

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 232.491 van 8 oktober 2015
in de zaak A. 217.009/XII-7938**

In zake: de NV ALGEMENE ELECTRISCHE ONDERNEMING
KAMIEL VERSTRAETE EN ZOON
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Robert Volckaert en Francis Volckaert
kantoor houdend te 8400 Oostende
Elisabethlaan 25 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD OOSTENDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Barteld Schutyser
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BVBA FLUX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jürgen Vanpraet
kantoor houdend te 8210 Zedelgem
Spoorwegstraat 11
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, elektronisch ingesteld op 21 september 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de stad Oostende dd. 31.08.2015, houdende gunning van de aannemingsopdracht vereenvoudigde onderhandelingsprocedure

met bekendmaking dd. 01.06.2015 (verzendingsdatum publicatie 02.06.2015, uiterste datum indienen offertes 25.06.2015 om 11u), bestek 130.L.287 betreffende ‘De verhuring, plaatsing, aansluiting en verwijdering van kerstverlichting op verschillende locaties in Oostende’, aan de BVBA FLUX, met zetel te 8210 Zedelgem, Ruddervoordsestraat 30F, voor een bedrag van 84.599,00€ BTW exclusief, (102.364,79€ BTW inclusief), als medegedeeld aan verzoekster per aangetekend schrijven dd. 07.09.2015 [...] onder verbeurte van een dwangsom van 10.000 € per dag dat [de stad Oostende] na het tussen te komen arrest in gebreke blijft aan deze beschikking te voldoen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 25 september 2015 heeft de bvba Flux gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 1 oktober 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Francis Volckaert, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Barteld Schutyser, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Jürgen Vanpraet, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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 Oostende schrijft een overheidsopdracht voor de aanneming van leveringen uit voor de verhuring, plaatsing, aansluiting en verwijdering van kerstverlichting op verschillende locaties in Oostende.

De opdracht wordt geraamd op 111.142,08 euro, btw niet inbegrepen, en gegund met toepassing van een vereenvoudigde onderhandelings-procedure met bekendmaking.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 2 juni 2015.

3.3. Het bestek vermeldt twee gunningscriteria: het eerste gunningscriterium betreft de prijs – waarbij toepassing wordt gemaakt van de “regel van drie; $\text{Score offerte} = (\text{prijs laagste offerte} / \text{prijs offerte}) * \text{gewicht van het criterium prijs}$ ”; het tweede gunningscriterium betreft de “Beschrijving van de werkwijze”, waarbij wordt vereist dat “een duidelijke beschrijving [wordt] gegeven over de wijze waarop de verlichting zal worden geplaatst en weggenomen opdat de bomen en de groenzones niet worden beschadigd”.

Het bestek vermeldt nog dat “de gunningscriteria [...] in afnemende volgorde van belangrijkheid [worden vermeld]” en dat “de opdracht zal gegund worden aan de inschrijver welke volgens de evaluatie van al deze criteria de economisch voordeligste offerte, vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, heeft ingediend”.

3.4. Drie inschrijvers dienen tijdig een offerte in, waaronder de verzoekende partij.

3.5. De inschrijver, de bv Elektrotechnisch Bureau Homan, wordt geweerd, nu deze inschrijver geen uittreksel uit het strafregister of een evenwaardig document bij zijn offerte had gevoegd. De bvba Flux en de verzoekende partij worden daarentegen wel geselecteerd en hun offertes worden formeel en materieel regelmatig bevonden.

‡AIKPMCEE-BCCCDJV‡

In het verslag van nazicht worden vervolgens de offertes van beide inschrijvers vergeleken volgens de in het bestek vermelde criteria. Voor het eerste gunningscriterium prijs, dat een weging van 70 punten toegekend krijgt, wordt aan de bvba Flux het maximum van de punten toegekend, zijnde 70 punten, en aan de verzoekende partij 55,14 punten.

Voor het tweede gunningscriterium “beschrijving van de werkwijze” wordt in het gunningsverslag verduidelijkt dat de “beoordeling op 30 punten” staat en dat de volgende quoteringswijze zal worden gehanteerd:

“Quoteringswijze: Zeer goed= 4; Goed=3; Voldoende=2; Onvoldoende=1; Ontbreekt=0. Deze quoteringswijze wordt vermenigvuldigd met 6”.

Aan de offerte van de verzoekende partij wordt een score van 24 op 30 punten toegekend, en aan de offerte van de bvba Flux een score van 12 punten.

Finaal wordt de bvba Flux met een totale score van 82 punten als eerste gerangschikt en de verzoekende partij met een score van 79,14 punten als tweede. Bijgevolg wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de bvba Flux.

3.6. Het college van burgemeester en schepenen van de stad Oostende beslist op 31 augustus 2015 om de opdracht overeenkomstig het verslag van nazicht te gunnen aan de bvba Flux.

Dit is de bestreden beslissing.

3.7. Bij aangetekende brief van 7 september 2015 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht aan een andere inschrijver werd gegund en dat zij de gemotiveerde gunningsbeslissing kan opvragen.

Een kopie van de gunningsbeslissing en van het verslag van nazicht wordt vervolgens aan de verzoekende partij meegedeeld op haar verzoek.

IV. Tussenkoms

4. De bvba Flux blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek tot tussenkoms worden ingewilligd.

V. 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.

‡AIKPMCEE-BCCCDJV‡

VI. Onderzoek van het tweede onderdeel van het eerste middel

Uiteenzetting

6. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van artikel 5, 9 en 25 van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van het algemene beginsel van de gelijkheid der inschrijvers, de algemene zorgvuldigheidsplicht en de formelemotiveringsplicht als algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij de uitwerking en de toepassing van de gunningscriteria.

Het middel bestaat uit drie onderdelen.

In een tweede onderdeel betoogt de verzoekende partij dat de aanbestedende overheid in haar gunningsbeslissing bij de toepassing van haar gunningscriteria een rekenfout heeft gemaakt. De verwerende partij heeft immers, enerzijds, het totaal aantal punten op 30 vastgesteld maar, anderzijds, het maximaal aantal punten dat een inschrijver voor dit criterium kan verkrijgen tot 24 punten beperkt. Aangezien een score “zeer goed” de beste score is die de verzoekende partij kon halen, mocht de verwerende partij in het verslag van nazicht niet vaststellen dat een score “zeer goed” gelijkstaat met 4 punten en die, vervolgens, met een factor 6 vermenigvuldigen. De verwerende partij had de verzoekende partij een maximumscore van 30 punten op 30 moeten toekennen, bijvoorbeeld door de 4 punten die gelijkstaan met “zeer goed” met een factor 7,5 in plaats van met een factor 6 te vermenigvuldigen.

7. De verwerende partij antwoordt in haar nota dat uit het administratief dossier eerst en vooral blijkt dat de verwerende partij in de periode tussen 2011 en 2014 telkens een vergelijkbaar bestek op de markt heeft geplaatst en telkens een vergelijkbaar of nagenoeg identiek verslag van nazicht heeft opgesteld. In het verslag van nazicht voor het jaar 2011 is de door de verwerende partij toegepaste beoordelingsmethodiek als volgt uiteengezet: “Quoteringswijze: Uitstekend = 5; Zeer goed = 4; Goed = 3; Voldoende = 4; Onvoldoende = 2; Ontbreekt = 0”. De verzoekende partij weet (of zou moeten weten) dat het dus de

‡AIKPMCCEE-BCCCDJV‡

score “Uitstekend” en niet de score “Zeer goed” is die met een factor 6 vermenigvuldigd wordt en aldus een totaalscore van 30/30 oplevert. In 2011 kreeg immers een concurrerende bieder van de verzoekende partij, de bvba MK Illumination Belgium, een score “uitstekend”, die haar 30 punten opleverde. Ingevolge een materiële vergissing werd de score “Uitstekend” in de bestekken voor 2012 en 2013 uit de omschrijving van de beoordelingsmethode weggelaten. De vergissing dook toen voor een eerste keer op. In die verslagen van nazichten is te lezen: “Quoteringswijze: Zeer goed= 4; Goed= 3; Voldoende= 4; Onvoldoende= 2; Ontbreekt = 0”. Die vergissing werd door de verwerende partij niet opgemerkt, maar ook niet door de inschrijvers. Geen van de inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, maakte toen een opmerking. In het verslag van nazicht voor 2014 werd de beoordelingsmethodiek niet toegepast omdat de verzoekende partij de enige inschrijver was. Thans was er opnieuw een concurrent en heeft de verwerende partij dezelfde materiële vergissing gemaakt. Hieruit kan echter niet worden afgeleid dat het standpunt van de verzoekende partij onvermijdelijk moet worden bijgevalen. Uit de motivering in woorden die in het verslag van nazicht is opgenomen blijkt immers geenszins te kunnen worden afgeleid dat een score van 30 op 30 het enige mogelijke, te verantwoorden besluit kan zijn. In de woordelijke motivering wordt immers enkel vermeld dat een “bondige en goede beschrijving” wordt gegeven over de wijze van plaatsen en verwijderen van de verlichting. De motivering beschrijft, voor het overige en op weliswaar positieve wijze, de offerte van de verzoekende partij. Ten opzichte van de gekozen inschrijver onderscheidt de verzoekende partij zich enkel doordat “uitermate” rekening wordt gehouden met behoud en respect voor het openbaar domein en de bestaande bomen en door een beschrijving van een optimaal behoud van de ondergrond. Die twee elementen kunnen verantwoorden dat de verzoekende partij een score “Zeer goed” krijgt en de gekozen inschrijver slechts een score “Voldoende” (of de helft van een score “Zeer goed”). Zoals aangegeven, werd aan die motivering “Zeer goed” 4 punten, en niet de maximumscore van 5 punten, toegekend en die punten met een factor 6 vermenigvuldigd. Minstens maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat de enige werkwijze erin mocht bestaan de beoordelingsmethode zo toe te passen dat een maximumscore diende te worden toegekend.

8. De tussenkomenende partij betwist in haar memorie eveneens dat de verwerende partij bij de vergelijking van de offertes van de verzoekende en de

‡AIKPMCCEE-BCCCDJV‡

tussenkomen de partij een rekenfout zou hebben begaan. Voor het tweede gunningscriterium “beschrijving van de werkwijze” hanteerde de verwerende partij een weging op grond van een waardering van het plan van aanpak. Zoals gebruikelijk is, wordt hierbij een weging gehanteerd op grond van de waarden in vijf klassen, met name “uitstekend”, “zeer goed”, “goed”, “voldoende”, “onvoldoende” en “ontbreekt” waaraan de volgende quotering wordt gegeven: “uitstekend” = 5 punten, “zeer goed” = 4 punten, “goed” = 3 punten, “voldoende” = 2 punten, “onvoldoende” = 1 punt en “ontbreekt” = 0 punten. Het niet expliciet vermelden van de quotering “uitstekend = 5” betreft een louter materiële vergissing die geenszins afbreuk doet aan de correcte berekeningswijze in het bestek en die ook geenszins de draagwijdte van de beslissing beïnvloedt. De verwerende partij heeft de beschrijving van de werkwijze van de verzoekende partij overeenkomstig de voormelde waardering op gemotiveerde wijze beoordeeld met “zeer goed” ($4 \times 6 = 24$ punten) en de beschrijving van de werkwijze van tussenkomen de partij met “voldoende” ($2 \times 6 = 12$ punten). De verzoekende partij betwist deze beoordeling en motivering niet. Toch meent zij het maximum van de punten te moeten krijgen. Uit niets blijkt dat de verwerende partij de normale grenzen van een zorgvuldige uitoefening van de discretionaire bevoegdheid te buiten is gegaan door geen “uitstekend” toe te kennen. De verzoekende partij brengt daartoe ook geen enkel concreet element aan.

Beoordeling

9. In de huidige zaak werd geen weging van de twee gunningscriteria opgenomen in het bestek. Er werd wel een weging in rekening gebracht in het verslag van nazicht. Artikel 107 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 voorziet, wanneer er verscheidene gunningscriteria zijn, slechts in de verplichting van de opgave van de weging van elk gunningscriterium in de opdracht-documenten voor de opdrachten gegund bij onderhandelingsprocedure met of zonder bekendmaking die de in artikel 32 vermelde Europese drempel bereiken. Nu de huidige opdracht dit drempelbedrag niet bereikt, was er dus geen verplichting de weging in de opdracht-documenten op te geven. Dergelijke verplichting lijkt niet te kunnen worden afgeleid uit de door de verzoekende partij in dit middel ingeroepen bepalingen en beginselen.

10. In de gunningsbeslissing van 31 augustus 2015 wordt verwezen naar het verslag van nazicht, dat als bijlage bij de beslissing is gevoegd en er integraal deel van uitmaakt.

In het verslag van nazicht wordt de wijze van beoordeling van het tweede gunningscriterium toegelicht als volgt:

“Gunningscriterium nr. 2: Beschrijving van de werkwijze
Beoordeling op 30 punten
Quoteringswijze: Zeer goed=4; Goed= 3; Voldoende=2; Onvoldoende=1; Ontbreekt=0 Deze quoteringswijze wordt vermenigvuldigd met 6,
Er moet een duidelijke beschrijving worden gegeven over de wijze waarop de verlichting zal worden geplaatst en weggenomen opdat de bomen en de groenzones niet worden beschadigd.”

Aan de offerte van de verzoekende partij wordt vervolgens in het verslag van nazicht voor het tweede gunningscriterium een beoordeling “zeer goed” en een score van 24 punten toegekend op grond van de volgende motivering:

“Er wordt een bondige en goede beschrijving opgegeven over de wijze van het plaatsen en verwijderen van de verlichting. Er wordt uitermate rekening gehouden met het behoud en respect voor het openbaar domein en de bestaande bomen, door het inschakelen van boomchirurgen voor de plaatsing en verwijdering. Er wordt bij drassige locaties gebruik gemaakt van een rupskraan en rijplaten om verzakkingen in de ondergrond te voorkomen. Uit bijgevoegde beschrijving blijkt dat de firma Verstraete deze opdracht zal uitvoeren met de nodige zorg voor de bestaande bomen en kerstbomen en een optimaal behoud van de ondergrond. Dus wordt hiervoor de quoteringswijze ‘Zeer goed’ genoteerd en worden de punten als volgt berekend: 4x6.”

11. Op het eerste gezicht valt op te merken dat in het verslag van nazicht aan het tweede gunningscriterium weliswaar een weging wordt toegekend van 30 punten, doch dat de gehanteerde quoteringswijze als maximale score slechts een score van 24 punten vermeldt (zeer goed = 4, te vermenigvuldigen met 6). Aldus lijkt het verslag van nazicht in geen mogelijkheid te hebben voorzien voor het behalen van een score “uitmuntend=5”, te vermenigvuldigen met 6.

Een maximale score van slechts 24 punten, is op het eerste gezicht niet verzoenbaar met de door de verwerende partij zelf aan dit

gunningscriterium toegekende weging van 30 punten. Aldus lijkt de verwerende partij minstens een motivering te hebben opgegeven die als intern tegenstrijdig overkomt.

In de mate dat de verwerende partij in haar nota opmerkt dat er weliswaar sprake zou zijn van een materiële vergissing bij de omschrijving van de beoordelingsmethode, maar niet bij de toepassing en dat te dezen een score van 24 op 30 voor de verzoekende partij verantwoord zou zijn, valt op te merken dat het doel van de formelemotiveringsplicht lijkt uit te sluiten dat de verzoekende partij vrede zou moeten nemen met een mededeling van de motieven nadat zij een rechtsmiddel – meer bepaald een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid – heeft aangewend.

Ook het verweer van de verwerende partij dat de verzoekende partij gelet op voorgaande opdrachten weet of zou moeten weten dat het de score “Uitstekend=5” en niet de score “Zeër goed=4” is die met een factor 6 vermenigvuldigd wordt en aldus een totaalscore van 30/30 oplevert, lijkt op het eerste gezicht niet te kunnen worden aanvaard. De verwerende partij lijkt immers in beginsel niet gebonden door de motieven waarop deze beslissingen inzake eerdere overheidsopdrachten steunden. Bovendien erkent de verwerende partij zelf dat zij al sinds 2012 een materiële vergissing zou hebben begaan bij de omschrijving van de quoteringswijze, die evenwel tot op heden nooit zou zijn opgemerkt.

12. Zelfs indien met de verwerende partij en de tussenkomende partij zou worden aangenomen dat het weglaten van de score “Uitstekend=5” in het verslag van nazicht slechts het gevolg is van een materiële vergissing, valt op te merken dat uit het verslag van nazicht op het eerste gezicht niet blijkt of de verwerende partij aan de verzoekende partij de met de beoordeling “zeër goed” de beste score dan wel de op één na beste score wilde toebedelen. In de motivering meent de verwerende partij dat de offerte van de verzoekende partij “uitermate rekening [houdt] met het behoud en respect voor het openbaar domein en de bestaande bomen” en dat zij de opdracht zal uitvoeren “met optimaal behoud van de ondergrond”. Dergelijke adjectieven “uitermate” en “optimaal” lijken er even

goed te kunnen op wijzen dat de verwerende partij aan de offerte van de verzoekende partij voor dit gunningscriterium de beste score wou toekennen.

Er blijkt op het eerste gezicht dan ook niet of de beoordeling van het tweede gunningscriterium met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd.

13. Het tweede onderdeel van het eerste middel lijkt in de besproken mate dan ook ernstig.

VII. Dwangsom

14. De verzoekende partij vraagt de Raad van State om “nopens de vordering tot schorsing” een “dwangsom [op te leggen] van 10.000 € per dag dat [de stad Oostende] na het tussen te komen arrest in gebreke blijft aan deze beschikking te voldoen”.

15. De verzoekende partij verduidelijkt enkel dat het “passend voorkomt de onmiddellijke schorsing van tenuitvoerlegging van de beslissing van de Stad Oostende op te leggen onder verbeurte van een dwangsom van 10.000 € per dag dat zij na het tussen te komen arrest in gebreke blijven de tenuitvoerlegging te schorsen of een nieuwe beslissing te nemen”. Deze summiere uitleg kan niet de toekenning van een dwangsom, rechtvaardigen.

Er dient zich voorts geen reden aan om ervan uit te gaan dat de verwerende partij een schorsingsarrest naast zich zou neerleggen.

Bijgevolg dient de vraag tot het opleggen van een dwangsom niet te worden ingewilligd.

In de mate dat de verzoekende partij voor het overige lijkt te vragen dat ook in het geval van schorsing als voorlopige maatregel aan de verwerende partij de verplichting zou worden opgelegd een nieuwe beslissing te nemen onder verbeurte van een dwangsom, lijkt dit verzoek de grenzen te overschrijden van wat als een voorlopige maatregel kan worden gevraagd om haar

belangen te vrijwaren in afwachting van een arrest dat zich over het beroep tot nietigverklaring ten gronde uitspreekt.

VIII. Kosten

16. De verzoekende partij vraagt de verwerende partij te veroordelen tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 840 euro.

17. De bijdrage in de betaling van de kosten, inbegrepen de rechtsplegingsvergoeding, wordt bepaald in het arrest waarin uitspraak wordt gedaan over het beroep tot nietigverklaring of, bij afwezigheid van een dergelijk beroep, in het arrest waarbij de bevolen schorsing wordt opgeheven.

Het is dan ook passend de kosten, gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bvba Flux tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 31 augustus 2015 van de stad Oostende, houdende gunning van de aannemingsopdracht vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking, bestek 130.L.287 betreffende ‘De verhuring, plaatsing, aansluiting en verwijdering van kerstverlichting op verschillende locaties in Oostende’, aan de BVBA FLUX, met zetel te 8210 Zedelgem, Ruddervoordsestraat 30F, voor een bedrag van 84.599,00€ BTW exclusief.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 oktober 2015,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Johan Bovin