

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 238.743 van 30 juni 2017
in de zaak A. 222.394/XII-8389**

In zake: de NV PELICAN ROUGE COFFEE SOLUTIONS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Butenaerts
kantoor houdend te 1080 Brussel
Leopold II laan 180
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 juni 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van [de stad Gent] van 18 mei 2017 [...] genomen in het kader van de overheidsopdracht ‘houdende sluiting van een raamovereenkomst voor de levering, plaatsing, indienststelling en onderhoud van toestellen met warme dranken, inclusief aankoop basisproducten, via huurformule in full-service voor 4 jaar’ en waarbij beslist werd om:

- het gunningsverslag d.d. 10 mei 2017 goed te keuren;
- de offerte van verzoekende partij onregelmatig te verklaren en te weren;
- de opdracht te gunnen aan de nv Oké Koffie”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 juni 2017, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Valéry Schalenbourg, die *loco* advocaat Stijn Butenaerts verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat John Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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 met als voorwerp “Raamovereenkomst voor de levering, plaatsing, indienststelling en onderhoud van toestellen met warme dranken, inclusief aankoop basisproducten, via huurformule in full-service voor 4 jaar”.

3.2. De opdracht is bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 28 november 2016 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 2 december 2016.

3.3. De opdracht wordt geplaatst met een open offerteaanvraag.

3.4. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. SLS/2016/007/2634.

3.5. Het bestek bepaalt dat de volgende criteria van toepassing zijn bij de gunning van de opdracht:

“

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Prijs	65
	<i>Regel van drie; Score offerte = (prijs laagste offerte/prijs offerte)*gewicht van het criterium prijs</i>	
2	Kwaliteit van de toestellen	10
	<p><i>Om de aanbestedende overheid in staat te stellen voormelde aspecten te beoordelen, voegt de inschrijver bij zijn offerte (per type toestel);</i> <i>Volledige technische fiches, recente documentatie van het toestel waaruit de kwaliteit voor de gebruiker blijkt.</i></p> <p><i>Via kwalitatieve eigenschappen zullen volgende zaken beoordeeld worden:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Capaciteit aantal kopjes per uur (4 punten); - Volume kanisters (3 punten); - Doorlooptijd van de koffie (3 punten); <p><i>Om de capaciteit/volume en de doorlooptijd te beoordelen kan het bestuur een demo vragen.</i></p>	
3	Full-service	10
	<p><i>Volgende zaken worden beoordeeld:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Onderhoud van de toestellen ikv preventief en periodiek onderhoud (2 punten); - Technische ondersteuning ikv preventief en curatief onderhoud (2 punten); - De gedekte interventies (2 punten); - Wijze van contactname met interventiedienst (2 punten); - Maximum hersteltijd van een defect toestel en/of vervangtoestel (2 punten) 	
4	Duurzaamheid [...]	10
5	smaaktest	5
	[...]	
Totaal gewicht gunningscriteria		100

Aan elk criterium werd een gewicht toegekend. Op basis van de afweging van al deze criteria rekening houdende met het gewicht dat er aan werd toegekend, zal de opdracht gegund worden aan de inschrijver die de economisch voordeligste regelmatige offerte, vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, heeft ingediend.”

Onder de titel II.10 “Looptijd en leveringstermijn” bepaalt het bestek onder meer:

“[...]

Leveringstermijn:

De leveringstermijn gaat in op de dag volgend op het versturen van de bestelbon en is dwingend.

Leveringstermijn van de individuele deelbestellingen:

-30 kalenderdagen voor de toestellen en aanbehoren;

-maximum 5 kalenderdagen voor de koffie (en eventuele andere consumptieproducten, zoals suiker, melkpoeder, cacao enz.).

De leveringstermijn omvat eveneens de tijd die nodig is voor de verrichtingen die de productie voorafgaan en de voorbereiding van de leveringen, inzonderheid de eventuele voorafgaande keuringen.”

Blijkens de inventaris (bijlage B) moeten inschrijvers prijs opgeven voor de huur van twee types toestellen ter verdeling van warme dranken: een type “tabeltop” met een “capaciteit tot 125 kopjes per uur” en een type “vending” met een “capaciteit van 125 – 250 kopjes per uur”.

Bij het bestek is een in te vullen bijlage C “Technische fiche” gevoegd die over de “kwaliteit van de toestellen” bepaalt:

“Capaciteit aantal kopjes per uur (inclusief malen van de bonen):

[...]

Leveringstermijn (max. 72u) : <125 kopjes per uur :

: >125 kopjes per uur :”

3.6. De opening der offertes vindt plaats op 24 januari 2017.

Vijf ondernemingen dienen een offerte in, onder meer de verzoekende partij en de gekozen inschrijver.

De verzoekende partij vermeldt in de bijlage C “Technische fiche” bij “capaciteit aantal kopjes per uur (inclusief malen van de bonen)”: “Infinity: ongeveer 125 kopjes per uur” en “Virtu: ongeveer 125 kopjes per uur” en bij “leveringstermijn (max. 72u)” in de beide gevallen “te bepalen”.

3.7. Op 10 mei 2017 wordt het verslag van nazicht van de offertes opgemaakt.

De offerte van de verzoekende partij wordt onregelmatig verklaard om de volgende redenen:

“Het bestek bepaalde een maximale leveringstermijn van 30 dagen voor de toestellen en 7 dagen voor producten. In de offerte schreef Pelican Rouge bij leveringstermijn van toestellen ‘te bepalen’. De leveringstermijn is een essentieel element van deze opdracht. De opmerking van Pelican Rouge wordt beschouwd als een verboden voorbehoud in strijd met artikel 95 KB Plaatsing. Bovendien werd specifiek gevraagd naar de capaciteit van de toestellen waarbij een onderscheid werd gevraagd tussen toestellen met minder dan 125 kopjes en meer dan 125 kopjes. Door Pelican Rouge werd in de offerte gewag gemaakt van ‘ongeveer 125 kopjes’. Het is voor de aanbestedende overheid niet uit te maken welk toestel minder dan 125 kopjes kan en welk meer dan 125 kopjes waardoor de offerte inhoudelijk moeilijk te vergelijken is”.

Na vergelijking van de regelmatig bevonden offertes volgens de in het bestek vermelde gunningscriteria wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv OKE Koffie.

3.8. Op 18 mei 2017 keurt het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent het verslag van nazicht van de offertes van 10 mei 2017 goed en gunt het de opdracht aan de nv OKE Koffie.

Het verslag van nazicht van de offertes in bijlage maakt integraal deel uit van deze beslissing.

Dit is de bestreden beslissing.

3.9. Met een aangetekend schrijven en een e-mailbericht van 29 mei 2017 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat haar offerte is geweerd omwille van een substantiële onregelmatigheid.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. 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.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert de schending aan van de “artikelen 4, 8°, en 5, 8°, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli

1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van artikel 95, § 1 en §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ van 15 juli 2011, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur met name het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het materiële motiveringsbeginsel en het beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’”.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat, eerste onderdeel, de bestreden beslissing het motief van het gunningsverslag bijtreedt waarin overwogen wordt dat de offerte van verzoekster een verboden voorbehoud zou bevatten met betrekking tot de (maximale) leveringstermijn van de toestellen en mede op basis hiervan besluit tot de onregelmatigheid en wering van de offerte van verzoekster,

Terwijl de offerte van verzoekende partij zich op het vlak van de leveringstermijnen van beide type toestellen precies volledig inschrijft in de besteksvereisten en ter zake preciseert dat elke (deel)levering binnen de aangegeven termijnen telkens te bepalen blijft in overleg met de aanbestedende overheid,

En doordat, tweede onderdeel, de bestreden beslissing het motief van het gunningsverslag bijtreedt waarin overwogen wordt dat de offerte van verzoekende partij inhoudelijk moeilijk te vergelijken zou zijn met andere offertes om reden dat het niet uit te maken zou zijn welk door verzoekster aangeboden toestel een capaciteit bezit van minder dan 125 kopjes (per uur) en welk toestel meer dan 125 kopjes (per uur), en mede op basis hiervan besluit tot de onregelmatigheid en wering van de offerte van verzoekster,

Terwijl de aanbestedende overheid in het bestek van de opdracht enkel een onderscheid heeft gemaakt tussen toestellen voor de verdeling van warme dranken met enerzijds een capaciteit tot 125 kopjes per uur (type tafelmodel of ‘tabletop’) en anderzijds toestellen met een capaciteit van 125 tot 250 kopjes per uur (type ‘vending’),

En terwijl de offerte van verzoekster perfect niet anders kan gelezen worden dan dat verzoekster het toestel ‘Virtu (Bean to Cup)’ aanbood in de categorie tafelmodel met een capaciteit tot 125 kopjes per uur en het toestel ‘Crane infinity (bean to cup)’ in de categorie ‘vending’-toestel met een capaciteit van 125 tot 250 kopjes per uur;”

De verzoekende partij licht, wat het eerste onderdeel betreft, toe dat het bestek niet van de inschrijvers verwacht dat zij elk een eigen concreet voorstel van leveringstermijn zouden formuleren, laat staan dat de leveringstermijn een gunningscriterium zou uitmaken.

In de bestreden beslissing wordt de draagwijdte van de vermelding “te bepalen” in de technische fiche als bijlage C van haar offerte ten onrechte niet enkel uit haar context en op geïsoleerde wijze geïnterpreteerd, maar vooral op een wijze die onbestaanbaar is met de duidelijke draagwijdte ervan.

De maximale leveringstermijn voor de toestellen in deze technische fiche als bijlage C was vooraf ingevuld en voorgedrukt door de aanbestedende overheid, als “max. 72 u”. Door naast deze voorgedrukte leveringstermijn de vermelding “te bepalen” aan te brengen heeft de verzoekende partij te kennen gegeven dat de individuele deelleveringstermijnen voor de beide types toestellen binnen deze maximumtermijn van 72 uur “te bepalen” bleven, zulks in samenspraak met de aanbestedende overheid. De verzoekende partij heeft zich dus volledig ingeschreven in de besteksvereisten en haar offerte bevat geen voorbehoud inzake de leveringstermijnen.

De aanbestedende overheid heeft onduidelijkheid geschapen omtrent de leveringstermijnen. De termijnen in het bestek, de technische fiche als bijlage C en het gunningsverslag verschillen. Desondanks heeft de overheid de verzoekende partij niet om nadere toelichting verzocht, wat van een redelijke en zorgvuldige overheid kan worden verwacht.

De verzoekende partij verwijst naar haar plan van aanpak in bijlage 2 van haar offerte dat de vermelding “te bepalen” uitlegt: na ontvangst van een officiële bestelbon, zou een precieze leveringsdatum worden vastgesteld na overleg met de installatieafdeling van de verzoekende partij.

Wat het tweede onderdeel betreft, betoogt de verzoekende partij dat de bestreden beslissing de capaciteit van geen van de door haar aangeboden toestellen bekritiseert als onvoldoende. Het bestek maakt een onderscheid tussen toestellen met een capaciteit tot 125 kopjes per uur – type tafelmodel of ‘tabletop’–

en toestellen met een capaciteit van 125 tot 250 kopjes per uur – type ‘vending’. De capaciteit van de beide aangeboden toestellen beantwoordt aan de door het bestek vereiste grenswaarden inzake capaciteit. De overheid mag de in het bestek gevraagde capaciteit van de beide types toestellen niet achteraf wijzigen door in de gunningsbeslissing gewag te maken van een capaciteit van “minder dan 125 kopjes” en “meer dan 125 kopjes”. De aanbestedende overheid had op eenvoudige wijze kunnen vaststellen dat de verzoekende partij het toestel ‘Virtu (Bean to Cup)’ aanbood in de categorie tafelmodel met een capaciteit tot 125 kopjes per uur en het toestel ‘Crane infinity (bean to cup)’ in de categorie ‘vending’-toestel met een capaciteit van 125 tot 250 kopjes per uur.

Beoordeling

6. In het gunningsverslag wordt de offerte van de verzoekende partij onregelmatig bevonden. Deze onregelmatigbevinding steunt op een dubbel motief: enerzijds, wordt de vermelding “te bepalen” in de technische fiche als bijlage C beschouwd als een verboden voorbehoud op de door het bestek voorgeschreven leveringstermijn; anderzijds, zou de opgegeven capaciteit van de toestellen niet toestaan uit te maken welk toestel minder dan 125 kopjes kan en welk meer dan 125 kopjes. In de beslissing van het college van burgemeester en schepenen wordt het gunningsverslag goedgekeurd en tot integraal deel van de beslissing verklaard.

Met de verwerende partij mag worden aangenomen dat elk van de twee motieven op zichzelf voldoende draagkrachtig kunnen zijn om de bestreden beslissing te schragen. Opdat het middel ernstig kan worden bevonden, dient de verzoekende partij dan ook aan te tonen dat geen van de beide motieven voldoende draagkrachtig is om de beslissing tot onregelmatigverklaring te staven.

7. In een tweede motief overweegt de aanbestedende overheid dat de offerte van de verzoekende partij moeilijk te vergelijken is met andere offertes omdat zij bij de beide betrokken toestellen gewag maakt van “ongeveer 125 kopjes”.

Blijkens de voormelde inventaris (Bijlage B) dienden de inschrijvers prijs te geven voor, eensdeels, een toestel met een capaciteit “tot 125 kopjes per uur” en, anderdeels, voor een toestel met een capaciteit van “125-250 kopjes per uur”. Ook het bestek (bladzijde 27) maakt datzelfde onderscheid.

8. Aldus lijkt het dat het gunningscriterium “kwaliteit van de toestellen” op grond van het bestek tot een beoordeling noodzaakte van de capaciteit uitgedrukt in een aantal kopjes per uur. Zulks veronderstelt, zo lijkt het, dat te dezen twee toestellen dienden te worden aangeboden die elk minstens door een capaciteit van 125 kopjes per uur werden gekenmerkt, waarbij er één dat aantal als maximumcapaciteit mocht hebben maar het andere toestel een markant hogere capaciteit diende te vertonen.

Door voor de twee toestellen telkens slechts “ongeveer 125 kopjes” te vermelden werden in de offerte blijkbaar geen toestellen aangeboden die met zekerheid de voormelde twee capaciteiten hebben. Aldus waren ze evenmin te vergelijken op het gunningscriterium capaciteit met de toestellen uit de andere offertes.

Het kan de aanbestedende overheid te dezen niet als een onzorgvuldigheid worden aangerekend in zoverre zij geen bijkomend onderzoek deed naar de reële capaciteit van de betrokken toestellen, nu die capaciteit voorwerp was van invulling door de verzoekende partij op offerteformulieren. Er wordt ook niet ingezien hoe met haar beoordeling de aanbestedende overheid de gevraagde capaciteiten zou hebben gewijzigd, zoals de verzoekende partij nog betoogt.

9. De bestreden beslissing lijkt door het op de capaciteit betrekking hebbende motief te kunnen worden gedragen en het is bijgevolg niet aangetoond dat de bestreden beslissing genomen is met schending van de in het middel geschonden geachte rechtsbepalingen en -beginselen.

10. Hieruit volgt dat de verzoekende partij geen belang meer heeft bij haar kritiek op het eerste motief aangaande de leveringstermijn van de toestellen. Zelfs indien de grieven van de verzoekende partij betreffende het

laatstgenoemde motief ernstig zouden zijn, kan dit niet leiden tot de schorsing van de onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partij nu deze onregelmatigverklaring voldoende kan steunen op het motief betreffende de capaciteit.

11. Het enig middel is niet ernstig.

VI. Besluit en kosten

12.1. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

12.2. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevraagde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. 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.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 30 juni 2017,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest