RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 231.964 van 15 juli 2015
in de zaak A. 216.270/XII-7907.

In zake : 1. de BVBA D.S.
2. de NV D.S.I.
samen vormend de tijdelijke handelsvereniging D.S. - D.S.I.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Devers en John Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij :

de BVBA DEPANNAGE LYBAERT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Hendrik Vermeire
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 956
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 26 juni 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

> "➢ De beslissing uitgaande van het College van Burgemeester en Schepenen, daterend van 11 juni 2015, tot (goedkeuring van de) gunning van de percelen 1, 2, 3 en 4 van de opdracht tot 'het takelen, vervoeren en bewaren van voertuigen voor rekening van de politiezone Gent' aan de firma Depannage Lybaert BVBA […];

- De (impliciete) beslissing om deze percelen – ten onrechte – niet aan verzoekende partij te gunnen […].”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

Met een verzoekschrift van 7 juli 2015 heeft de bvba Depannage Lybaert gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 juli 2015, om 10.30 uur.

Staatsraad Carlo Adams heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gitte Laenen, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat John Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Hendrik Vermeire, 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 stad Gent laat een openbare offerteaanvraag voor de verlening van diensten uitschrijven met als voorwerp het “takelen, vervoeren en bewaren van voertuigen voor rekening van de Politiezone Gent”.

De opdracht bevat vijf percelen:

- Perceel 1: takelingen van foutgeparkeerde voertuigen, achtergelaten voertuigen en administratieve takelingen van voertuigen met een hoogst toegelaten gewicht van maximum 3 500 kg, het ter plaatse komen zonder effectief te takelen en de bewaarkost;
- Perceel 2: takelingen van foutgeparkeerde voertuigen, achtergelaten voertuigen en administratieve takelingen van voertuigen met een hoogst toegelaten gewicht van meer dan 3 500 kg, het ter plaatse komen zonder effectief te takelen en de bewaarkost;
- Perceel 3: takelingen van geaccidenteerde voertuigen met een hoogst toegelaten gewicht van maximum 3 500 kg en de bewaarkost;
- Perceel 4: takelingen van geaccidenteerde voertuigen met een hoogst toegelaten gewicht van meer dan 3 500 kg en de bewaarkost;
- Perceel 5: takelingen van dienstvoertuigen.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 10 maart 2015 en het Publicatieblad van de Europese Unie van 13 maart 2015. Zij wordt beheerst door het bijzonder bestek nr. 2015/0112/BS. De gunnings- en subgunningscriteria zijn opgenomen in het bestek.

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 6 mei 2015.

Drie offertes worden ingediend, waaronder die van de verzoekende partijen en de tussenkomende partij

3.3. De verwerende partij vraagt met een e-mail van 28 mei 2015 enkele verduidelijkingen, die zowel door de verzoekende partijen als de tussenkomende partij worden gegeven.

3.4. Uit het gunningsverslag van de aanbestedingscommissie van de verwerende partij van 1 juni 2015 blijkt dat zowel aan de verzoekende partijen als

de tussenkomende partij voor de percelen 1 tot en met 4 voor alle subgunningscriteria van de andere gunningscriteria dan het eerste gunningscriterium “prijs” het maximum van de punten wordt toegekend omdat hetgeen zij aanbieden steeds ruim voldoende is.

Uiteindelijk haalt de tussenkomende partij voor ieder van de voormelde percelen een hogere score dan de verzoekende partijen omdat zij voor ieder van de voormelde percelen op het eerste gunningscriterium “prijs” telkens de beste score haalde.

Derhalve wordt in het gunningsverslag voorgesteld de opdracht voor de percelen 1 tot en met 4 te gunnen aan de tussenkomende partij.

3.5. Op 11 juni 2015 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent de gunning van de percelen 1 tot en met 4 aan de tussenkomende partij goed te keuren. Tevens wordt de gunning van perceel 5 aan de verzoekende partijen goedgekeurd. Dit is de eerste bestreden beslissing.

De huidige procedure heeft enkel betrekking op de gunning van de percelen 1 tot en met 4.

3.6. Met een aangetekende brief en een e-mail van 12 juni 2015 deelt de verwerende partij de eerste bestreden beslissing met bijlagen mee aan de verzoekende partijen.

IV. Tussenkomst

4. De bvba Depannage Lybaert blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

5. 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.

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 beslissingen 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.

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 beslissingen kan verantwoorden.

VI. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partijen werpen in een eerste middel de schending op van artikel 25 van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende de

overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' (hierna: de wet van 15 juni 2006), van artikel 5, 9°, 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' (hierna: de wet van 17 juni 2013), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen' en van het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en de materiëlemotiveringsplicht als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De verzoekende partijen achten deze bepalingen en beginselen geschonden:

> "Doordat, verweerster, hoewel zij de kwalitatieve gunningscriteria opdeelde in diverse subgunningscriteria – hierbij telkenmale vermeldend welke informatie de inschrijvers in hun offerte meer precies dienden te verstrekken en met welke elementen dus rekening zou worden gehouden bij de beoordeling van de intrinsieke waarde en de vergelijking van de offertes –, geen daadwerkelijke vergelijking maakte van de offertes in het licht van die beoordelingselementen; verweerster beperkte zich ertoe deze elementen als 'minimumvereisten' te hanteren en telkens het maximum van de punten toe te kennen aan de inschrijvers die aan deze vereisten zouden hebben 'voldaan'; verweerster hield aldus op generlei wijze rekening met de relatieve voor- en nadelen van de ingediende offertes voor wat betreft deze (sub-)gunningscriteria; er werd geen daadwerkelijke beoordeling doorgevoerd van de eigenheden van de afzonderlijke offertes in het licht van de vooropgestelde criteria;
>
> Doordat, verzoekster uit de opgegeven – zeer vage en summiere – 'motivering' inzake de quotering van de offertes in het licht van deze (sub-)gunningscriteria hoogstens kan afleiden dat verweerster van oordeel was dat hetgeen de inschrijvers aanboden, 'voldeed' aan het gevraagde; uit de bijhorende scores blijkt dat verweerster alle offertes ter zake 'gelijkwaardig' achtte; waarop dit oordeel gebaseerd werd en met welke elementen uit de offertes daarbij al dan niet rekening werd gehouden – en in het bijzonder ook of, en zo ja, in welke mate de voormelde in het bestek opgenomen beoordelingselementen betrokken werden bij deze beoordeling en quotering van de offertes –, is verzoekster een raadsel, te meer daar zij geen kennis heeft van de inhoud van de offertes van de overige inschrijvers; uit de motivering kan alleszins ook niet worden afgeleid waarom verzoeksters offerte, ondanks de daarin genoemde ontegensprekelijke voordelen waarover verzoekster t.o.v. de overige inschrijvers beschikt, ter zake niettemin gelijk gerangschikt werd;

Doordat, verweerster, door de voornoemde ‘beoordelingstechniek’ toe te passen, het relatieve gewicht van de onderscheiden gunningscriteria in wezen heeft gewijzigd na de opening van de offertes;

Terwijl, artikel 25 van de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 bepaalt dat bij een offerteaanvraag de opdracht dient te worden gegund aan de inschrijver die de regelmatige offerte heeft ingediend die de economisch voordeligste is vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid;

Terwijl, artikel 5, 9°, van de Rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013 stelt dat de gemotiveerde gunningsbeslissing onder meer de juridische en feitelijke motieven moet vermelden, waaronder de kenmerken en de relatieve voordelen van de gekozen offerte;

Terwijl, in toepassing van de artikelen 2 en 3 van de Formele Motiveringswet de verwerende partij ertoe gehouden is om de gunningsbeslissing, en in het bijzonder de keuze van de meest voordelige offerte, afdoende te motiveren dermate dat de inschrijvers kennis kunnen krijgen van de motieven waarom hun offerte beter, slechter dan wel gelijkwaardig werd beoordeeld dan de offertes van de overige inschrijvers en de mogelijkheid moeten hebben om te kunnen controleren om na nazicht kunnen oordelen of het al dan niet nuttig is de juistheid van deze beslissing aan te vechten;

Terwijl, het tot de zorgvuldigheidsplicht behoort van de aanbestedende overheid om de offertes te onderwerpen aan een objectief en zorgvuldig onderzoek;

Terwijl, het ‘patere legem quam ipse fecisti’-beginsel de aanbestedende overheid ertoe verplicht om te handelen overeenkomstig haar eigen regelgeving / besteksbepalingen;

Terwijl, de materiële motiveringsplicht als algemeen rechtsbeginsel vereist dat iedere bestuurshandeling gedragen wordt door motieven die in rechte en in feite aanvaardbaar zijn;

Terwijl, het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers en van de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting, vereist dat alle elementen die door de aanbestedende overheid in aanmerking worden genomen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding, alsook het relatieve gewicht van deze criteria, bij de potentiële inschrijvers bekend moeten zijn wanneer deze hun offertes voorbereiden;

Zodat, de bestreden beslissingen de in de aanhef van het middel aangehaalde wettelijke bepalingen en beginselen schen[den].”

Hierna geven de verzoekende partijen een uitgebreide theoretische toelichting over de aangehaalde bepalingen en beginselen. Zij lichten vervolgens per gunningscriterium en per subgunningscriterium toe dat de motivering om, behalve wat het eerste gunningscriterium “prijs” betreft, telkens aan de verzoekende partijen en de tussenkomende partij het maximum van de punten toe te kennen, te vaag en niet afdoende is. Volgens de verzoekende partijen wordt niet gemotiveerd waarom het aangebodene telkens (onder meer) “uiterst geschikt”, “ruim afdoende” of “vakkundig” is. De verzoekende partijen

zijn van oordeel dat hun offerte aldus niet zorgvuldig werd onderzocht. Met de gehanteerde “beoordelingstechniek” is onvoldoende rekening gehouden met de intrinsieke verschillen tussen de offertes en met de merites van iedere offerte apart. Het blijkt alleszins niet dat de opdracht aan de meest voordelige regelmatige offerte is gegund. De in het bestek genoemde beoordelingselementen werden veeleer als “minimumcriteria” gehanteerd, zodat alle aanvragers die “aan het gevraagde voldeden” zonder verdere differentiatie meteen de maximumscore behaalden, waardoor enkel het prijscriterium doorslaggevend werd om de “meest voordelige” offerte te bepalen. De verzoekende partijen hebben belang bij deze kritiek omdat zij ervan uitgingen dat de andere gunningscriteria naar behoren in rekening zouden worden gebracht. Hun vertrouwen werd verschalkt omdat uiteindelijk enkel de prijs doorslaggevend was en de overige gunningscriteria werden “uitgevlakt”.

7. De verwerende partij antwoordt in haar nota dat het middel “een resem feitelijke misslagen bevat”. Het feit dat de toelichtingen bij de subgunningscriteria in vraagvorm zijn omschreven, laat niet toe ze als minimumvereisten te beschouwen. Verder blijkt uit de motivering bij elk subgunningscriterium automatisch dat iedere offerte werd beoordeeld en dus vergeleken. Het maximum van de punten werd toegekend aan de inschrijver wiens voorstel overeenstemt met de verwachtingen van de verwerende partij, doch dit betekent geen gelijkwaardigheid van de offertes, enkel het ontbreken van opvallende minpunten. De verzoekende partijen verheffen bepaalde punten uit hun offerte tot relatieve voordelen zonder echter toe te lichten waarom deze punten een relatief voordeel zouden opleveren.

Volgens de verwerende partij kan de aangevoerde kritiek niet leiden tot een aanpassing van de punten, zodat de verzoekende partijen geen belang bij het middel hebben. Dit zou enkel het geval zijn bij toepassing van een andere beoordelingstechniek, maar dergelijke keuze behoort tot de discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende overheid. Dat de verzoekende partijen niet met hun meest competitieve prijs hebben ingeschreven, behoort tot hun eigen verantwoordelijkheid vermits zij de beoordelingstechniek op voorhand kenden.

De verwerende partij acht het middel niet *prima facie* ernstig. Aan de formele- en de materiëlemotiveringsplicht is voldaan en de verzoekende partijen concretiseren hun kritiek niet. De verwerende partij gaat nog uitgebreid en per subgunningscriterium in op de redenen waarom de zogenaamde voordelen van de verzoekende partijen geen pluspunten konden opleveren in vergelijking met de offerte van de tussenkomende partij.

8. De tussenkomende partij betwist eveneens dat het te dezen zou gaan om minimumvereisten. Volgens haar kunnen de verzoekende partijen niet voorhouden dat zij niet wisten hoe de offertes zouden worden beoordeeld. Zij acht het uitgangspunt van de verzoekende partijen dat alle offertes als gelijkwaardig zouden worden beschouwd, foutief. De verzoekende partijen tonen nergens aan dat zij beschikken over ontegensprekelijke voordelen.

De tussenkomende partij licht nog uitgebreid toe waarom er *in concreto* geen sprake kan zijn van dergelijke voordelen in vergelijking met haar offerte.

Beoordeling

9. Naar luid van artikel 5, 9°, van de wet van 17 juni 2013 bevat de in artikel 4 van die wet bedoelde beslissing “de namen van de gekozen inschrijver of de gekozen deelnemer of deelnemers bij de raamovereenkomst en van de deelnemers en inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, voor de beslissingen die daarop betrekking hebben”.

Uit het gunningsverslag blijkt dat aan de verzoekende partijen en de tussenkomende partij voor de percelen 1 tot en met 4 voor alle subgunningscriteria en voor de andere gunningscriteria dan het eerste gunningscriterium “prijs” steeds de maximumscore 5/5 wordt toegekend. De hiervoor gegeven motivering komt telkens hierop neer dat hetgeen deze partijen

aanbieden (ruim) voldoende is, zodat zij ook telkens het maximum aantal punten krijgen. Op het eerste gezicht valt op dat de verwerende partij voor geen enkel (sub)gunningscriterium, buiten dat van de prijs, enig verschil ziet tussen de offerte van de verzoekende partijen en de tussenkomende partij. Zo wordt voor het criterium “omschrijving van de inrichting” het maximum gegeven omdat de bewaardepots “uiterst geschikt” zijn voor de opdracht. Voor “stallingscapaciteit” wordt het maximum gegeven omdat deze capaciteit “ruim voldoende” is voor de opdracht. Voor “mogelijkheid om de stallingcapaciteit uit te breiden” wordt het maximum gegeven omdat “de garantie [wordt] geboden dat de capaciteit nog kan worden opgedreven”. Inzake “toegankelijkheid en bereikbaarheid van de infrastructuur” wordt het maximum gegeven omdat de vestigingen van de verzoekende partijen en de tussenkomende partij op het grondgebied van de politiezone liggen, “beide centraal gelegen, vlot bereikbaar (tram en bus) en zichtbaar voor de bezoekers”. Voor “onthaal van de bezoekers” wordt het maximum gegeven omdat het “bij alle aanbieders goed en klantvriendelijk [is] georganiseerd”. Voor “beveiligingsmaatregelen” wordt het maximum gegeven aan de verzoekende partijen en de tussenkomende partij omwille van het “gebruik van een camerabewakingssysteem met nummerplaatherkenning”. Voor “toegepaste technieken bij het takelen” wordt overwogen dat alle inschrijvers hun technische deskundigheid al voldoende hebben bewezen bij de uitvoering van andere opdrachten, doch wordt aan de verzoekende partijen en de tussenkomende partij het maximum van de punten toegekend omdat zij “een uitvoerige toelichting [geven] over de toegepaste technieken”. Voor “omvang en kwaliteit van het wagenpark” worden “alle aanbiedingen ruim afdoende [bevonden] om de opdracht op een professionele, vakkundige en efficiënte wijze te kunnen uitvoeren. Inzake de criteria “administratief beheer van de takelingen” en “facturatie” wordt het maximum gegeven omdat de inschrijvers “een correcte inventarisatie en een transparante aanrekening van kosten van takeling en bewaring” garanderen.

Dergelijke motivering laat de verzoekende partijen op het eerste gezicht niet toe te begrijpen op welke concrete gronden de verwerende partij van oordeel is dat hun offerte geen voordelen bevat in vergelijking met de offerte van

de tussenkomende partij, noch om eventuele grieven tegen die gronden te formuleren. De verwerende partij en de tussenkomende partij geven respectievelijk in de nota en het verzoekschrift tot tussenkomst uitvoerig aan waarom geen voordelen zouden kunnen worden toegekend aan de offerte van de verzoekende partijen in vergelijking met die van de tussenkomende partij, doch deze motivering lijkt in het licht van de formelemotiveringsplicht laattijdig te zijn en de redenen zouden integendeel uit de eerste bestreden beslissing en het gunningsverslag moeten kunnen blijken.

Nu uit de motivering van de eerste bestreden beslissing en het gunningsverslag niet blijkt waarom aan de verzoekende partijen en de tussenkomende partij het maximum der punten wordt toegekend voor alle (sub)gunningscriteria behoudens het gunningscriterium van de prijs, blijkt op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij rekening heeft gehouden met de onderlinge verhouding tussen de offertes wat betreft die criteria buiten het gunningscriterium van de prijs. De verzoekende partijen hebben belang bij hun kritiek dienaangaande vermits thans niet lijkt vast te staan dat overeenkomstig artikel 25, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006 de opdracht werd gegund aan de inschrijver die de regelmatige offerte heeft ingediend die de economisch voordeligste is vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, rekening houdende met “de gunningscriteria”.

Het middel is ernstig wat betreft de voorgehouden schending in de eerste bestreden beslissing van de formelemotiveringsplicht zoals opgenomen in artikel 4, 8°, iuncto artikel 5, 9°, van de wet van 17 juni 2013 en in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

10. De verzoekende partijen tonen echter niet aan dat de verwerende partij niet anders vermag dan hen de opdracht te gunnen. Dit zou ook niet kunnen worden afgeleid uit het eventueel ernstig bevinden van het tweede middel waarin wordt bekritiseerd dat de eerste bestreden beslissing geen enkele

weerslag van het regelmatigheidsonderzoek bevat. Er is derhalve geen reden om het tweede middel te onderzoeken.

BESLISSING

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

2. De Raad van State beveelt de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stand Gent van 11 juni 2015 waarbij de gunning van de percelen 1 tot en met 4 van de opdracht tot het takelen, vervoeren en bewaren van voertuigen voor rekening van de politiezone Gent aan de bvba Depannage Lybaert wordt goedgekeurd.

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vijftien juli 2015, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Carlo Adams,	staatsraad, wnd. voorzitter,

bijgestaan door

Astrid Truyens	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Astrid Truyens	**Carlo Adams**