheidsopdracht uit onder de vorm van een open offerte voor aanneming van leveringen met als voorwerp “Raamovereenkomst voor het leveren van gereedschappen”, voor een duur van vier jaar.

De opdracht wordt aangekondigd in het Publicatieblad van de Europese Unie op 9 juli 2014 en in het Bulletin der Aanbestedingen op 4 juli 2014. Op de opdracht is het bestek met referentie AD-ALL-14-10-33 van toepassing.

3.2. Wat betreft het te leveren gereedschap bepaalt het bestek:

“Wat betreft het te leveren gereedschap was het Bestek samengesteld als volgt:

Lijst A De inschrijver is verplicht alle in de inventaris vermelde artikelen van lijst A aan te bieden. Indien dit niet volledig is aangeboden wordt de offerte als onregelmatig beschouwd en zal ze niet voor verdere evaluatie in aanmerking genomen worden.

Lijst B: Lijst B biedt de inschrijver de mogelijkheid om ook vrij andere artikelen via een catalogus aan te bieden. Hierbij worden aanverwante artikelen bedoeld die betrekking hebben op de scope van deze opdracht.”

De deelnemende inschrijvers dienen te beantwoorden aan de volgende selectiecriteria, opgenomen onder randnummer 7.1 van het bestek:

“Selectie Toegangsrecht

Door een offerte in te dienen voor deze opdracht, verklaart de inschrijver zich niet in een toestand van uitsluiting te bevinden volgens art. 61 van het KB van 15 juli 2011. De inschrijver dient hiertoe een verklaring op eer voor te leggen.

Enkel de als opdrachtnemer in aanmerking komende inschrijver zal vóór de gunningsbeslissing gevraagd worden volgende attesten te bezorgen:

- Een attest waaruit blijkt dat de inschrijver voldaan heeft aan zijn fiscale verplichtingen overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij gevestigd is (zoals bepaald in art. 63 van het KB van 15 juli 2011). [...]
- Uittreksel uit het strafregister niet ouder dan 3 maand op de uiterste datum van indiening van de offertes, waaruit de professionele integriteit blijkt van de zaakvoerder of de afgevaardigd bestuurder en/of de gemachtigde ondertekenaar van de offerte;

- Uittreksel uit het strafregister niet ouder dan 3 maand op de uiterste datum van indiening van de offertes, waaruit de professionele integriteit blijkt van inschrijver (indien inschrijving van rechtspersoon);
- Een attest, niet ouder dan 3 maand op de uiterste datum van indiening van de offertes, van niet-faillissement, niet-liquidatie, niet-gerechtelijk akkoord of een soortgelijke toestand, afgeleverd door de griffie van de rechtbank van koophandel (of een evenwaardig document uitgereikt door een gerechtelijke of overheidsinstantie van het land van oorsprong of herkomst waaruit het gevraagde blijkt);
- Een attest uitgereikt door de RSZ, waaruit blijkt dat hij voldaan heeft aan de vereisten inzake betaling van de sociale zekerheidsbijdragen t.e.m. het voorlaatste afgelopen kwartaal voorafgaand aan de uiterste datum van indienen van de offertes. [...]

Conform art. 60 van het KB van 15 juli 2011 zal TMVW de attesten m.b.t niet-faillissement en RSZ zelf bij de bevoegde instanties opvragen.

[...]

Kwalitatieve selectie

- Bankverklaring

Een recente bankverklaring, niet ouder dan 3 maand op de uiterste datum van indiening van de offertes.

- Minstens drie referenties

De inschrijver dient aan te tonen dat hij in staat is de opdracht naar verwachting uit te voeren door opgave van:

- Minstens drie relevante referenties voor het leveren van gereedschappen (met een minimum bedrag van € 30 000 op jaarbasis, excl. btw) binnen de laatste drie jaar voorafgaand aan de bekendmaking van deze procedure.

[...]

Om in aanmerking te komen voor selectie moeten de inschrijvers voldoen aan alle voormelde bepalingen inzake toegangsrecht en selectiecriteria.”

De volgende gunningscriteria en hun gewicht worden opgenomen in het bestek onder randnummer 7.3:

1. De inschrijvingsprijs (62,5%)

Deze wordt geëvalueerd op basis van volgende subgunningscriteria:

- Het basisinschrijvingsbedrag (55%)
 - De volumekorting op de gerealiseerde jaaromzet (7,5%)
2. De technische kwaliteit van de aanbidding (15%)
 3. Waarborgen inzake de gevraagde service (15%)
 4. De duurzaamheid (7,5%)

Als methodiek voor het beoordelen van het tweede, derde en vierde criterium wordt vermeld dat wordt uitgegaan van een globale startscore van “9/15” bij het tweede en derde criterium en “4,5/7,5” bij het vierde criterium.

Hierbij worden “opvallend positieve of negatieve elementen” in aanmerking genomen.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 4 september 2014. Er worden zes offertes ingediend.

3.4. Volgens het gunningsverslag worden alle inschrijvers geselecteerd, sommige evenwel onder administratief voorbehoud van het indienen van recente of ontbrekende stukken.

Na onderzoek van de regelmatigheid van de offertes en de vergelijking en evaluatie van de offertes op grond van de gunningscriteria, wordt de offerte van de verzoekende partij als derde gerangschikt en die van de bv Hoffmann Quality Tools als eerste.

Bijgevolg wordt voorgesteld de opdracht voor het leveren van gereedschappen te gunnen aan de bv Hoffmann Quality Tools met een inschrijvingsbedrag van 38.754,30 euro per jaar, btw niet inbegrepen.

3.5. Bij brief van 28 november 2014 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de inhoud van de bestreden beslissing en in het bijzonder het gegeven dat haar offerte niet werd gekozen. Als bijlage bij deze kennisgeving wordt het gunningsverslag gevoegd, waarbij de identiteit van alle overige inschrijvers is zwartgemaakt.

IV. Tussenkomenst

4. De verzoekende partij tot tussenkomenst 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. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5.2. Te dezen is evenwel ook 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.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

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

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. Een eerste middel is geput uit de “schending van artikelen 5 en 20 van de wet van 15 juni 2006, artikelen 58, § 1, 61 en 67 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011; schending van het beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’, het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht”.

De verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift dat voormelde bepalingen en beginselen werden geschonden:

“Eerste onderdeel:

Doordat, op grond van de voor Verzoekende Partij beschikbare gegevens, de selectie van Belanghebbende Partij (mogelijks) behept is met een ‘administratief voorbehoud’ nopens het voorleggen van de aanvullende stukken betreffende de kwalitatieve selectie en dit voor zover Uw Raad, na kennisname van het integraal administratief dossier, zou bevestigen dat Belanghebbende Partij de in het Gunningsverslag tweede na Verzoekende Partij besproken offerte is;

Doordat immers het Gunningsverslag vaststelt dat aan voormelde tweede na Verzoekende Partij besproken offerte geen expliciete verklaring op eer nopens de uitsluitingsgronden en geen bankverklaring werd toegevoegd; twee documenten die nochtans door Verwerende Partij uitdrukkelijk waren opgevraagd in het Bestek met het oog op de kwalitatieve selectie; en

Doordat noch uit het Gunningsverslag, noch uit de kennisgeving van de Bestreden Beslissing blijkt dat Verwerende Partij het door haarzelf geformuleerde ‘administratief voorbehoud’ heeft opgegeven; alvorens over te gaan tot gunning aan Belanghebbende Partij;

Terwijl de artikelen 5 en 20 van de Wet van 15 juni 2006, alsook de artikelen 58, 61 en 67 van het Koninklijk Besluit voorzien dat een overheidsopdracht enkel rechtsgeldig kan worden gegund aan een inschrijver van wie de aanbestedende overheid, op grond van de door haar opgevraagde stukken, heeft kunnen oordelen dat hij (i) zich niet bevindt in één van de substantiële uitsluitingsgronden; (ii) zich niet bevindt in één van de facultatieve uitsluitingsgronden of er gegronde redenen bestaan om hem niet uit te sluiten; en (iii) voldoet aan de voorgeschreven kwalitatieve selectievereisten;

En terwijl een aanbestedende overheid er zich, ook vanuit het zorgvuldigheidsbeginsel en het materieel motiveringsbeginsel, dient van te onthouden een opdracht te gunnen aan een inschrijver van wie zij, op grond van de door haar opgevraagde stukken, niet heeft kunnen oordelen dat hij (i) zich niet bevindt in één van de substantiële uitsluitingsgronden; (ii) zich niet bevindt in één van de facultatieve uitsluitingsgronden of er gegronde redenen bestaan om hem niet uit te sluiten; en (iii) voldoet aan de voorgeschreven kwalitatieve selectievereisten.

Tweede onderdeel:

Doordat zelfs indien de selectie van Belanghebbende Partij niet onderhevig zou zijn aan het in het Gunningsverslag vermelde ‘administratief voorbehoud’, noch uit het Gunningsverslag, noch uit de kennisgeving van de Bestreden Beslissing blijkt dat Verwerende Partij zou zijn overgegaan tot verificatie van de verklaring op eer nopens de uitsluitingsgronden in hoofde van de gekozen inschrijver;

Terwijl artikel 61, § 4 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011, het zorgvuldigheidsbeginsel en het materieel motiveringsbeginsel, alsook het beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’ in samenlezing met de bepaling van het Bestek, vereisen dat de aanbestedende overheid voor het nemen van de gunningsbeslissing de nodige verificatie doet van de verklaring op eer;

Terwijl de aanbestedende overheid ingevolge de gunning minstens impliciet heeft bevestigd dat Belanghebbende Partij het toegangsrecht heeft tot de overheidsopdracht, doch voor zover zulks niet uitdrukkelijk wordt gemotiveerd, de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel vereisen dat daarvan het nodig bewijs is terug te vinden in het administratief dossier; en

Terwijl dergelijke verificatie voorafgaand aan de gunningsbeslissing ook essentieel is in het kader van een nuttige preventieve rechtsbescherming, nu een verificatie na (de kennisgeving van) de gunningsbeslissing, de beoordeling nopens het toegangsrecht zou onttrekken aan een controle door de niet-gekozen inschrijvers en Uw Raad”.

Beoordeling

Eerste onderdeel

7.1. Het middelonderdeel gaat uit van een mogelijk administratief voorbehoud inzake de selectie van de tussenkomende partij.

Uit het administratief dossier lijkt echter te moeten worden afgeleid dat er geen administratief voorbehoud is inzake de selectie van de tussenkomende partij, die zonder meer wordt geselecteerd.

7.2. In het verzoekschrift wordt gesteld dat in die omstandigheid de verzoekende partij afstand doet van het middelonderdeel. Zulks wordt ter terechtzitting bevestigd.

Tweede onderdeel

8. Ter terechtzitting wordt afstand gedaan van dit middelonderdeel.

9. Er wordt ter terechtzitting echter ook een nieuwe invulling gegeven aan het onderdeel. In zoverre de daarin vervatte nieuwe grieven al ontvankelijk zijn, lijken ze in elk geval niet ernstig.

De verzoekende partij betoogt meer bepaald dat in de gekozen offerte voor de bankverklaring niet het model is gebruikt zoals reglementair voorgeschreven.

Prima facie kan echter uit dit loutere gegeven niet worden afgeleid, laat staan na een mondeling debat ter terechtzitting, dat die verklaring absoluut niet mocht worden aangenomen door de verwerende partij.

In zoverre de verzoekende partij uit de inhoud van die bankverklaring vaststelt dat ze ook geen “harde verbintenissen” bevat, wordt zij in dat argument niet bijgevallen om daarop een onrechtmatigheid te steunen. Dat beweerd inhoudelijk gebrek lijkt immers niet te mogen worden gelijkgesteld met het niet voldoen aan het bestekvereiste dat er een bankverklaring diende te worden voorgelegd.

10. Het middel is aldus in zijn geheel niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

11. Een tweede middel is geput uit de “schending van artikel 25 van de Wet van 15 juni 2006; schending van de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel (zoals vervat in artikelen 10 en 11 van de Grondwet, alsook artikel 5 van de Wet van 15 juni 2006)”.

De verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift dat voormelde bepalingen en beginselen werden geschonden:

“Doordat, Verwerende Partij bij de beoordeling van het gunningscriterium ‘kwaliteit’ aan de offerte van Belanghebbende Partij een score van 9/15 toekent; zijnde eenzelfde score als de offerte van Verzoekende Partij, en stemmende overeen met een evaluatie dat het aangeboden gereedschap geen bijzondere meer- of minwaarde biedt ten opzichte van de technische vereisten van het Bestek;

Terwijl op basis van de verschillen genoteerd voor de inschrijvingsprijs het onmogelijk is dat Belanghebbende Partij met dezelfde kwaliteit gereedschap (A-merk) heeft ingeschreven;

Zodat de Bestreden Beslissing artikel 25 van de Wet van 15 juni 2006 schendt, in samenhang met het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, nu twee offertes met een verschillende kwalitatieve inhoud op dezelfde wijze werden geëvalueerd en gequoteerd”.

Beoordeling

12. De verzoekende partij richt haar kritiek op de artikelnummers GE0180 (ijzervlechterstang 220 mm), GE0409 (metaalzaagbeugel) en GE0344 en GE0347 (ringratelsleutel) van de inventaris. Dit houdt dan ook in dat voor de concretisering van haar kritiek, de verzoekende partij haar grief slechts staft met een verwijzing naar slechts drie van de meer dan 140 artikelnummers opgenomen in de inventaris. Dit gegeven op zich doet al twijfelen aan een voldoende effect op de puntenscores van de beide betrokken inschrijvers indien het middel zou worden aanvaard en de evaluatie zou worden overgedaan.

13. In elk geval argumenteert de verzoekende partij enkel dat de tussenkomende partij onmogelijk met “dezelfde kwaliteit gereedschap (A-merk)” zoals zijzelf heeft ingeschreven. De verzoekende partij toont evenwel niet met vereiste *prima facie* ernst aan dat de tussenkomende partij heeft ingeschreven met producten die niet beantwoorden aan de kwalitatieve vereisten voorgeschreven in de technische fiches en dat aldus de “startscore” van 9/15 voor de tussenkomende partij niet zou zijn verantwoord.

14. Wat artikelnummer GE0409 (metaalzaagbeugel) betreft geraakt de verzoekende partij alvast niet verder dan de loutere en subjectieve bewering dat het merk Bahco door haar aangeboden kwalitatief beter is dan Horex, merk van de tussenkomende partij.

Inzake artikelnummers GE0344 en GE0347 (ringratelsleutel) bekritiseert de verzoekende partij het gegeven dat geen rekening werd gehouden met de conformiteit van haar product met de norm ISO-1711-1, maar hierbij toont zij niet met de vereiste *prima facie* ernst aan dat het gaat om een zodanig “opvallend” – dus treffend of opmerkelijk – positief element voor de opdracht dat in haar voordeel diende te worden afgeweken van de startscore van 9/15. In de technische fiche werd overigens deze specifieke conformiteit niet geëist. Daarenboven lijkt de argumentatie van de verzoekende partij gedeeltelijk feitelijke grondslag te missen, doordat de tussenkomende partij voor artikelnummer GE0347 niet met Garant heeft ingeschreven, het merk dat volgens de verzoekende partij “minstens geen melding maakt van de ISO-normering”. Tevens moet worden opgemerkt dat de catalogusprijs voor artikelnummer GE0344 bij de tussenkomende partij hoger ligt dan de prijs die de verzoekende partij voor dat artikelnummer in de inventaris (A-lijst) heeft geboden. Nochtans is het de verzoekende partij die het werktuigelijke verband legt tussen lagere prijs en lagere kwaliteit.

Wat artikelnummer GE0180 (ijzervlechterstang) betreft wijst de verzoekende partij op de verhoogde hardheid (ca. 61 HRC) van haar product, maar

opnieuw lijkt het dat niet met de vereiste *prima facie* ernst wordt aangetoond dat het verschil met wat wordt geëist in de technische fiche (zijnde ca. 60 HRC) zodanig “opvallend” is dat de score in het voordeel van de verzoekende partij diende te worden verhoogd ten opzichte van de startscore. Ook hier moet worden opgemerkt dat de catalogusprijs voor artikelnummer GE0180 bij de tussenkomende partij hoger ligt dan de prijs die de verzoekende partij voor dat artikelnummer in de inventaris (A-lijst) heeft geboden.

15. Uit het voorgaande volgt dat niet lijkt aangetoond dat de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen werden geschonden, meer bepaald dat de verwerende partij ten onrechte zou hebben geoordeeld dat er geen opvallende positieve of negatieve elementen in aanmerking dienden te worden genomen die een substantiële meerwaarde of substantiële minderwaarde in de offerte van respectievelijk de verzoekende en de tussenkomende partij dienden in te houden met een aanpassing van de startscore op het gunningscriterium ‘kwaliteit’ als gevolg.

16. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

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

VIII. Rechtsplegingsvergoeding

18.1. De verwerende partij vraagt dat de verzoekende partij zou worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

18.2. Overeenkomstig artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de afdeling bestuursrechtspraak een rechtsplegingsvergoeding

toekennen, die een forfaitaire tegemoetkoming is in de kosten en honoraria van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij.

Artikel 67 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, is krachtens artikel 4 van het koninklijk besluit van 28 maart 2014 ‘betreffende de rechtsplegingvergoeding bedoeld in artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973’ toepasselijk op de procedures in het administratief kort geding zoals de onderhavige.

Dit artikel 67, § 1, bepaalt:

“§ 1. Het basisbedrag van de rechtsplegingvergoeding bedraagt 700 euro, het minimumbedrag 140 euro en het maximumbedrag 1.400 euro.

In afwijking van het voorgaande lid bedraagt het maximumbedrag 2.800 euro voor de geschillen betreffende de regelgeving inzake de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten.”

18.3. Er is aldus grond om met toepassing van deze bepalingen het door de verwerende partij gevorderde basisbedrag van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv Hoffmann Quality Tools 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 een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkommst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 6 januari 2015 door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest