

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 236.369 van 8 november 2016

in de zaak A. 220.480/XII-8247

In zake:

VOF HUGEBRU

bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Van Wesemael
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 235
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NATIONALE MAATSCHAPPIJ DER BELGISCHE
SPOORWEGEN (NMBS), nv van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Tom Villé
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV MODERO GERECHTSDEURWAARDERS
ANTWERPEN
 2. de CVBA INTERMEDIANCE
 3. de CVBA MODERO BRUSSEL
- samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, hierna
kortweg Modero
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Butenaerts
kantoor houdend te 1080 Brussel
Leopold II-laan 180
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 oktober 2016, strekt tot de
schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het

besluit d.d. 28 september 2016 van de NMBS waarbij de op 8 juli 2016 door de aanbestedende overheid genomen beslissing tot toewijzing van perceel 1 (Vlaams Gewest + Nederlandstalige dossiers te Brussel) van opdracht C92/0000245659 ‘Meerjarige raamovereenkomst voor de invordering door minnelijke en gerechtelijke procedure (uitsluitend burgerrechtelijk) van onbetaald gebleven invorderbare schuldvorderingen in verband met de activiteit van de Aanbestedende overheid’ aan de firma Modero ingetrokken wordt en een nieuwe toewijzingsbeslissing wordt genomen die de inhoud en motivering van de vorige beslissing herneemt, maar waarbij aan alle inschrijvers de volledige gemotiveerde gunningsbeslissing zal worden overgemaakt”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 20 oktober 2016 hebben de nv Modero Gerechtsdeurwaarders Antwerpen, de cvba Intermediance en de cvba Modero Brussel, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 oktober 2016, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Philippe Van Wesemael, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Tom Villé, die in eigen naam, en tevens *loco* advocaat Barteld Schutyser verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Valéry Schalenbourg, die *loco* advocaat Stijn Butenaerts verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Luc Vermeire 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 een overheidsopdracht van diensten uit, in de aankondiging genoemd ‘C92/0000245659 - Recuperatie van onbetaald gebleven invorderbare schuldvorderingen in het kader van dossiers van onregelmatigheden bij reizigers (C170)’.

De opdracht wordt door de aanbestedende dienst gekwalificeerd als een opdracht met betrekking tot de speciale sectoren en als een B-dienst. De gunningswijze is de onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 9 februari 2015 en wordt als volgt omschreven:

“Opdracht van diensten ten behoeve van de NMBS betreffende een meerjarige raamovereenkomst (2015–2019) voor de recuperatie (door minnelijke en burgerrechtelijke procedure) van onbetaald gebleven invorderbare schuldvorderingen in het kader van dossiers van onregelmatigheden bij reizigers (C170). De opdracht bestaat uit twee (2) percelen:

- Perceel 1: Vlaanderen + Brussel (Nederlandstalige dossiers).
- Perceel 2: Wallonië + Brussel (Franstalige dossiers).

Voor elk perceel zal een raamovereenkomst voor een initiële periode van een jaar worden aangegaan die maximaal drie keer voor een jaar kan worden verlengd.

De prestaties omvatten onder andere opzoeken (consultatie databankgegevens, solvabiliteitsonderzoek,...), verzending briefwisseling (aanmaningen, dagvaardingen), plaatsbezoeken, telefonische relances van dossiers, onderhandelingen over afbetalingsplannen.”

Het geschil betreft hier enkel perceel 1.

De termijn voor ontvangst van inschrijvingen of aanvragen tot deelneming eindigt op 2 maart 2015.

3.3. Elf ondernemingen waaronder de verzoekende partij en Modero, dienen een aanvraag tot deelneming in voor perceel 1. Negen ervan worden geselecteerd.

3.4. Op 31 augustus 2015 wordt het toepasselijke bestek met nummer C92/0000245659 “aanneming van diensten met betrekking tot een meerjarige raamovereenkomst voor de invordering door minnelijke en gerechtelijke procedure (uitsluitend burgerrechtelijk) van, in voorkomend geval, onbetaald gebleven invorderbare schuldvorderingen in verband met de activiteit van de Aanbestedende Overheid” vastgesteld.

In het artikel 10 “Tariefvoorwaarden” van dit bestek wordt bepaald dat de inschrijver in zijn prijzentabel “het tarief voor zijn prestatie in de minnelijke fase [vermeldt], d.w.z. het percentage dat de inschrijver voor zich wenste te houden op het totaal bedrag dat gerecupereerd werd in de minnelijke fase”. “Voor de officiële verrichtingen van de gerechtsdeurwaarder in het kader van de zogenaamde gerechtelijke fase”, gelden “de wettelijke regels en tarieven (cf. K.B. van 30/11/1976 tot vaststelling van het tarief voor akten van gerechtsdeurwaarders in burgerlijke en handelszaken en van het tarief van sommige toeslagen.).”

In het artikel 11 ‘Gunningscriteria’ wordt bepaald dat de NMBS “de reglementaire offerte [kiest] die ze het interessantst acht, rekening houdend met de volgende gunningscriteria:

1	■ de voorgestelde werkwijze, organisatie en Dienstverlening	40 punten
2	■ de prijs en het economisch rendement van de Oplossing	60 punten

”

In dit artikel wordt voorts wat het eerste gunningscriterium betreft, vermeld:

“De offertes met een score lager dan 24/40 voor het criterium 1 ‘voorgestelde werkwijze, organisatie en dienstverlening’ in zijn geheel,

worden ambtshalve uitgesloten van de analyse van het tweede gunningscriterium, met name de prijs en het economische rendement van het voorstel.”

Inzake het tweede gunningscriterium wordt er in het artikel 11 bepaald:

“Het economisch rendement wordt beoordeeld op basis van de volgende criteria:

- het tarief van de prestatie (uitgedrukt in %) die bij een minnelijke invorderingsprocedure wordt toegepast op de ingevorderde bedragen sedert de verzending van de dossiers door de Aanbestedende Overheid (40 punten)

De score wordt berekend volgens de volgende formule:

$40 \times (\text{laagste tarief van de regelmatige offertes van het betrokken perceel/tarief van de betrokken offerte})$

- Het gegarandeerd recuperatiepercentage in het kader van de minnelijke procedure (20 punten)

De score wordt berekend volgens de volgende formule:

$20 \times (\text{gegarandeerd recuperatiepercentage van de betrokken offerte/hogste gegarandeerd recuperatiepercentage van het betrokken perceel})$ ”

In het artikel 24.1 van het bestek wordt over dit “Gewaarborgd recuperatiepercentage” bepaald:

“24.1.1. Vereiste prestatieniveaus

Het recuperatiepercentage dat wordt gewaarborgd in de offerte, is het recuperatiepercentage dat gewaarborgd is als het contract na 4 jaar ten einde loopt en zal als basis dienen voor de toepassing van het systeem van boetes of bonussen dat hieronder wordt uiteengezet.

Het geeft een beeld van de invorderingen door minnelijke procedures die nodig zullen zijn voor de invordering van de onbetaalde bedragen van de onderhavige opdracht.

Zoals hiervoor al werd gepreciseerd, gaat het om een raamovereenkomst voor de duur van een jaar, te rekenen vanaf de datum van kennisgeving van de goedkeuring van de offerte. Daarna is de overeenkomst maximaal drie keer stilzwijgend verlengbaar, telkens voor de periode van een (1) jaar.

In elk geval moet de Opdrachtnemer, naargelang de duur van het contract, ten minste de onderstaande opeenvolgende percentages halen:

- 6 maanden na ontvangst van de eerste dossiers van de Aanbestedende Overheid: 20% van het op het einde van het contract gewaarborgd recuperatiepercentage;

- 12 maanden na ontvangst van de eerste dossiers van de Aanbestedende Overheid: 45% van het op het einde van het contract gewaarborgd recuperatiepercentage;

- 18 maanden na ontvangst van de eerste dossiers van de Aanbestedende Overheid: 70% van het op het einde van het contract gewaarborgd recuperatiepercentage;

- Als het contract afloopt na 4 jaar: 100% van het op het einde van het contract gewaarborgd recuperatiepercentage.

Als de vereiste niveaus niet behaald worden in de eerste 6 of 12 maanden, behoudt NMBS zich het recht voor de betrokken opdracht te verbreken. In dat geval wordt de opdracht gegund aan de inschrijver die als tweede gerangschikt is.

Na de periode van 18 maanden blijft NMBS de prestaties om de 6 maanden evalueren.

24.1.2 Boetes

Het niet naleven van de vereiste prestatieniveaus, voor om het even welke reden, uitgezonderd wanneer de reden van onmogelijkheid wordt aanvaard door de Aanbestedende Overheid, leidt van rechtswege tot een boete ten laste van de Opdrachtnemer.

Deze boete is gelijk aan een aftrek met 10 % van de verschuldigde lonen voor de toegepaste commissie voor de minnelijke procedure en dit over het beschouwde semester.

Onverminderd zijn recht de betaling ervan te eisen, kan de Aanbestedende Overheid het bedrag van de boetes afhouden op de aan de Opdrachtnemer verschuldigde bedragen, ongeacht de reden ervan, of anders op de borgstelling.

Bovendien, als de vereiste minimale prestaties niet behaald worden, behoudt de Aanbestedende Overheid zich het recht voor de opdracht te verbreken conform artikel 47 van het KB van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken.

24.1.3. Bonussysteem

In tegenstelling tot de boetes geeft een overschrijding van de gewaarborgde recuperatieniveaus recht op een bonus.

Die bonus wordt toegekend als het recuperatieniveau minstens 10 % hoger ligt dan het aangekondigde recuperatiepercentage.

Deze bonus is gelijk aan een verhoging met 10 % van de verschuldigde lonen voor de toegepaste commissie voor de minnelijke procedure en dit over de periode van het betrokken semester.”

3.5. De verwerende partij antwoordt vervolgens op gestelde vragen onder meer van Modero inzake het recuperatiepercentage dat de dienstverlener in de lopende opdracht realiseert.

3.6. Vijf van de negen geselecteerde ondernemingen dienen een offerte in waaronder de verzoekende partij en Modero.

De verzoekende partij vermeldt in haar offerte op het inschrijvingsformulier bij het “Gegarandeerd recuperatiepercentage in het kader van de minnelijke procedure”, “NVT” en motiveert dit nader in haar offerte als volgt:

“Hugebru wenst zich niet te engageren tot een gegarandeerd recuperatiepercentage.

Zich engageren tot een dergelijk tarief zou willen zeggen dat men zich verbindt tot een resultaatsverbintenis, wat ons verboden is door verschillende bepalingen, alsook omwille van ethische, deontologische, wettelijke en reglementaire overwegingen, meer bepaald de artikelen 44 § 2, 47, 48 van de deontologische code.

Daarenboven werpt Hugebru op dat de toekennende macht in zijn lastenboek specifiek zijn zorg uit dat de invorderingen die voor zijn rekening gedaan worden, voldoen aan een onberispelijk[e] ethiek alsook een strikte deontologie tijdens het gehele proces (punt 11 van de gunningscriteria).

In het kader van aanbestedingen die voorwerp uitmaken van het invorderen van schulden lijkt het ongehoord om de inschrijvers te doen concurreren op basis van het criterium van invorderingspercentage, hetgeen met zich meebrengt dat de offerte wordt geformuleerd met de beste prijs en economisch het meest interessant, wat resulteert dat de onafhankelijkheid van de toekenner in het gedrang komt.

Aangezien er een excessieve druk voor de toegekende aanbestedende is, welke wordt geacht een bepaald percentage te behalen van de in te vorderen schulden, riskeert men in voorkomend geval een misbruik waarbij de debiteur slachtoffer zou kunnen worden.

Hugebru is evenwel van oordeel dat de voorgestelde procedure, evenals de menselijke en logistieke middelen die voor het project ingezet worden, vanzelfsprekend het beste recuperatiepercentage met zich meebrengen en dit in verhouding tot het gemiddelde recuperatiepercentage dat voor dergelijke portefeuille behaald kan worden en in het verleden behaald werd.”

