

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 239.863 van 14 november 2017
in de zaak A. 219.835/XII-8192**

In zake: de NV IVECO BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philip Peerens
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsessesteenweg 166
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE ASSE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sofie Albert
kantoor houdend te 1000 Brussel
Wolvengracht 38 bus 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 25 juli 2016, strekt tot de
nietigverklaring van:

- “1. De beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de
Gemeente Asse dd. 2 mei 2016 [...], waarbij wordt beslist om de
overheidsopdracht ‘Aankoop schoolbus (51 à 55 plaatsen)’ te gunnen
aan Man Truck & Bus nv, en
2. de daaruit voortvloeiende impliciete weigering om deze opdracht te
gunnen aan [de nv Iveco Belgium].”

II. Verloop van de rechtspleging

Bij arrest nr. 238.317 van 23 mei 2017 is het debat heropend en
wordt de zaak volgens de gewone procedure verdergezet.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 oktober 2017.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Philip Peerens, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Sofie Albert, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 levering met als voorwerp “Aankoop schoolbus (51 à 55 plaatsen)”.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 februari 2016.

De gunningswijze is de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.2. Er zijn volgens het toepasselijk bestek nr. 2016/014 drie gunningscriteria, namelijk de prijs op 40 van de 100 punten, technische waarde op 30 punten en proefrit op 30 punten.

‡BELRJAGAF-BDBGAAV‡

Bij het criterium technische waarde wordt inzake de puntenverdeling het volgende vermeld:

“Inschrijvers die niet voldoen aan de minimumeisen van de technische specificaties van het bestek krijgen 0 punten.

Inschrijvers die wel voldoen aan de minimumeisen van de technische specificaties van het bestek krijgen minimaal 15 punten.

Inschrijvers die een schoolbus voorstellen waarvan de technische specificaties beter zijn dan de minimumeisen van de technische specificaties van het bestek, krijgen tussen de 15 en 30 punten extra, afhankelijk van het belang van de technische eigenschap in kwestie.”

De technische specificaties van het bestek zijn opgenomen onder deel drie “technische bepalingen” van het bestek.

3.3. Op 27 april 2016 wordt het gunningsverslag opgesteld. Hieruit blijkt dat er drie offertes zijn ingediend, namelijk door de nv Iveco Belgium, dit is de verzoekende partij, de nv Man Truck & Bus en de nv Evobus Belgium.

Wat de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij betreft voor het gunningscriterium technische waarde, wordt in het verslag een score van 0 punten toegekend en dit onder de volgende motivering:

“Het gevraagde veiligheidssysteem III.9.1 Lane Departure Warning System (LDWS) ontbreekt in de aangeboden schoolbus. Daardoor voldoet de offerte niet aan de minimumvoorwaarden van het bestek en worden er geen (0) punten toegekend.”

De totaalscore is:

“

Nr.	Naam	Score	Prijs incl. btw
1	Man Truck & Bus nv	72	€ 186.340,00
2	Iveco Belgium nv	67	€ 169.400,00
3	Evobus Belgium nv	44	€ 221.067,00

”

3.4. Op 2 mei 2016 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Man Truck & Bus onder verwijzing naar en goedkeuring van het gunningsverslag.

3.5. Bij brief van 25 mei 2016 brengt de verwerende partij de verzoekende partij de gunningsbeslissing ter kennis. Zij verwijst hierbij naar de mogelijkheid van de verzoekende partij om zich in rechte te voorzien door middel van een vordering tot schorsing en “ook” van een beroep tot nietigverklaring.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

4.1. In haar inleidend verzoekschrift merkt de verzoekende partij, wat haar belang betreft, op dat zij op evidente wijze rechtsreeks getroffen is “door de bestreden beslissing, aangezien daarmee – ten onrechte – haar offerte niet werd gekozen hoewel vaststaat dat het gaat om de economisch voordeligste inschrijving”.

4.2. De verwerende partij wijst erop dat de overeenkomst is gesloten en dat de verzoekende partij dan ook geen voordeel uit de nietigverklaring van de gunningsbeslissing kan halen. De verwerende partij merkt op dat zij een wachttermijn van 15 dagen had in acht genomen doch dat de verzoekende partij geen vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid heeft ingediend hoewel zij op de hoogte was van “alle elementen uit dit dossier” en zo heeft de verzoekende partij uitzicht op rechtsherstel *in natura* verloren. De verzoekende partij heeft aldus impliciet ingestemd met het sluiten van de overeenkomst. Een nietigverklaring van de gunningsbeslissing zal de verzoekende partij geen voordeel bieden zodat zij geen belang heeft bij haar beroep.

4.3. In haar memorie van wederantwoord wijst de verzoekende partij op haar door de “Raad erkende gekwalificeerd moreel belang bij de vordering tot nietigverklaring van de voor haar negatieve gunningsbeslissing, en dit ongeacht de desgevallend tussengekomen sluiting en de uitvoering van de

overeenkomst”. Voorts wijst zij erop dat zij over een “evident economisch belang [beschikt] bij de vordering gelet op de voordelen die een nietigverklaring verschaft met het oog op een eventuele latere vordering tot schadeloosstelling”. Ten slotte wijst zij erop dat “[d]e omstandigheid dat vooraf tijdens de wachttermijn geen beroep tot schorsing werd ingediend [...] hier niets [kan] aan veranderen”, ze “vormt in geen geval een wettelijk beletsel voor het instellen van een beroep tot nietigverklaring”.

4.4. In haar laatste memorie “houdt” de verwerende partij “vast aan haar exceptie”. Zij benadrukt dat enkel een annulatieberoep indienen, inhoudt dat het belang zich beperkt tot het vergemakkelijken van het verkrijgen van schadevergoeding, wat een onrechtstreeks en dus geen voldoende belang is bij een annulatieberoep vóór de Raad van State.

Beoordeling

5. De verwerende partij gaat, in zoverre zij met de exceptie bedoelt dat de sluiting van het contract het belang van de verzoekende partij bij het beroep zou doen verdwijnen, eraan voorbij dat een verzoekende partij in de materie van de overheidsopdrachten bij de nietigverklaring van een gunningsbeslissing, die een afsplitsbare bestuurshandeling uitmaakt, een gekwalificeerd moreel belang heeft dat zij ontleent aan het feit dat zij is voorbijgegaan door die beslissing. Dat belang wordt door de nietigverklaring van de gunningbeslissing gediend, spijs de sluiting en zelfs de uitvoering van de daaropvolgende overeenkomst.

De omstandigheid dat een verzoekende partij geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid tot het indienen van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, heeft in beginsel geen gevolgen ten aanzien van het recht van een rechtszoekende een annulatieberoep in te dienen; de verwerende partij toont niet aan dat dit hier anders is. Overigens mag er hier op worden gewezen dat de verwerende partij in haar kennisgevingsbrief van 25 mei 2016 aan de verzoekende partij zelf deze er de aandacht heeft op gevestigd dat zij naast het indienen van een schorsingsvordering “ook” een annulatieberoep kon indienen.

De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 5 van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, van artikel [...] 107 van het Koninklijk Besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, van de materiële motiveringsverplichting, van het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en van het beginsel ‘*patere legem qu[a]m ipse fecisti*’, manifeste beoordelingsfout”.

In essentie stelt de verzoekende partij dat er in het bestek geen technische bepaling of specificatie III.9.1 bestaat noch een andere besteksvereiste dat het veiligheidssysteem Lane Departure Warning System – hierna kortweg LDWS – voorschrijft. Ook de aankondiging zwijgt hierover en is er hieromtrent geen wettelijke verplichting. Evenmin kwam dit aan bod tijdens de onderhandelingen.

Een en ander betekent volgens de verzoekende partij dat haar offerte voldeed aan alle technische besteksspecificaties zodat ze, wat het gunningscriterium technische waarde betreft, minstens 15 punten diende te krijgen en ze dienvolgens als eerste diende te worden gerangschikt.

7. De verwerende partij wijst er in essentie op dat zij geen van de door de verzoekende partij ingeroepen bepalingen en beginselen heeft geschonden. Van alle offertes is die van de verzoekende partij de enige die niet in het systeem LDWS voorziet; de nv Man Truck & Bus heeft er wel in voorzien en de nv Evobus Belgium ook, onder de noemer spoorassistent. De verwerende partij stelt een afweging te hebben gemaakt tussen de offertes op zoek naar de economisch voordeligste offerte vanuit haar oogpunt; aangezien de offerte van de verzoekende partij “niet geheel beantwoordde aan de technische vereisten”,

‡BELRJAGAF-BDBGA AV‡

“vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid”, werd deze offerte niet aangewezen als de meest voordelige.

De verwerende partij erkent dat er geen technische specificatie III.9.1 bestaat, maar wijst erop dat dit een materiële vergissing is. Zij besluit: “Het is en blijft zo dat er geen Lan[e] Departure Warning System of anders gesteld een spoorassistent bij de [door de verzoekende partij] aangeboden schoolbus voorzien is. Dit is geen manifeste beoordelingsfout vanwege de aanbestedende overheid. Het tegendeel wordt niet aangetoond”.

8. Na het voor haar negatief uitvallend auditoraatsverslag – hierin wordt opgemerkt dat er in dit dossier geen technische vereiste LDWS bestaat – verwijst de verwerende partij in haar laatste memorie naar haar eerder verweer.

Zij besluit:

“Het is en blijft zo dat er geen Lan[e] Departure Warning System of anders gesteld een spoorassistent bij de aangeboden schoolbus voorzien werd, en dit wel het geval was bij de andere offertes. Deze zijn dan ook technisch gezien als hoger ingeschat door verwerende partij. Dit is geen manifeste beoordelingsfout vanwege de aanbestedende overheid.”

Beoordeling

9. De verzoekende partij voert onder meer de schending aan van de materiële motiveringsplicht en het *patere legem*-beginsel. Concreet wijst zij erop dat de verwerende partij ten onrechte haar offerte als afwijkend van een technische specificatie heeft beoordeeld, terwijl er geen dergelijke specificatie bestaat, noch in de aankondiging of het bestek, noch in een wetsbepaling.

10. Met de verzoekende partij moet inderdaad wordt vastgesteld dat de verwerende partij nalaat aan te tonen dat een offerte diende te beantwoorden aan een vereiste inzake LDWS – dit is een camerasysteem dat een bestuurder waarschuwt wanneer het voertuig een onderbroken of doorgetrokken lijn op het wegdek overschrijdt. De omstandigheid dat de verwerende partij meent dat een offerte met voertuig voorzien van dergelijk systeem, “hoger” kan

worden “ingeschat” dan een offerte zonder dergelijk voertuig, impliceert niet dat zij haar eigen besteksdokumentten niet dient na te leven. De verzoekende partij voert dan ook terecht aan dat de bestreden gunningsbeslissing steunt op een onwettig motief. Het middel is gegrond.

11. Op geen ogenblik voert de verwerende partij expliciet aan dat de door de verzoekende partij gevorderde vernietiging van de impliciete weigering de opdracht aan haar te gunnen, onontvankelijk is of, in elk geval, dient te worden verworpen.

De Raad stelt vast dat volgens het gunningsverslag dat door de verwerende partij uitdrukkelijk is bekrachtigd, de verzoekende partij is geselecteerd, dat de offerte van de verzoekende partij formeel en materieel regelmatig is verklaard en dat de offerte van de verzoekende partij als tweede werd gerangschikt.

Aangezien de verzoekende partij terecht opmerkt dat haar offerte minstens 15 punten tekort heeft gekregen en dat ze als eerste diende te worden gerangschikt met een puntentotaal van minstens 82 punten, zijn er te dezen uitzonderlijke omstandigheden om de impliciete beslissing de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen, te vernietigen. Zulks houdt in dat de opdracht aan de verzoekende partij had moeten worden gegund.

VI. Kosten

12. 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 verzoekende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Asse van 2 mei 2016 waarbij de overheidsopdracht voor levering met als voorwerp ‘Aankoop schoolbus (51 à 55 plaatsen)’ wordt gegund aan de nv Man Truck & Bus en deze opdracht niet wordt gegund aan de nv Iveco Belgium.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

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

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest