

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 239.123 van 14 september 2017
in de zaak A. 222.946/XII-8425**

In zake: de BVBA GEO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carina Van Cauter
kantoor houdend te 9552 Herzele-Borsbeke
Pastorijstraat 30
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD NINOVE

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 24 augustus 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “1. van de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Ninove dd. 08 augustus 2017, waarbij de offerte van verzoekende partij in het kader van de overheidsopdracht voor diensten, met als voorwerp ‘leerlingenvervoer schooljaar 2017-2018’, betreffende perceel 1 ‘busvervoer school windekind, Edingsesteenweg 344 te 9400 Denderwindeke’ niet werd weerhouden ;
2. alsmede van de beslissing waarbij de verwerende partij de betreffende opdracht aangaande perceel 1, waarvoor verzoekende partij een offerte heeft ingediend, aan een andere inschrijver, de vennootschap Transi Bus Local Services sprl, Frankrijkstraat 161 te 7711 Dottignies, gunt;
3. alsook van daaruit blijkende impliciete beslissing om perceel 1 van de betreffende overheidsopdracht niet aan verzoekende partij te gunnen;”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een administratief dossier neergelegd.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 september 2017, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Rogge, die *loco* advocaat Carina Van Cauter verschijnt voor de verzoekende partij, is gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest gedeeltelijk 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. Regelmatigheid van de rechtspleging

3. De verwerende partij was niet aanwezig, noch vertegenwoordigd op de terechtzitting van 7 september 2017.

De verwerende partij wordt in dat geval, luidens artikel 4, vierde lid, van het koninklijk besluit van 5 december 1991 ‘tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State’, “geacht in te stemmen met de vordering”.

IV. Feiten

4.1. Op 16 mei 2017 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Ninove om voor het leerlingenvervoer van de stedelijke

scholen tijdens het schooljaar 2017 - 2018 een overheidsopdracht uit te schrijven.

De opdracht wordt gegund bij wijze van de open aanbesteding, en wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 18 mei 2017 en het Publicatieblad van de Europese Unie van 23 mei 2017.

De opdracht wordt opgedeeld in vier percelen. De voorliggende vordering betreft het perceel 1 “busvervoer school Windekind, Edingsesteenweg 344, 9400 Denderwindeke”.

In het op de opdracht toepasselijke bestek wordt voormeld perceel 1 omschreven als volgt:

“Plaats van dienstverlening: Edingsesteenweg 344, 9400 Denderwindeke
Toelichting: aantal autobussen: 2
- bus 1: 1 rit 's morgens en 2 ritten 's namiddags (op woensdag middag)
Aantal km ochtend en namiddag: 20 km en 25 km/rit
Aantal te vervoeren leerlingen: 30 a 40 's morgens – 60 's namiddags (2 ritten)
- bus 2: 1 rit 's morgens en 2 ritten 's namiddags (op woensdag middag)
Aantal km ochtend en namiddag: 35 km en 20 km/rit
Aantal te vervoeren leerlingen: 30 's morgens en 45 's namiddags (2 ritten)”.

In de technische bepalingen van het bestek zijn de dienstregelingen van de twee schoolbusroutes van perceel 1 opgenomen.

Wat betreft de overige percelen, wordt in het bestek verduidelijkt dat er slechts één bus per perceel wordt voorzien.

Het bestek bepaalt voorts dat het gaat om een opdracht tegen prijslijst. De raming van de opdracht, btw inbegrepen, bedraagt:

- perceel 1: 104.558,40 euro;
- perceel 2 : 50.943,60 euro;
- perceel 3: 50.371,20 euro;

- perceel 4: 54.404,71 euro.

4.2. Drie inschrijvers dienen een offerte in. Wat perceel 1 betreft, aan de volgende prijzen, btw inbegrepen:

- de verzoekende partij: 107.611,20 euro;
- sprl Transibus Local Services, zijnde de gekozen inschrijver: 41.189,90 euro;
- een derde inschrijver: 110.473,20 euro.

4.3. Op 8 augustus 2017 beslist het college van burgemeester en schepenen alle percelen te gunnen aan de sprl Transibus Local Services. De verzoekende partij wordt op 9 augustus 2017 van die beslissing in kennis gesteld.

Dit is de bestreden beslissing.

In deze beslissing verwijst het college naar het verslag van nazicht van de offertes van 25 juli 2017, waarvan de motivering luidt:

“Overwegende dat volgende offertes werden ontvangen:

[...]

Overwegende dat alle inschrijvers voldoen aan de fiscale en sociale verplichtingen;

Overwegende dat alle inschrijvers over de nodige vakbewaamheid beschikken;

Overwegende dat geen rekenfouten werden vastgesteld;

Gelet op de e-mail van 10 juli 2017 van mevrouw Karolien Frederickx, directeur coördinatie scholengemeenschap Geni, waarbij zij prijsverantwoording vraagt aan de firma Transibus Local Services omdat het bedrag van zijn offerte voor de percelen 1, 2 en 3 als abnormaal laag wordt beschouwd;

Gelet op de e-mail van 24 juli 2017 van de firma Transibus Local Services waarbij deze firma volgende prijsverantwoording meedeelt:

‘Ik heb onze offerte berekend cfr. de [CAO] in onze sector en de welbekende variabele kostprijs van een schoolrit.

Hierbij heb ik onderstaande detail gegevens gebruikt:

Column1	capaciteit	lege KM	beladen KM	uren chf	voertuig	marge	prijs
ninove 1	50	10	70	3	50-60	16	215,88
ninove 2	34	10	50	3	30-40	20	162,85
ninove 3	34	10	60	3	30-40	20	168,22
ninove 4	50	10	100	4	50-60	16	264,40

Wij zijn een bedrijf met een vloot van 85 bussen. Hiervan zijn er 60 die ingezet worden voor de TEC/DELIJN in Oost Vlaanderen, West Vlaanderen en Henegouwen in schoolvervoer’;

Overwegende dat deze prijsverantwoording wordt aanvaard omdat eruit blijkt dat deze firma een kleine winstmarge hanteert;

Overwegende dat de prijzen van de offertes van de firma’s Bus 4 you en Geo voor perceel 1 als abnormaal hoog worden beschouwd en de prijzen van de offertes van de firma Geo voor de percelen 2 en 3 eveneens als abnormaal hoog;

Gelet op het verslag van nazicht van de offertes van 25 juli 2017, opgesteld door de dienst logistiek/overheidsopdrachten;

Overwegende dat de offertes als regelmatig worden beschouwd omdat de onregelmatigheden niet substantieel zijn;

Overwegende dat de dienst logistiek/overheidsopdrachten voorstelt om, rekening houdende met het voorgaande, deze opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige offerte, zijnde:

[...]”

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, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ 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 eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 24 van de wet ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van 15 juni 2006, van artikel 95, §§ 1, 3 en 4, van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ van 15 juli 2011, van artikel 1.1 betreffende perceel 1 (beschrijving van de opdracht), artikel 1.13 (keuze van de offerte) en artikel III (technische bepalingen) van het bestek evenals de schending van het algemeen rechtsbeginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen’, en van de beginselen van behoorlijk bestuur, namelijk de motiveringsverplichting en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Toegelicht wordt onder meer:

“Er wordt bij de prijsverantwoording [van de gekozen inschrijver] uitgegaan van een capaciteit van 50 leerlingen en een benodigd aantal uren van 3 eenheden, terwijl ieder van de twee schoolbusroutes verbonden met perceel 1 onderscheiden van elkaar minstens 3 uren vergen, en

beide ritten tesamen een capaciteit vergen van een 70-tal leerlingen 's morgens (40 + 30) en meer dan 100 leerlingen in de namiddag (60 + 45). Met betrekking tot bijvoorbeeld perceel 4, alwaar de inzet van 1 autobus wordt gevraagd, heeft TRANSIBUS LOCAL SERVICES SPRL een eenheidsprijs van 264,40 EUR opgegeven.

De door TRANSIBUS LOCAL SERVICES SPRL opgegeven eenheidsprijs met betrekking tot perceel 1 ten belope van 215,88 EUR kan onmogelijk betrekking hebben op twee onderscheiden autobussen, zodat moet worden vastgesteld dat TRANSIBUS LOCAL SERVICES SPRL op perceel 1 heeft ingeschreven met 1 enkele autobus, terwijl de bestektekst in het inzetten van twee autobussen voorziet.

De firma TRANSIBUS LOCAL SERVICES SPRL heeft met betrekking tot perceel 1 dan ook niet ingeschreven conform de geldende bestekvereisten.

[...]

In voorliggend geval betreft de inzet van twee autobussen minstens een technisch te noemen voorwaarde, zonder dewelke de twee onderscheiden autobusroutes verbonden met perceel 1 van de overheidsopdracht in kwestie niet kunnen worden uitgevoerd.

Het niet naleven van een dergelijke essentiële bestekbepaling is hoe dan ook substantieel onregelmatig, zodat iedere inschrijving ter zake door de aanbestedende overheid dient te worden geweerd.”

Beoordeling

6.2. De verwerende partij heeft geen nota ingediend noch is zij ter terechtzitting verschenen of heeft zij zich laten vertegenwoordigen. Zij heeft zich aldus onthouden van enig verweer.

De omstandigheid dat de gekozen inschrijver zijn prijsverantwoording voor perceel 1 steunt op drie prestatie-uren, lijkt, gelet op het feit dat de besteksbepalingen voor perceel 1 in twee afzonderlijke autobusritten met twee afzonderlijke autobussen voorzien, op het eerste gezicht niet realistisch en, zoals de verzoekende partij terecht lijkt aan te voeren, slechts te slaan op één autobusrit. Er is in de huidige stand van het geding geen reden, minstens wordt die niet aangereikt, dit anders te zien dan de verzoekende partij.

6.3. De offerte van de gekozen inschrijver voor het perceel 1 lijkt dan ook niet conform de technische bestekvereisten te zijn. Offertes die afwijken van essentiële technische specificaties –het aantal bussen lijkt dergelijke specificatie– zijn op materieel vlak substantieel onregelmatig en een sub-

stantieel onregelmatige offerte is nietig, aldus artikel 95, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’.

6.4. Het middel is in de aangegeven mate ernstig.

6.5.1. De verzoekende partij vraagt in het verzoekschrift ook de schorsing van de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan haar te gunnen.

De verzoekende partij betoogt het volgende daartoe:

“Gezien de substantiële onregelmatigheid van de inschrijving van de firma TRANSIBUS LOCAL SERVICES SPRL wegens het niet respecteren van de geldende bestekvoorwaarden, geldt de offerte van verzoekende partij met betrekking tot perceel 1 van voorliggende overheidsopdracht onmiskenbaar als de laagste regelmatige inschrijving, zodat bij toepassing van artikel 24 van de Wet Overheidsopdrachten van 15 juni 2006 verwerende partij noodzakelijkerwijze perceel 1 aan verzoekende partij moest komen toe te wijzen. Ook de schending van artikel 24 van de Wet Overheidsopdrachten van 15 juni 2006 staat bijgevolg vast”.

6.5.2. In de huidige stand van het geding blijken de belangen van de verzoekende partij voldoende beschermd door de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden gunningsbeslissing. De verzoekende partij toont niet aan welk bijkomend voordeel de schorsing van de impliciete beslissing om de opdracht niet aan haar te gunnen haar zou verschaffen, zodat zij niet doet blijken van het vereiste belang bij dit deel van haar vordering.

VII. Besluit

7. Het eerste middel is ernstig gebleken. Dit volstaat om de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing in te willigen.

Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, 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 college van burgemeester en schepenen van de stad Ninove van 8 augustus 2017 waarbij het leerlingenvervoer van de stedelijke scholen, schooljaar 2017 – 2018 voor het perceel 1 (busvervoer school Windekind, Edingsesteenweg 344, 9400 Denderwindeke) wordt gegund aan de sprl Transibus Local Services.

2. De vordering wordt voor het overige verworpen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 september 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Johan Bovin