De andere inschrijvers geven wel een gegarandeerd recuperatiepercentage op.

Zoals de andere inschrijvers geeft de verzoekende partij in haar offerte wel een “tarief van de prestatie” op. Op te merken echter is dat zij op haar inschrijvingsformulier als tarief vermeldt: “0% hoofdsom + 100% schadebeding en intrest”, terwijl zij verder in haar offerte (pag. 37) vermeldt: “In de minnelijke fase wordt een tarief exclusief btw voorgesteld van 15% van de gerecupereerde sommen”.

3.7. Op 11 maart 2016 beslist de verwerende partij perceel 1 te gunnen aan Modero.

Een gedeconfidentialiseerde versie van deze beslissing wordt meegedeeld aan de inschrijvers.

3.8. Op 22 maart 2016 beslist de verwerende partij om de gunningsbeslissing in te trekken. Deze intrekking wordt meegedeeld aan de inschrijvers.

3.9. Op 8 juli 2016 stelt de verwerende partij vast dat uit nader onderzoek mag worden besloten dat de opdracht opnieuw aan Modero mag worden gegund. Een gedeconfidentialiseerde versie van deze beslissing wordt meegedeeld aan de inschrijvers.

3.10. In de zaak gekend onder rolnummer A. 219.836/XII-8193 vordert de verzoekende partij de nietigverklaring en de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing van 8 juli 2016. Bij arrest nr. 235.620 van 12 augustus 2016 beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van deze beslissing. Het middel dat steunt op de schending van de formelemotiveringsplicht wordt ernstig bevonden.

3.11. De verwerende partij beslist op het eerste gezicht op 24 september 2016 de gunningsbeslissing van 8 juli 2016 wat perceel 1 betreft in te trekken en dat perceel, “met behoud van de inhoud en motivering van de vorige beslissing”, opnieuw te gunnen aan Modero, “maar waarbij aan alle inschrijvers de volledige gemotiveerde gunningsbeslissing zal worden overgemaakt”, dus ook de eerder ontbrekende beoordeling in woorden van de offertes wat het eerste gunningscriterium betreft.

Onder “2. Analyse van de offertes” in punt 2-1 “Conformiteit” wordt vermeld dat de conformiteit van de offertes werd onderzocht en werd vastgesteld dat alle inschrijvers de in het bestek gevraagde informatie bezorgen en voor nadere evaluatie in aanmerking komen. Onder punt 2.2 “Beoordeling

gunningscriteria” wordt vermeld dat de offertes werden beoordeeld conform de gunningscriteria; onder “B. Evaluatie offertes” wordt het volgende overzicht van de toegekende punten gegeven met vermelding “(het detail van de uitgevoerde evaluatie is in bijlage van dit gunningsverslag terug te vinden)”:

“B. Evaluatie offertes ingediend voor perceel 1 (Vlaams Gewest + Nederlandstalige dossiers te Brussel)

Alle inschrijvingen voor Perceel 1 van opdracht C92/0000245659 zijn beoordeeld conform de in het bestek opgenomen gunningscriteria. Hierna een overzicht van de toegekende punten.

- Score ‘voorgestelde werkwijze, organisatie en dienstverlening’.

[...]

Uit voormeld overzicht blijkt dat de inschrijvingen van Discart-Suykens, thv Hugelbru, Michel Leroy en Venturis niet de in het bestek vermelde minimumscore van 24/40 behalen voor het onderdeel ‘voorgestelde werkwijze, organisatie en dienstverlening’, waardoor die niet verder in overweging worden genomen voor analyse van het gunningscriterium ‘prijs en het economisch rendement van het voorstel’.

- Score ‘prijs en economisch rendement van het voorstel’

Aangezien haar inschrijving als enige in aanmerking kwam voor verdere analyse van het onderdeel ‘prijs en economisch rendement van het voorstel’, behaalt Modero voor dat aspect, na toepassing van de in het bestek voorziene formule, het maximum van de punten.”

Modero verkrijgt 38 punten op 40 voor het eerste gunningscriterium en 60 punten op 60 voor het tweede.

IV. Tussenkost

4. De nv Modero Gerechtsdeurwaarders Antwerpen, de cvba Intermediance en de cvba Modero Brussel, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet hun verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5.1. De verwerende partij werpt op dat de verzoekende partij geen belang lijkt te hebben bij de vordering in de mate dat in de bestreden beslissing ook de intrekking van de gunningsbeslissing van 8 juli 2016 vervat is.

5.2. Deze exceptie wordt aanvaard; de verzoekende partij stemt er overigens ter terechtzitting mee in.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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.

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 kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert het volgende aan:

“Eerste middel, genomen uit de schending van de artikelen 509 en 519 Ger. W., uit de schending van artikel 521 Ger. W., uit de schending van de artikelen 44 §2, 47, 48 en 49 van de code van gedragsregels voor gerechtsdeurwaarders, uit de schending van artikel 1231 B.W., en uit de schending van het zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Doordat de verwerende partij in het bestek de inschrijvers verplicht, onder gunningscriterium 2, tot het opgeven van een gegarandeerd recuperatiepercentage in het kader van de minnelijke procedure, en aan dit gegarandeerd recuperatiepercentage een systeem van boetes en bonussen verbindt.

En doordat de verwerende partij het feit dat verzoekster weigerde zulk percentage op te geven duidelijk in aanmerking nam ten nadele van verzoekster bij de beoordeling van haar offerte.

Terwijl het gaat om een onwettige bepaling uit het bestek, en zulk gegarandeerd recuperatiepercentage in strijd is met de deontologie van de gerechtsdeurwaarders, en de andere in de aanhef van dit middel vermelde wetsbepalingen.”

In de toelichting benadrukt de verzoekende partij in de eerste plaats dat de inschrijvers in hun offerte een tarief dienden op te geven voor hun prestatie, dit is het percentage dat zou worden toegepast op de ingevorderde bedragen alsook een ‘gegarandeerd recuperatiepercentage’ in het kader van de minnelijke procedure. Zij dienen zich volgens de verzoekende partij aldus te engageren tot een resultaatsverbintenis, wat strijdig is met hun deontologie. Als het gewaarborgde recuperatiepercentage niet wordt behaald, wordt immers een boete opgelegd gelijk aan een aftrek met 10% van de verschuldigde lonen. Het feit dat de verzoekende partij weigerde zulk percentage op te geven en Modero blijkbaar wel bereid is om zulk onwettig percentage op te geven, speelde duidelijk in haar nadeel bij de beoordeling van de offertes, terwijl de verwerende partij met dit gegarandeerd recuperatiepercentage geen rekening had mogen houden gelet op de

onwettigheid ervan; de onwettige offerte van Modero had dienen te worden geweerd.

De verzoekende partij betoogt hierbij dat de gerechtsdeurwaarders uiteraard gebonden zijn door een deontologie, ongeacht welk soort handelingen zij verrichten – handelingen met of zonder ministerieplicht – en dat, ook wanneer een gerechtsdeurwaarder in een minnelijke fase aan invordering van schuldvorderingen doet, hij derhalve gebonden is door zijn deontologie. In het bestek wordt er trouwens expliciet op gewezen dat die deontologie voor de verwerende partij net een zeer belangrijk aspect is, ook tijdens de minnelijke fase. Uit de ingeroepen artikelen van de deontologische code leidt de verzoekende partij vervolgens af dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de gerechtsdeurwaarder te allen tijde gewaarborgd dienen te blijven. Door in het bestek voor de minnelijke invorderingsfase een gegarandeerd recuperatiepercentage te eisen, schendt het bestek volgens de verzoekende partij de onafhankelijkheid en onpartijdigheid die van gerechtsdeurwaarders te alle tijde worden verlangd. Dit alles klemmt volgens de verzoekende partij des te meer aangezien zij in haar offerte zeer duidelijk had aangegeven dat het vereisen van een gegarandeerd recuperatiepercentage strijdig is met de deontologie.

De verzoekende partij wijst hier ook naar het antwoord op een parlementaire vraag van 2 december 2013 waarbij de verwerende partij verduidelijkt dat bij de uitvoering van de lopende opdracht de bezoldiging onafhankelijk van de invorderingsresultaten gebeurt.

Door van een gerechtsdeurwaarder een gegarandeerd recuperatiepercentage, en dus een resultaatsverbintenis te eisen, wordt, volgens de verzoekende partij, het ambt van gerechtsdeurwaarder ook gecommercialiseerd, hetgeen in strijd is met het Gerechtelijk Wetboek en de meest fundamentele waarden van het beroep. Het is elke gerechtsdeurwaarder en elke kandidaat-gerechtsdeurwaarder krachtens artikel 512 van het Gerechtelijk Wetboek immers verboden om zelf of door een tussenpersoon enig ander beroep uit te oefenen, met uitzondering van onderwijs- of onderzoeksopdrachten als assistent, docent, hoogleraar of auteur. Het is elke gerechtsdeurwaarder aldus ook

verboden om op te treden als commercieel tussenpersoon op de incassomarkt, aangezien dat de uitoefening van een ander beroep betreft.

Het ereloon van de gerechtsdeurwaarder is hier volledig afhankelijk van verkregen resultaat. Dit is volgens de verzoekende partij ook in strijd met een wetsvoorstel van 11 december 2014 ‘tot wijziging van de wet van 20 december 2002 betreffende de minnelijke invordering van schulden van de consument’.

Ten slotte merkt de verzoekende partij op dat het boetesysteem in het bestek een vorm van strafbeding is, waarbij de gerechtsdeurwaarder minder loon zal worden toegekend als hij de overeenkomst niet uitvoert zoals beloofd, namelijk wanneer hij het gegarandeerd percentage niet behaalt. In dat geval is er sprake van een vermindering van 10% van de hem toekomende commissie. “Zulk systeem is [volgens de verzoekende partij] verwerpelijk, en betreft een systeem waarbij gebruik gemaakt wordt van een excessief strafbeding, wat verboden is op grond van artikel 1231 B.W.” Dit klemmt des te meer, aangezien er in het bestek daarenboven ook nog sprake is van een borgtocht van 5% van het geraamde halfjaarlijkse bedrag van de opdracht. “In combinatie met het gegarandeerd recuperatiepercentage en het boetesysteem is er sprake van een excessief strafbeding.”

Beoordeling

8. In essentie voert de verzoekende partij hier de onwettigheid aan van de besteksbepaling inzake het gegarandeerd recuperatiepercentage. De exceptie van de verwerende partij inzake het gebrek aan belang bij het middel zo het tweede middel niet ernstig wordt bevonden, moet worden verworpen omdat indien het eerste middel ernstig is, de opdracht aan geen enkele inschrijver mocht worden gegund. Het verweer dat de kritiek op het bestek laattijdig is, moet niet worden onderzocht omdat het middel om de volgende redenen, niet ernstig is.

9. In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat een gegarandeerd recuperatiepercentage strijdt met de deontologie van de gerechtsdeurwaarder overtuigt het middel niet.

Het gaat hier om de minnelijke invorderingsfase. In de mate dat de verzoekende partij de schending aanvoert van bepaalde artikelen uit de code van gedragsregels voor gerechtsdeurwaarders toont zij niet aan, ook niet ter terechtzitting na interpellatie van het lid van het Auditoraat, dat deze code bindende rechtsregels zou bevatten ten aanzien van niet-gerechtsdeurwaarders. Hoe dan ook geeft de verzoekende partij niet concreet aan dat de artikels 44, § 2, 47, 48 en 49 van die code een resultaatsverbintenis lijken te verbieden. Wel wordt in het niet uitdrukkelijk ingeroepen artikel 89 van die code bepaald dat “in het kader van zijn openbare opdrachten [...] het de gerechtsdeurwaarder verboden [is] het geheel of deel van zijn bezoldiging te verbinden met het resultaat van zijn tussenkomsten” doch met “openbare opdrachten” lijkt dat artikel te refereren aan de ministerie-taken. Dit lijkt overigens te worden bevestigd in het rondschrĳven n° 2016CIR018 van 2 maart 2016 van de Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders, die overeenkomstig artikel 555/1 van het Gerechtelijk Wetboek onder meer tot taak heeft “1° de algemene regels inzake deontologie vast te stellen” en “2° te waken over de eenvormigheid van de tucht en over de deontologie onder haar leden en over de uitvoering van de hen betreffende wetten en verordeningen” waarbij die in de minnelijke invorderingsfase het *no cure, no pay*-beginsel aanvaardt.

Hier mag er ook op worden gewezen dat het systeem van het gegarandeerd recuperatiepercentage er niet in voorziet dat de verwerende partij dergelijk percentage zelf bepaalt en oplegt, en dat de verschuldigde vergoeding niet volledig van dit percentage afhangt aangezien het niet behalen van dit percentage slechts kan leiden tot een verlies van hoogstens 10% van de commissie.

Evenzeer lijkt het in de eerste plaats aan de individuele gerechtsdeurwaarder zelf toe te komen om deontologisch te handelen en binnen die deontologie zo goed mogelijk te presteren.

Conclusie hierbij lijkt dat ook te moeten zijn dat de verzoekende partij niet aantoont dat het systeem van het gegarandeerd recuperatiepercentage op zich de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de gerechtsdeurwaarder aantast.

10. De grief van de verzoekende partij dat het in het bestek voorgestelde systeem het ambt commercialiseert in strijd met artikel 521 van het Gerechtelijk Wetboek, overtuigt evenmin. In artikel 519, § 2, van hetzelfde wetboek wordt het minnelijk innen van schuldvorderingen zelf vermeld als één van de residuaire bevoegdheden van de gerechtsdeurwaarder. De verzoekende partij maakt ook op het eerste gezicht niet duidelijk hoe het eisen van een gegarandeerd recuperatiepercentage het ambt op onrechtmatige wijze zou commercialiseren bij een minnelijke inningsprocedure waar de gerechtsdeurwaarder reeds in concurrentie is met andere beroepsgroepen.

11. In de mate dat al zou kunnen worden gelezen in het middel dat de verzoekende partij kritiek zou uiten op de besteksbepaling dat de vergoeding voor de opdracht wordt bepaald door een percentage op de ingevorderde bedragen, lijkt het rondschriven van de Nationale Kamer waarin het systeem *no cure, no pay* als toegelaten systeem verschijnt, op het eerste gezicht een afdoend antwoord te bieden.

12. Ten slotte, wat de grief van de verzoekende partij betreft inzake een excessief strafbeding, volstaat het op te merken dat, mocht de Raad van State hier al rechtsmacht hebben, de verzoekende partij haar bewering inzake het excessief zijn van de bepaling geenszins concreet onderbouwt.

13. Conclusie is dan ook dat de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aantoont dat de besteksbepaling inzake het gegarandeerd recuperatiepercentage onwettig is en de offerte van Modero om die reden buiten beschouwing had moeten blijven.

Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

14. De verzoekende partij betoogt als volgt:

“Tweede middel, genomen uit de schending van het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers, uit de schending van het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en de materiele motiveringsplicht als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, uit de schending van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, en uit de schending van het bestek nr. C92/0000245659,

Doordat de verwerende partij bij de beoordeling van de ingediende offertes alle inschrijvers op identieke wijze behandelt, en de verwerende partij geen rekening houdt met het feit dat verzoekster (en de overige inschrijvers) zich in een wezenlijk verschillende situatie bevindt dan Modero,

En doordat de verwerende partij bij de beoordeling van de offertes ten onrechte beoordelingselementen betreft die niet weergegeven stonden in het bestek,

Terwijl het gelijkheidsbeginsel zich ertegen verzet dat categorieën van personen die zich in wezenlijk verschillende situaties bevinden op identieke wijze worden behandeld zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording bestaat,

En terwijl het kennelijk onredelijk is, en niet in overeenstemming met de rechtspraak van Uw Raad, om bij de beoordeling van de offertes rekening te houden met elementen die niet op voorhand in het bestek waren meegegeven aan de inschrijvers.”

In essentie voert de verzoekende partij in de toelichting bij dit middel aan dat zij bij de beoordeling van de offertes in het licht van het eerste gunningscriterium ten onrechte op identieke wijze als de gekozen inschrijver werd behandeld alhoewel deze laatste zich als de uittredende dienstverlener van de verwerende partij in een wezenlijk verschillende situatie bevindt. De offerte van de gekozen inschrijver werd immers gunstiger beoordeeld op het vlak van het beschikken van een website voor reizigers en online tools die reeds operationeel zijn vóór de gunning van de opdracht terwijl de andere offertes waaronder deze van de verzoekende partij daarom negatiever werden beoordeeld. De verwerende partij heeft hierdoor volgens de verzoekende partij bij de vergelijking van de offertes ook beoordelingselementen betrokken die niet in het bestek werden opgenomen en zelfs in strijd zijn met de besteksbepalingen die niet vereisen dat de software en online tools reeds operationeel zijn.

Beoordeling

15. Ambtshalve moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel omdat haar offerte moet worden geweerd als onregelmatig om de hierna volgende redenen en zij met dit middel ook niet aangeeft dat de opdracht aan geen enkele inschrijver mocht worden gegund.

De verzoekende partij heeft in de eerste plaats nagelaten in haar offerte het door het bestek vereiste gegarandeerde recuperatiepercentage op te geven. Het opgeven in de offerte van dit percentage is noodzakelijk om de offerte te kunnen beoordelen voor het tweede subcriterium van het tweede gunningscriterium op 20 van de 100 punten.

Ter terechtzitting hierover bevraagd merkt de verzoekende partij op dat het ontbreken van dit percentage in de offerte hoogstens aanleiding zou kunnen geven tot een nulscore voor dit subcriterium.

De Raad van State is echter van oordeel dat het niet opgeven van dit percentage verder strekkende gevolgen heeft. Het percentage dient immers voor het toepassen van het bonus/malus systeem dat een essentieel element lijkt in de werking zelf van het beloningssysteem bij de opdracht. Door geen percentage op te geven lijkt de verzoekende partij zich te willen onttrekken aan een essentieel deel van het bestek en heeft zij, zo lijkt, dan ook een onregelmatige offerte ingediend die, zo lijkt, door de verwerende partij hoe dan ook diende te worden geweerd.

Overigens wijst de Raad ook op het feit dat de verzoekende partij bij het eerste subcriterium van het tweede gunningscriterium, namelijk het tarief van de prestatie, twee verschillende voorstellen doet en dus minstens de indruk geeft tekort te komen aan de fundamentele regel slechts één bod te mogen uitbrengen. Ter terechtzitting hiermee geconfronteerd merkt de verzoekende partij op dat het voorstel op haar inschrijvingsformulier zelf als het geldige moet worden aanzien.

De verzoekende partij vermeldt echter op haar inschrijvingsformulier als tarifieringsvoorstel: “0% hoofdsom + 100% schadebeding en intrest”.

Hierbij merkt de Raad op dat deze formulering waarbij het hoogst onduidelijk is wat de reële waarde is van het schadebeding en de intresten daar deze in elke concrete zaak eigen zijn, de vergelijkbaarheid tussen de offertes bemoeilijkt, zo niet onmogelijk maakt. De verzoekende partij hierover bevraagd ter terechtzitting, geeft hier geen afdoend antwoord op. In die omstandigheden, zelfs al zou mogen worden aangenomen dat de formule uit het inschrijvingsformulier het bindend voorstel van de verzoekende partij uitmaakt, stelt de Raad vast dat ook voor dit subcriterium van 40 op de 100 punten, de offerte van de verzoekende partij in wezen als onvergelijkbaar verschijnt.

Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

16. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen en de kosten, inbegrepen de rechtsplegingsvergoeding, worden ten laste van de verzoekende partij gelegd.

BESLISSING

1. De verzoeken van de nv Modero Gerechtsdeurwaarders Antwerpen, de cvba Intermediance en de cvba Modero Brussel, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, tot tussenkomst worden 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 tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 450 euro, elk voor een derde.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 november 2016, 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