

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 233.088 van 1 december 2015
in de zaak A. 217.478/XII-7958**

In zake: de BVBA ONTEX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Riet Straetmans
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN DE GEMEENTE KAMPENHOUT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie en Michelle Decruy
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 5 november 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Raad voor Maatschappelijk Welzijn van het OCMW van Kampenhout van 20 oktober 2015, waarbij [is] beslist om de overheidsopdracht voor leveringen met als voorwerp ‘raamovereenkomst incontinentiemateriaal 2016-2019’ aan SCA Hygiene Products sa, en dus niet aan de [bvba ONTEX], te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 november 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Barteld Schutyser, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Sofie Logie, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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. Het OCMW van de gemeente Kampenhout schrijft een overheidsopdracht uit voor het afsluiten van een raamovereenkomst voor vier jaar voor de levering van incontinentiemateriaal ten behoeve van openbare woonzorgcentra. Het OCMW van Kampenhout treedt daarbij op als opdrachtcentrale voor dertien woonzorgcentra in de provincie Vlaams-Brabant.

De opdracht wordt gegund middels een open offerteaanvraag.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 20 mei 2015 en in het Supplement van het Europese Publicatieblad op 23 mei 2015.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek “Raamovereenkomst incontinentiemateriaal 2016-2019”. Het betreft een opdracht tegen prijslijst.

De gunnings- en subcriteria vermeld in het bestek, voor een totaal van 115 punten, zijn:

- prijs 35 punten;
- kwaliteit en gebruiksvriendelijkheid 40 punten waarvoor
 - zacht aanvoelen 5 punten;
 - pasvorm (gepast aansluiten van de luier, soepelheid) 5 punten;
 - anti-lekkage 5 punten;
 - absorptiecapaciteit 5 punten;
 - vochtindicator (de aanwezigheid en duidelijke afleesbaarheid) 5 punten;
 - sluiting (kleefstelsel, herkleefbaarheid, vastheid van de pleister) 5 punten;
 - treksterkte (stevigheid van het materiaal) 5 punten;
 - herkenbaarheid (kleurcodering van het absorptievermogen, duidelijke afleesbaarheid van de maat en verpakkingswijze) 5 punten;
- service 20 punten waarvoor
 - prijsbepaling dringende levering (binnen 24 uur en kostprijs) 5 punten;
 - opleiding en ondersteuning 5 punten;
 - opvolging en bijsturing 5 punten;
 - elektronisch bestelsysteem 5 punten;
- aanbod (productgamma – gamma variëteit van verbanden naar absorptiegraad) 10 punten en
- resultaatsverbintenis 10 punten.

Wat dit laatste gunningscriterium ‘resultaatsverbintenis’ betreft wordt in het bestek vermeld:

“De inschrijver stelt een resultaatsverbintenis op waarbij hij een maximum kostprijs per incontinente per dag voorstelt zonder bovengrens. Bij overschrijding van deze voorgestelde kostprijs zal de inschrijver het verschil voor zijn rekening nemen. Deze resultaatsverbintenis geldt voor de ganse duur van het contract nl. 4 jaar. De inschrijver verbindt er zich toe om

bij overschrijden van het maximum per incontinentie voor het verschil een creditnota op te stellen.

Minimaal valt al het incontinentiemateriaal onder de resultaatsverbintenis met uitzondering van de diverse producten. De inschrijver vermeldt expliciet in zijn offerte welk materiaal en welke producten er in rekening gebracht worden voor de resultaatsverbintenis.

De inschrijver stelt een resultaatsverbintenis op per afnemende entiteit. De resultaatsverbintenis van elke afnemende entiteit telt evenwaardig mee voor de totaalscore.

De score wordt als volgt bepaald:

De inschrijver die de laagste kostprijs per incontinente per dag voorstelt, bekommt 10 punten. Deze laagste kostprijs per incontinente per dag wordt berekend door het gewogen gemiddelde te nemen van de maximale kostprijs per incontinente per dag van de deelnemende woonzorgcentra samen.

De gedetailleerde lijst van verbruiken per deelnemende wzc is aan te vragen bij de leidend ambtenaar. De lijst moet worden ingevuld en bij de offerte gevoegd alsook een kopie hiervan op usb stick en Excel formaat.”

3.3. Er worden twee offertes ingediend, namelijk door de bvba Ontex, de verzoekende partij, en door de sa SCA Hygiene Products, de gekozen inschrijver.

3.4. Op 24 september 2015 wordt een gunningsverslag opgesteld. Er wordt voorgesteld de beide inschrijvers te selecteren. De offertes worden formeel en materieel regelmatig bevonden en worden onderworpen aan een vergelijking aan de hand van de gunningscriteria.

De verzoekende partij behaalt een totale score van 107,22 op 115 terwijl aan de gekozen inschrijver een score van 110,43 op 115 wordt toegekend. Wat het gunningscriterium ‘resultaatsverbintenis’ betreft krijgt de gekozen inschrijver 10 op 10 onder de vermelding ‘beste resultaatsverbintenis’, de verzoekende partij krijgt 5 punten onder de vermelding ‘2 indieners dus helft van de punten’.

3.5. Bij beslissing van 20 oktober 2015 keurt het OCMW van Kampenhout het gunningsverslag goed en beslist de opdracht te gunnen de sa SCA Hygiene Products.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4.1. Na het sluiten van het debat leggen de raadslieden van de verwerende partij op 24 november 2015 een “vertrouwelijke” brief met een Excel-blad aan het auditoraat en de Raad van State voor met daarin een aantal cijfergegevens betreffende de beoordeling van het gunningscriterium ‘resultaatsverbintenis’. Er wordt gevraagd “rekening te houden” met deze gegevens en er wordt een “toelichtende nota” aangekondigd. Deze “vertrouwelijke” nota wordt met een faxbericht van 26 november 2015 aan het auditoraat en de Raad bezorgd.

4.2. Met deze gegevens houdt de Raad van State geen rekening aangezien ze niet in het debat zijn gebracht. De verwerende partij zelf vraagt overigens geen heropening van het debat.

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 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 kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert de schending aan van “de formele motiveringsplicht, zoals vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen”. Zij stelt dat de motieven van het verslag van nazicht bezwaarlijk als afdoende kunnen worden beschouwd voor bepaalde subcriteria van het gunningscriterium ‘kwaliteit en gebruiksvriendelijkheid’, voor bepaalde subcriteria van het gunningscriterium ‘service’, voor het gunningscriterium ‘aanbod’ en voor het gunningscriterium ‘resultaatsverbintenis’.

Meer bepaald wat dit laatste gunningscriterium betreft betoogt zij:

“Tot slot wordt in het verslag van nazicht op geen enkele manier gemotiveerd waarom de resultaatsverbintenis die door SCA Hygiene Products sa werd voorgesteld, als de ‘beste’ moet worden aangemerkt. Noch de kenmerken van de door SCA Hygiene Products sa voorgestelde resultaatsverbintenis, noch de kenmerken van de resultaatsverbintenis die door de verzoekende partij werd voorgesteld, worden in het verslag van nazicht beschreven. Bijgevolg ontbreekt ook elke vergelijking van de intrinsieke waarde van deze verbintenissen. Bij ontstentenis van die informatie, kan de verzoekende partij niet controleren of de verwerende partij de beoordeling van het gunningscriterium ‘resultaatsverbintenis’ heeft gesteund op gegevens die in rechte en in feite juist zijn, dan wel of zij die gegevens correct heeft beoordeeld, en op grond daarvan in redelijkheid

tot haar beslissing is kunnen komen. Ook dit onderdeel van het verslag van nazicht schendt bijgevolg de formele motiveringsplicht.”

7. De verwerende partij antwoordt hierop onder meer dat de verzoekende partij eigenlijk de inhoud van de offertes wenst te weten te komen maar dat er hiervoor geen wettelijke verplichting is. Dit zou immers strijden met de vertrouwelijkheidsplicht. “Bijgevolg [zo stelt zij] dient verwerende partij ook hier op te merken dat zij niet méér toelichting kan geven, gezien zij daarmee een te verregaande inzage zou geven in de offerte van de andere inschrijver, en meer bepaald in haar commercieel aanbod.”

Voorts geeft de verwerende partij in haar verweer op het eerste middel, waarbij de verzoekende partij de beoordelingsmethodiek van het gunningscriterium ‘resultaatsverbintenis’ bekritiseert in de mate dat haar offerte slechts de helft van de punten kreeg, een cijfermatige toelichting. Zij vermeldt dat de offerte van de verzoekende partij 1.710.771 euro bedraagt en die van de gekozen inschrijver 883.241 euro, wat, althans volgens haar, een verschil geeft van 188.529,80 euro. Ook betoogt zij uitgebreid dat dit gunningscriterium geen zuiver prijscriterium is aangezien er “[b]ij de beoordeling [...] immers [wordt] gekeken naar welk materiaal en welke producten er in rekening worden gebracht voor de resultaatsverbintenis”. In dezelfde gedachtegang, zo lijkt, merkt zij op dat het “hier helemaal niet gaat” om een prijscriterium en dat de “[v]erzoekende partij [...] geheel ten onrechte [beweert] dat er in casu volkomen abstractie zou zijn gemaakt van de inhoudelijke kwaliteit van het voorstel van verzoekende partij en dat de intrinsieke waarde van haar voorstel niet in aanmerking werd genomen”.

Beoordeling

8. De formele motivering van de bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsplicht die de verzoekende partij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

In het nazichtsverslag wordt na het vermelden van wat in het bestek omtrent het gunningscriterium ‘resultaatsverbintenis’ is opgenomen, als volgt geoordeeld over de offertes:

“

2	SCA Hygiene Products sa	beste resultaatsverbintenis	10
1	ONTEX bvba	2 indieners dus helft van de punten	5

”

Uit het nazichtsverslag blijkt niet op welke concrete gegevens – de summier cijfermatige gegevens in de verweernota lijken op het eerste gezicht niet correct te zijn gelet op het kennelijk foutief aangegeven verschil tussen de beide offertes – de verwerende partij zich heeft gesteund om tot deze puntentoekenning te komen. Dit blijkt evenmin uit het administratief dossier, zowel het niet-vertrouwelijke als het vertrouwelijke gedeelte, zoals het werd neergelegd en tot sluiting van het debat ter beschikking was van de verzoekende partij, het auditoraat en de Raad.

Voorts beklemtoont de verwerende partij meermaals dat het gunningscriterium ‘resultaatsverbintenis’ een kwalitatief criterium en geen (louter) prijscriterium is. Dit lijkt echter in te houden dat de puntentoekenning voor dergelijk criterium zich hier niet lijkt te mogen beperken tot het geven van een loutere score maar dat de uiting van de appreciatie woordelijk substantiëler lijkt te moeten zijn.

Het middel is in de aangegeven mate ernstig.

De draagwijdte van het ernstig bevonden middelonderdeel leidt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing maar niet van deze beslissing in de mate dat de opdracht niet aan de verzoekende partij wordt gegund. In de huidige stand van het geding lijkt het belang van de verzoekende partij echter voldoende gediend met wat geschorst wordt.

VII. Kosten

9. Aangezien de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing wordt geschorst, is het passend de beslissing over de kosten waaronder de door de verzoekende partij gevorderde rechtsplegingsvergoeding ten bedrage van 700 euro, in beraad te houden.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het OCMW van de gemeente Kampenhout van 20 oktober 2015 houdende de gunning van de overheidsopdracht voor leveringen met als voorwerp ‘raamovereenkomst incontinentiemateriaal 2016-2019’ aan de sa SCA Hygiene Products.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 1 december 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra