

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 237.578 van 7 maart 2017
in de zaak A. 217.225/XII-7946**

In zake: de NV DECANOVA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kristof Benijts
kantoor houdend te 2200 Herentals
Lierseweg 271-273
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de Vice-
Eerste Minister en Minister van Werk, Economie en
Consumenten, belast met buitenlandse Handel
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carmenta Decordier
kantoor houdend te 9041 Gent-Oostakker
Harlekijnstraat 9
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 7 oktober 2015, strekt tot de nietigverklaring van de “beslissing [van 17 september 2015] [in verband met] onderhandelingsprocedure met bekendmaking [...] voor de aankoop en levering van metalen kruiken voor het fonds voor de analyse van aardolieproducten (FOD Economie, Vooruitgangstraat 50, 1210 Brussel)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 234.192 van 22 maart 2016 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen,

wegens het verzuim om de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid te gebruiken.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Thomas Maes heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 januari 2017.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bob Martens, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Carmenta Decordier, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 uit voor leveringen. Het voorwerp betreft een “contract voor de aankoop & de levering van metalen bidons voor het transport van te analyseren stalen aardolieproducten t.b.v. Fapetro (E2)”.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 210.000 euro, btw inbegrepen, over de twee jaar van het contract.

3.2. Er wordt in oktober 2014 een eerste gunningsprocedure opgestart met toepassing van een open offerteaanvraag. Op deze offerteaanvraag worden enkel onregelmatige offertes ingediend. De verwerende partij beslist vervolgens op 17 december 2014 om de gunning van de opdracht te herbeginnen met toepassing van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking op grond van artikel 26, § 2, 1°, a), van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’.

3.3. De onderhandelingsprocedure wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 december 2014.

3.4. Drie ondernemingen stellen zich kandidaat om een offerte in te dienen, namelijk Solipak SBSAL sàrl, vennootschap naar Luxemburgs recht, de nv Decanova en de nv Crown Speciality Packaging Belgium.

3.5. Op 25 februari 2015 beslist de verwerende partij om de drie kandidaten te selecteren en uit te nodigen een offerte in te dienen.

3.6. In het bijzonder bestek dat van toepassing is op de opdracht, wordt het voorwerp van de opdracht omschreven als volgt:

“De onderhavige opdracht is een opdracht van leveringen en betreft de aankoop en de levering van metalen kruiken met afsluitdop met een

inhoud van minstens 4000 ml voor de opslag en het vervoer van stalen van aardolieproducten en van pure of gemengde biobrandstoffen. De kruiken moeten bedrukt zijn met een vierkant logo ‘ontvlambaar product nr. 3’ (GHS – Globally Harmonised Systems).”

De opdracht wordt gegund voor een duur van twee jaar. In het bestek worden de gunningscriteria waaraan de offertes zullen worden getoetst, vermeld als volgt:

“13.4.1. Lijst van de gunningscriteria

De gunningscriteria in dalende volgorde van belangrijkheid, zijn de volgende:

1. Prijs (50%)
2. Leveringstermijn (30%)
3. Technische kwaliteit & gebruiksgemak (bij stapeling, manipulatie, ...) (20%).”

3.7. Op 20 maart 2015 worden de offertes geopend. Alle drie geselecteerde kandidaten dienen een offerte in.

3.8. Op 10 juni 2015 wordt een eerste gunningsverslag opgesteld. De offerte van de nv Crown Speciality Packaging Belgium blijkt niet geldig elektronisch te zijn ondertekend en wordt als onregelmatig geweerd. De offertes van de twee overblijvende inschrijvers worden wel regelmatig bevonden. Vervolgens wordt een “voorstel tot toewijzing” geformuleerd:

“Inzake technische specificaties van de kruik en van de dop, onderscheiden beide ondernemingen zich niet van elkaar. Met het oog op het nader bepalen van enerzijds de leveringstermijn, die initieel zeer verschillend was (35 vs 155 dagen) en anderzijds de manier van werken voor wat betreft stockage en leveringsmethode, werden onderhandelingen georganiseerd, die uitmondde in een bafo vanwege beide inschrijvers. Hierin werd de leveringstermijn verijnd (24 vs 40) en financieel behield SBSAL sàrl zijn prijs, terwijl Decanova zijn prijs verminderde met 0,08 €. Qua leveringstermijn wisten beide inschrijvers een inspanning te doen, dermate dat ze een termijn voorstelden die onze verwachtingen overstijgt. Bijgevolg was doorslaggevend bij de evaluatie ook de prijs: voor wat dit betreft is SBSAL sàrl goedkoper (verschil – 0,03 €).”

3.9. De Inspectie van Financiën geeft op 16 juni 2015 een negatief advies:

“De administratie geeft gelijke punten voor een leveringstermijn die bijna factor 2 uit elkaar ligt en motiveert dit door te wijzen op iets dat dient geweten te zijn. Gelieve het evaluatierapport te baseren op de offertes of bijkomende informatie in te winnen die toelaat de gunningsbeslissing met kennis van zaken te nemen (i.c. de offerte al dan niet als correct te kwalificeren).”

3.10. Op 7 september 2015 richt de verwerende partij een nota aan de Inspectie van Financiën:

“In antwoord op de opmerking van Inspectie van Financiën [...] dient de quotatie betreffende de leveringstermijn genuanceerder te worden geëvalueerd dan louter de leveringstermijn van een bepaalde hoeveelheid kruiken in kalenderdagen. Het stockbeheer bij de leverancier (aanhouden van bufferstock) heeft immers een zeer belangrijke invloed op de leveringstermijn in functie van het aantal te leveren kruiken. Punt 16.1.1 van het bestek verwijst naar het gunningscriterium ‘leveringstermijn’ en licht in dit verband de leveringsmodaliteiten toe.

Bij de opmaak van het bestek is er dus geopteerd om de leveringstermijn niet te benaderen op een louter wiskundige manier waarbij de inschrijvers met langere leveringstermijnen proportioneel minder punten krijgen t.o.v. de leverancier met de kortste leveringstermijn, omdat uit identieke opdrachten in het verleden gebleken is dat een gebrekkig sto[c]kbeheer leidt tot gedeeltelijke leveringen, foute leveringen, uitblijven van naleveringen, ...

Daarom is bij de evaluatie van het criterium ‘leveringstermijn’ niet enkel gekeken naar het aantal dagen voor levering dat de inschrijvers voorstelden, maar ook naar hun stockbeheer én de leveringstermijn in functie van de te bestellen hoeveelheden. Deze elementen samen bepaalden de score die uiteindelijk werd toegekend.

Dit principe toegepast op de offertes:

SBSAL Solipak stelt dat ze voor de eerste levering 40 kdagen nodig hebben. Eénmaal hun stock aangelegd (die het equivalent is van onze gevraagde maximum leveringshoeveelheid) bedraagt de leveringstermijn 3 kdagen. Dit impliceert dat iedere door ons, conform het bestek, mogelijk gevraagde bestelhoeveelheid, kan worden geleverd binnen de 3 kdagen.

Decanova stelt weliswaar dat het de eerste levering kan realiseren binnen de 24 kdagen, maar legt daarentegen slecht[s] een stock aan van ongeveer 5.000 kruiken. De bufferstock is dus minder dan de in het bestek opgegeven maximale bestelling, wat maakt dat bij maximale bestelling, een deel hiervan geleverd zal kunnen worden in gemiddeld

3 kalenderdagen, doch het resterend aantal kruiken in 24 kalenderdagen. Dergelijke leveringsmodaliteiten houden een risico in op onderbrekingen bij de ophaling van de aardoliestalen door FAPETRO.

Bij SBSAL Solipak, in geval van maximale bestelling, kan de levering in 1 keer gebeuren in max. 3 dagen.

Bovenstaande motivatie werd in de aangepaste gemotiveerde gunningsbeslissing verwerkt, waarbij moet worden besloten dat (1) beide offertes voldoen aan de minimum eisen, maar dat (2) de leveringsmodaliteiten van SBSAL Solipak een betere garantie bieden met het oog op een continue werking van FAPETRO ten opzichte van Decanova en de inschrijvers daarom een score verdienen van 4/5 voor SBSAL Solipak en 3,5/5 voor Decanova.”

3.11. Op 14 september 2015 geeft de Inspectie van Financiën vervolgens een gunstig advies, gelet op de bijkomende verantwoording.

3.12. Op 17 september 2015 neemt de verwerende partij de thans bestreden beslissing om de opdracht te gunnen aan Solipak SBSAL sàrl. Deze beslissing is onder meer als volgt gemotiveerd:

“Criterium 1 : Prijs (50%)

FIRMA	EENHEIDSPRIJS	TOTALE PRIJS INCL. BTW	TOTALE PRIJS CONTRACT (2j) INCL. BTW*	SCORE/50
DECANOVA	2,16 €	2,61 €	182.700,00 €	49
SBSAL SARL	2,13 €	2,58 €	182.700,00 €	50

Op basis van de formule vermeld in het bestek, behaalt SBSAL SARL een score van 50/50, vermits van de beide firma's, dit voorstel het goedkoopste is. Decanova behaalt 49/50. Het prijsverschil voor 1 kruik bedraagt 0,03 EUR.

Criterium 2 : Leveringstermijn (30%)

FIRMA	SCORE /5	SCORE /30
DECANOVA	3,5	21
SBSAL SARL	4	24

Met het oog op de evaluatie van de leveringsmodaliteiten zoals beschreven in 16.1.1 van het bestek en die leveringstermijnen garant moeten staan voor de continuïteit van het dagelijks afhalen van aardoliestalen werden tijdens de onderhandelingen de inschrijvers

verzocht drie termijnen op te geven in kalenderdagen: (1) de termijn voor een eerste maximale levering (35 paletten) bij aanvang contract, (2) de termijn voor leveringen zoals beschreven in punt 16.1.1 van het bestek en (3) de termijn voor een extra levering die het jaarlijks maximaal aantal overstijgt.

Dit was hun antwoord:

FIRMA	1 ^e levering	Stock	extra
DECANOVA	24 kd	3 kd	24 kd
SBSAL SARL	40 kd	3 kd	40 kd

SBSal Solipak stelt dat ze voor de eerste levering 40 kdagen nodig hebben. Eénmaal hun stock aangelegd (die het equivalent is van de in het bestek voorziene maximum leveringshoeveelheid) bedraagt de leverings-termijn 3 kdagen. Dit impliceert dat iedere variëteit bestelhoeveelheid zoals voorzien in het bestek kan worden geleverd binnen de 3 kdagen.

Decanova stelt weliswaar dat het de eerste levering kan realiseren binnen de 24 kdagen, maar legt daarentegen slechts een stock aan van ongeveer 5.000 kruiken. De bufferstock is dus minder dan de in het bestek opgegeven maximale bestelling, wat maakt dat bij maximale bestelling, een deel hiervan geleverd zal kunnen worden in gemiddeld 3 kalenderdagen, doch het resterend aantal kruiken in 24 kalenderdagen. Dergelijke leveringsmodaliteiten houden een risico in op onderbrekingen bij de dagelijkse ophaling van de aardoliestalen door Fapetro.

Bij SBSal Solipak, in geval van maximale bestelling, kan de levering in 1 keer gebeuren in max. 3 dagen.

Beide offertes voldoen aan de minimum eisen, maar de leveringsmodaliteiten van SBSal Solipak bieden een betere garantie met het oog op een continue werking van FAPETRO ten opzichte van Decanova. Daarom verdient SBSal Solipak een beoordeling van 4/5, zijnde 24 punten en Decanova een beoordeling van 3,5/5, zijnde 21 punten.

Criterium 3 : Technische kwaliteit & gebruiksgemak (20%)

De kruiken en de afsluitdop, voorgesteld door beide firma's, zijn quasi identiek, en beantwoorden aan de technische minimale eisen, bepaald in het bijzonder bestek. Bijgevolg behalen beiden een score van 3/5, hetzij 12/20.

Eindscore

Alle scores opgeteld geeft als eindresultaat :

FIRMA	SCORE /100
DECANOVA	82
SBSAL SARL	86

Uit de vergelijking is gebleken dat de offerte van SBSAL SARL de hoogste eindquotatie heeft behaald”.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. De verwerende partij betwist in haar memorie van antwoord de ontvankelijkheid van het beroep om twee redenen. In de eerste plaats voert zij aan dat het verzoekschrift de naam en het adres van de verwerende partij niet vermeldt zoals nochtans vereist is door het artikel 2, § 1, 4°, van het algemeen procedurereglement. Ten tweede bevat het verzoekschrift volgens de verzoekende partij geen uiteenzetting van de middelen, zoals vereist door artikel 2, § 1, 3°, van het algemeen procedurereglement, maar enkel een feitelijke uiteenzetting over de zaak; de verzoekende partij ontwikkelt in haar verzoek tot voortzetting voor de eerste maal een middel en dat kan het gebrek van het verzoekschrift niet regulariseren.

Beoordeling

4.2.1. Te dezen is het aanwijzen van de verwerende partij geheel probleemloos verlopen, wat overigens niet door de verwerende partij wordt betwist. De verwerende partij doet evenmin gelden dat zij geen uitstaans zou hebben met de bestreden beslissing, wel integendeel.

De exceptie wordt verworpen.

4.2.2. Het verzoekschrift bevat wel degelijk een kritiek op de bestreden beslissing, die verder gaat dan een louter feitelijke kritiek of een loutere opportunitetskritiek. De verzoekende partij doet in het verzoekschrift in essentie gelden dat zij het niet eens is met de toetsing van de offertes aan de hand van het tweede gunningscriterium ‘leveringstermijn’ en zet ook uiteen waarom. In de mate dat de verzoekende partij in haar verzoek tot voortzetting haar initieel aangebracht middel essentieel zou wijzigen of aanvullen, betreft dit niet de ontvankelijkheid van het beroep doch de ontvankelijkheid van het middel.

De uiteenzetting in het verzoekschrift wordt door de verwerende partij zelf als een enig middel behandeld en zij heeft in haar memorie van antwoord overheen zes bladzijden een uitgebreid verweer gevoerd.

De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de partijen

5.1. De verzoekende partij doet in het verzoekschrift het volgende gelden:

“In de beslissing wordt het criterium levertermijn als tweede criterium voor een waarde van 30% gewaardeerd.

In de motivatie van de beslissing wordt er ten onrechte door de aanbestedende overheid in haar motivatie gesteld dat alhoewel Decanova een merkelijk betere levertermijn aanbiedt dan de tweede aanbiedende partij, de levertermijn toch minderwaardig is dan de andere aanbieder nl. SBSAL sàrl.

Dit is volstrekt onjuist. In het bestek voor deze aanbesteding werden er 3 verschillende levertermijnen gevraagd, nl.

- A. De levertermijn in kalenderdagen voor de eerste levering
- B. De levertermijn in kalenderdagen voor een vervolglevering
- C. De levertermijn in kalenderdagen voor een maximale vervolglevering

Op deze termijnen antwoordde Decanova respectievelijk A. 24, B. 2 à 4, C. 24, waarbij de andere aanbieder SBSAL sàrl respectievelijk A. 40, B. 3, C. 40.

Op basis van deze objectieve resultaten verdient Decanova een score van minstens 24/30 waarbij SBSAL sàrl maxim[a]l 21/30 zou scoren.

Met deze resultaten behaalt over gans de aanbesteding Decanova de hoogste score en dient de gunning aan Decanova toegewezen te worden.

Echter de motivatie die [de verwerende partij] aan de interpretatie van de opgegeven levertermijnen geeft, tart alle verbeelding. Er wordt gesteld dat

Decanova aangegeven heeft dat Decanova slechts een bufferstock aanlegt van ±5000 kruiken.

Dit is pertinent onwaar.

Hieronder vindt u de tekst die wij in de aanbesteding hebben aangeleverd:

‘LEVERTERMIJN:

Aangezien het gaat om een bedrukte bidon, dient er voorafgaand aan de eerste productie een drukproef aangemaakt te worden van de bedrukking. Deze drukproef wordt ter goedkeuring voorgelegd aan de door de FOD Economie aan te duiden bevoegde persoon.

Na de definitieve order en goedkeuring drukproef van het te drukken logo, kunnen wij een eerste deellevering uitvoeren na 24 kalenderdagen.

Na de eerste deellevering is steeds een veiligheidsvoorraad beschikbaar in onze magazijnen in Herentals, zodat wij afroepbestellingen kunnen uitvoeren binnen 2 kalenderdagen, in geval van bestelling op een donderdag of vrijdag, binnen 4 kalenderdagen.

De opvolging van de voorraad en openstaande aantallen op de lopende orders zullen wij opvolgen en rapporteren aan [de verwerende partij] zodat er in principe geen ‘out of stock’ situaties kunnen voorvallen en er tijdig een nieuwe bestelbon kan aangevraagd worden.

In geval van de nood aan een extra levering zal er kunnen geput worden uit de voorraad die wij nog in onze magazijnen in Herentals beschikbaar hebben. Indien deze voorraad voldoende is om aan de extra levering te voldoen, kan deze ook binnen maximum 2 kalenderdagen (of in geval van bestelling op donderdag of vrijdag 4 kalenderdagen) geleverd worden. Indien de voorraad in onze magazijnen niet voldoende is, wordt eerst de aanwezige voorraad geleverd binnen de 2 kalenderdagen (of in geval van bestelling op donderdag of vrijdag 4 kalenderdagen), en het saldo kan geleverd worden binnen de 24 kalenderdagen.

Wij beschikken over een modern magazijn dat BRC/HACCP gecontroleerd is, met een capaciteit van meer dan 10.000 pallets.

Wij beschikken over een eigen wagenpark, met onder andere 2 vrachtwagens om in eigen beheer de leveringen te kunnen uitvoeren indien noodzakelijk. Beide vrachtwagens zijn uitgerust

met een laadklep om ter plaatse te kunnen lossen in geval er geen heftruck beschikbaar is.

Samenvatting:

- Eerste levering na goedkeuring drukproef: 24 kalenderdagen.
- Normale opvolgleveringen: 2 kalenderdagen (of 4 dagen ingeval van bestelling op donderdag of vrijdag)
- Extra leveringen: Beschikbare voorraad 2 kalenderdagen (of 4 dagen in geval van bestelling op donderdag of vrijdag) en het saldo na 24 kalenderdagen na de bestelling.

De levertermijn is zoals gevraagd uitgedrukt in kalenderdagen, niet in werkdagen.'

Er wordt dus nergens gesteld door Decanova dat zij slechts een gedeeltelijke stock van ±5000 kruiken aanleggen.

Het is duidelijk dat de levertermijn die door Decanova aangegeven wordt, merkkelijk beter is dan deze aangegeven door SBSAL sàrl en dat de verdere interpretatie die door [de verwerende partij] aan deze levertermijn gegeven wordt, volstrekt onjuist is.

Op het punt van levertermijn scoort Decanova nv veel beter dan de andere aanbieder, zelfs in die mate dat het totaal aantal punten van Decanova nv hoger ligt dan SBSAL sàrl, en de gunning dient toegewezen te worden aan Decanova nv in plaats van aan SBSAL sàrl.

Om deze reden, vorderen wij de schorsing en de vernietiging van de beslissing om de gunning in dit dossier toe te wijzen aan SBSAL sàrl.

Bij een correcte objectieve beoordeling van het criterium levertermijn dient de gunning toegewezen te worden aan Decanova nv."

5.2. In haar verzoek tot voortzetting van de rechtspleging na de schorsingsprocedure herneemt de verzoekende partij het enig middel, ditmaal met de hulp van een raadsman. Zij doet nu gelden dat de bestreden beslissing "artikel 26 § 3 van de Overheidsopdrachtenwet, [...] artikel 107 van het KB Plaatsing, [...] de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 over de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, [...] het beginsel 'Patere legem quem ipse fecisti', [...] het gelijkheidsbeginsel, [...] het redelijkheidsbeginsel en [...] het zorgvuldigheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur" zou schenden. Vervolgens licht zij deze schendingen nader toe.

5.3. In haar memorie van antwoord betwist de verwerende partij in de eerste plaats de ontvankelijkheid van het enig middel door de *exceptio obscuri libelli* op te werpen.

Wat de grond van het enig middel betreft, repliceert de verwerende partij op het middel zoals geherformuleerd in het verzoek tot voortzetting.

Wat de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ betreft, doet zij in essentie gelden dat het normdoel van de formele-motiveringsplicht te dezen werd bereikt.

Wat, zoals de verwerende partij het zelf noemt, “de concrete kritiek van de verzoekende partij” betreft, doet zij in essentie gelden dat de verzoekende partij zelf heeft nagelaten om toelichting te verschaffen over het aantal kruiken die op stock worden gehouden terwijl de gekozen inschrijver dit wel heeft gedaan. De verzoekende partij staart zich blind op de leveringstermijn zelf; uit de bijkomende toelichting aan de Inspectie van Financiën in de nota van 7 september 2015 blijkt echter afdoende waarom de kortere leveringstermijn niet determinerend was. De verwerende partij erkent dat de door de verzoekende partij aangehouden stock nergens uit de door deze inschrijver ingediende stukken blijkt, maar dit is volgens haar wel aan bod gekomen tijdens de gevoerde onderhandelingen. Het feit dat in het bestek niet wordt gesteld dat de aangehouden stock van belang is bij de beoordeling van de leveringstermijn doet geen afbreuk aan het feit dat het niet onredelijk is om met dit element rekening te houden. Het feit dat de gekozen inschrijver dit element in zijn kandidatuurstelling heeft vermeld, toont aan dat het niet ongewoon is om daarmee rekening te houden. De gunningsbeslissing is voorts niet enkel gestoeld op de ingediende offertes, zoals de verzoekende partij doet gelden, maar ook op de onderhandelingen die werden gevoerd met de inschrijvers. Het element inzake de door de verzoekende partij aangehouden stock is volgens de memorie van antwoord “kennelijk in het kader van latere onderhandelingen nog aan bod

gekomen, waarbij aan [de verwerende partij] werd gemeld dat een stock van ongeveer 5.000 exemplaren werd aangehouden”. Uit de nota aan de Inspectie van Financiën van 7 september 2015 blijkt ontegensprekelijk dat het criterium van de aangehouden stock aan bod is gekomen ter gelegenheid van de mondelinge onderhandelingen.

Voorts betwist de verwerende partij nog dat het gelijkheidsbeginsel en het beginsel *patere legem* zouden zijn miskend.

De verwerende partij besluit dat de verzoekende partij er niet in slaagt om aannemelijk te maken dat bij het nemen van de bestreden beslissing geen correcte en objectieve beoordeling van het gunningscriterium leverings-termijn zou zijn gebeurd.

5.4. In haar memorie van wederantwoord betwist de verzoekende partij in de eerste plaats de *exceptio obscuri libelli*.

Wat haar kritiek op de bestreden beslissing betreft, benadrukt de verzoekende partij dat het haar een raadsel is waarop de verwerende partij zich in de bestreden beslissing steunt om te stellen dat zij een stock van slechts 5.000 kruiken zou aanhouden. Bovendien is in het bestek niets bepaald over minimaal aan te houden stocks. De verwerende partij geeft dat toe in de memorie van antwoord, maar stelt dat dit tijdens de onderhandelingsprocedure aan de verzoekende partij zou zijn [“opgelegd”]. De verzoekende partij ontkent deze bewering formeel. Volgens haar werd op geen enkel moment tijdens de onderhandelingen over minimale stocks gesproken. De verwerende partij kan deze bewering volgens de verzoekende partij met geen enkel stuk bewijzen. In de praktijk krijgen onderhandelingen nagenoeg altijd een schriftelijke neerslag; het is dan ook frappant dat de verwerende partij geen enkel stuk bijbrengt dat haar bewering aannemelijk maakt. De nota van 7 september 2015 aan de Inspectie van Financiën is enkel voor intern gebruik door het bestuur bestemd en toont op geen enkele manier aan dat de verwerende partij tijdens de onderhandelingen het

gunningscriterium zou hebben uitgebreid met het vereiste van een minimale stock. Bij de beoordeling van de offertes mogen geen elementen worden betrokken die niet vooraf aan de inschrijvers bekend zijn. De quoterings voor het tweede gunningscriterium is niet gesteund op een redelijke toepassing van dit gunningscriterium. De lagere quoterings van de verzoekende partij berust op een ondeugdelijk, niet op feiten berustend motief.

Ten slotte doet de verzoekende partij nog gelden dat de formelemotiveringsplicht wel degelijk is geschonden.

5.5. In haar laatste memorie beklemtoont de verwerende partij, na een voor haar negatief auditoraatsverslag, dat de verzoekende partij het vereiste belang ontbreekt bij de aangevoerde schending van de formelemotiveringsplicht.

Voorts merkt zij op dat de verzoekende partij heeft nagelaten in haar offerte bij de aanvang van de onderhandelingsprocedure gegevens te vermelden van haar stockbeheer en dit in tegenstelling tot de gekozen inschrijver die in het kader van het gunningscriterium leveringstermijn een stock van “minimaal nagenoeg 10.000 kruiken” stelde aan te houden.

De verwerende partij merkt ook op dat bij de beoordeling van dit gunningscriterium terecht het stockbeheer is betrokken en zij verwijst hierbij naar de toelichting van de stafdienst Budget en Beheerscontrole waarin wordt vermeld dat “uit identieke opdrachten in het verleden is gebleken dat een gebrekkig sto[c]kbeheer leidt tot gedeeltelijke leveringen, foute leveringen, uitblijven van naleveringen,...”.

Zij gaat voorts niet akkoord met de vaststelling in het auditoraatsverslag dat zij, door de offertes af te toetsen aan het stockbeheer, de bepalingen van het bestek heeft toegepast op een manier die kennelijk niet voorzienbaar was voor de inschrijvers. Zij wijst erop dat de verzoekende partij zelf bij haar allereerste offerte bij het gunningscriterium melding heeft gemaakt

van een veiligheidsvoorraad. Ook bij haar volgende offerte was dit het geval. De verwerende partij laat gelden dat het voorraadvereiste voor een professionele leverancier van bidons allerm minst kennelijk onredelijk of onvoorzienbaar was.

Overigens, zo stelt de verwerende partij, het hoofdbezwaar van de verzoekende partij, zoals dat blijkt uit het verzoekschrift, dat de bestreden beslissing steunt op foutieve informatie over de door haar aangehouden stock. Weliswaar blijkt de door de verzoekende partij aangehouden stock van 5.000 bidons nergens uit de geschreven stukken maar dit is wel aan bod gekomen tijdens de onderhandelingen, zoals blijkt uit een document van de voormelde stafdienst. Rekening houdend met het feit dat de stock directe gevolgen heeft voor het verzekeren van de leveringen, mocht de verwerende partij dit in haar beoordeling betrekken. Dat de verzoekende partij tijdens de onderhandelingen haar voorraad op 5.000 bidons vaststelde, blijkt uit de *in tempore non suspecto* opgestelde nota van 7 september 2015 van de verwerende partij gericht aan de Inspectie van Financiën.

5.6. In haar laatste memorie beklemtoont de verzoekende partij onder meer dat het element van de minimale stock niet inherent is aan het gunningscriterium leveringstermijn; het gunningscriterium bepaalt enkel dat de inschrijver de leveringstermijn van 10.000 bidons moet opgeven; over de manier waarop de inschrijvers aan dit criterium moeten voldoen, is niets bepaald.

Voorts ontkent zij opnieuw dat er tijdens de onderhandelingen sprake was van een voorraad.

Beoordeling

6. Zoals reeds opgemerkt, wordt er enkel rekening gehouden met de grieven die werden aangebracht in het inleidend verzoekschrift. De in andere procedurestukken bijgebrachte grieven konden in het inleidend verzoekschrift worden opgenomen en zijn dienvolgens niet tijdig in het debat gebracht.

De verzoekende partij voert in essentie in haar inleidend verzoekschrift aan dat de verwerende partij in de gunningsbeslissing ten onrechte stelt dat de offerte van de gekozen inschrijver beter scoort op het gunningscriterium leveringstermijn dan die van de verzoekende partij. De verwerende partij zou ten onrechte in aanmerking nemen dat de verzoekende partij slechts een stock van 5000 kruiken zou aanhouden wat evenwel niet in haar offerte is vermeld. Voorts stelt zij dat de verwerende partij een “verdere” interpretatie aan de leveringstermijn geeft, die onjuist is.

7. De verzoekende partij heeft belang bij haar grief. Bij een eventueel gegrond bevinden, leidt dit tot de vaststelling dat een nieuwe evaluatie van de offertes een score kan opleveren die de eindscore beslissend in het voordeel van de verzoekende partij kan bepalen.

8. In het bestek wordt over het gunningscriterium ‘leveringstermijn’ en zijn beoordeling ervan het volgende vermeld:

“13.4.1. Lijst van de gunningscriteria

De gunningscriteria in dalende volgorde van belangrijkheid, zijn de volgende:

[...]

2. Leveringstermijn (30%)

[...]

13.4.2. Eindquotatie

De quotaties voor de gunningscriteria zullen worden opgeteld. De opdracht zal worden gegund aan de inschrijver met de hoogste eindquotatie [...].

De evaluatie van de gunningscriteria gebeurt als volgt:

[...]

andere gunningscriteria zullen worden geëvalueerd op basis van:

1: aanvaardbaar met belangrijke beperkingen, maar onvoldoende voor uitsluiting

2: aanvaardbaar met mindere beperkingen

3: goede standaard

- 4: hoge standaard met toegevoegde waarde
- 5: zeer hoge standaard met buitengewone kwaliteit

Quoteringen in halven van een punt (bv. 3,5) zijn mogelijk.

De bekomen score zal worden omgezet in punten volgens de wegingscoëfficiënt van ieder criterium volgens volgende formule:

$$P = G \times (Seval / Smax) \\ [...]"$$

Daarnaast bepaalt het bestek nog het volgende over de leveringstermijn:

“16. Uitvoering van de opdracht

16.1. Termijnen en clausules

16.1.1. Termijnen

De inschrijver vermeldt in zijn offerte de leveringstermijn (in kalenderdagen) dat hij voorziet voor een bestelling van minstens 10.000 kruiken.

Aangezien de leveringstermijn een gunningscriterium is, zal het niet vermelden van deze termijn de substantiële onregelmatigheid van de offerte tot gevolg hebben.

Alle dagen zonder onderscheid worden in de termijn gerekend (kalenderdagen) en de termijn begint te lopen vanaf de dag die volgt op de dag waarop de bestelbon wordt ontvangen.

Deze overeenkomst wordt afgesloten voor een periode van 2 jaar. Telkens een behoefte zich voordoet zal er een specifieke bestelbon worden gestuurd met vermelding van het aantal gewenste kruiken. Dit aantal kan variëren in functie van de behoefte en de beschikbare stockeerruimte die plaats biedt voor maximum 35 paletten of +/- 10.000 kruiken.

Ter indicatie – zonder dat de aanbestedende overheid hiertoe is gebonden weliswaar – wordt meegegeven dat de jaarlijkse afname +/- 35.000 kruiken bedraagt.

Het aantal te bestellen kruiken zal steeds een veelvoud zijn van de maximum capaciteit van één Euro-pallet met een minimum van 5 paletten (+/- 2.000 kruiken) en een maximum van 35 paletten (+/- 10.000 kruiken) per individuele bestelling.

Voor de berekening van de aantallen ging de aanbestedende overheid uit van 285 kruiken per europallet.”

9. Wat de gegrondheid van het middel betreft, kan in de eerste plaats worden vastgesteld dat uit de bestreden beslissing blijkt dat de punten-toekenning voor het tweede gunningscriterium ‘leveringstermijn’ door de verwerende partij wordt gesteund op twee elementen, namelijk, enerzijds, de door de inschrijvers voorgestelde leveringstermijnen, en, anderzijds, het stockbeheer van de inschrijver, in essentie hoeveel kruiken hij in stock houdt voor onmiddellijke levering.

Aan dit laatste element hecht de verwerende partij een decisief belang. Wanneer blijkt uit het eerste gunningsverslag van 10 juni 2015 en het negatief advies van de Inspectie van Financiën van 16 juni 2015 dat de offertes van de verzoekende partij en van de gekozen inschrijver voor dit gunningscriterium een gelijke score kregen, wordt in de nota van 7 september 2015 van de verwerende partij aan voormelde Inspectie voor het eerst de stockvoorraad als onderscheidend element in het debat gebracht en gebruikt om “genuanceerder” te evalueren, namelijk een verschillende score voor het kwestieus criterium te geven.

Los van de vraag naar de al dan niet onontkoombare relevantie van het stock-element in de beoordeling van de leveringstermijn – naast een stockvoorraad zijn immers andere wijzen van leveringsgarantie denkbaar zoals het beroep doen op andere ondernemingen – moet worden vastgesteld dat dit element in de gunningsprocedure is geslopen terwijl het, wanneer er zo’n wezenlijk belang aan wordt gehecht om offertes te onderscheiden, aangewezen was het in het bestek zelf op te nemen als beoordelingselement bij het kwestieus gunningscriterium, wat hier niet het geval is en de verwerende partij ook met zoveel woorden erkent. In die omstandigheden heeft de verwerende partij een element aan het bestek, wat dit gunningscriterium betreft, toegevoegd. Dat dit element voorzienbaar was, blijkt helemaal niet uit de feiten; de verwerende partij

heeft het immers pas te berde gebracht om haar initiële puntentoekenning voor dit criterium te wijzigen.

10. Voorts betoogt de verwerende partij in haar memorie van antwoord dat de relevantie van het stockbeheer als factor in de beoordeling ter kennis werd gebracht van de inschrijvers tijdens de onderhandelingen.

Deze stelling vindt echter geenszins afdoende steun in het administratief dossier. De verwerende partij legt geen briefwisseling voor met de inschrijvers, noch enig ander stuk waaruit met zekerheid blijkt dat de verzoekende partij aan haar zou hebben bevestigd met een stock van 5.000 kruiken te zullen werken. De verzoekende partij ontkent dit laatste overigens expliciet en meermaals. De verwijzing naar de voornoemde nota aan de Inspectie van Financiën van 7 september 2015 is in dit verband niet dienstig: het gaat immers om een door de verwerende partij zelf opgesteld stuk, gericht aan een andere overheid, dat aldus niet de neerslag kan vormen van de wilsuiting van de betrokken inschrijver zelf. Overigens, zoals opgemerkt, is de “stock-kwestie” als onderscheidend element bij de beoordeling pas opgedoken na de onderhandelingen.

Voorts dienen onderhandelingen met inschrijvers in beginsel steeds een schriftelijke neerslag te kennen, zeker wat een dergelijk onderscheidend element betreft.

11. Het middel is in de aangegeven mate gerond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 17 september 2015 waarbij de Belgische Staat de overheidsopdracht voor leveringen van metalen bidons voor het transport van te analyseren stalen aardolieproducten ten behoeve van Fapetro (E2) gunt aan Solipak SBSAL sàrl, vennootschap naar Luxemburgs recht.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 400 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 7 maart 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest