

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 243.735 van 19 februari 2019
in de zaak A. 227.239/XII-8684**

In zake: de BVBA DELPAC INTERNATIONAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Coen
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 210A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE ANDERLECHT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jérôme Sohier en Manoël De Keukelaere
kantoor houdend te 1000 Brussel
Emile De Motlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 21 januari 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van 21 december 2018 van [...] de gemeente Anderlecht waarbij de overheidsopdracht voor levering van mobiele barrières voor het stoppen van voertuigen gegund wordt aan de nv Pitagone”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 februari 2019, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christophe Coen, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Manoël De Keukelaere, die *loco* advocaat Jérôme Sohier verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos 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 leveringen uit met als voorwerp “levering van Anti-ram veiligheidsbarrières”.

In het bestek is de opdracht beschreven als volgt: “Leveren van anti-ram-veiligheidsbarrières (veiligheidsvoorzieningen) voor 100 meter lineaire, containers (dozen) voor opslag, handling en transport alsmede een korte training in het gebruik van deze apparatuur door de logistieke afdeling”.

3.2. De opdracht wordt gegund bij wijze van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking met toepassing van artikel 42, § 1, 1°, a), van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016).

3.3. Onder “I.10 Gunningscriteria” van het toepasselijk bestek met referte 18-064 wordt vermeld:

“Prijs is het enige gunningscriterium. De aanbestedende overheid kiest de economisch meest voordelige offerte, vastgesteld op basis van de prijs.”

3.4. Er worden uiteindelijk drie offertes ingediend onderscheidenlijk door de nv Pitagone, door de bvba Delpac International en door de nv ISR Innovations.

3.5. Op 6 december 2018 wordt een gunningsverslag opgesteld.

In dit verslag, Franstalig opgesteld en proces-verbaal genoemd, wordt de offerte van de verzoekende partij gerangschikt op grond van de prijzen, na rekenkundig nazicht, op de eerste plaats vóór die van de nv Pitagone.

Daarna volgt in het verslag een “Analyse de la valeur technique” (eigen vertaling: analyse van de technische waarde) van de offertes en wordt de offerte van de nv Pitagone als eerste gerangschikt op grond van de volgende overwegingen zoals vrij vertaald in de nota van de verwerende partij, hierna ongewijzigd weergegeven:

“(…)

de drie firma's stellen verwijderbare veiligheidsbarrières voor met gelijkaardige technische waarde. De barrières zijn gecertificeerd voor een lading van een ramvoertuig van 7,5 Ton aan 48 kilometer per uur.

Wat betreft de montage van het veiligheidsmateriaal zijn de firma's Pitagone Delpac beter dan concurrent ISR Innovations waarvan de montage moeilijker lijkt. Dit is een belangrijke factor wetende dat het materiaal zal moeten worden gemonteerd door het personeel van de logistieke dienst. De garantietermijn op het voorgestelde materiaal is 5 jaar voor de firma Pitagone en Delpac terwijl bij ISR Innovations er slechts een garantie van 2 jaar wordt geboden op de modules/

De firma Pitagone is beduidend beter dan haar concurrenten wat betreft de containers voor stockage van de modules die veel gesofistikeerde zijn dan diegene voorgesteld door concurrenten Delpac en ISR Innovations.

De unitaire prijs van een security box is €2980 het zijn totaal van €32780 exclusief btw hetgeen beantwoordt aan 11 security boxen die nodig zijn voor de stockage van 132 modules. Deze boxen zijn inbegrepen in de offerte van Pitagone. Deze containers laten eveneens een betere gebruik toe van de stockruimte (opstapeling van de containers is mogelijk een stockage van 12 reeds gemonteerde modules per container) dan diegene voorgesteld door Delpac en ISR Innovations. De firma Delpac stelt in zijn offerte opruimenrekken en kisten die duidelijk minderwaardig zijn. het materiaal van Pitagone is eveneens transporteerbaar per utilitair voertuig en blijkt dus veel gemakkelijker te transporteren te stockeren en te monteren.

Hoewel de offerte van de firma pitagone 4,4% duurder is ten opzichte van de twee andere firma's blijft ze interessanter voor de administratie gelet op

de volgende criteria: gemak om te monteren, eenvoud van transport en stockage. Dit is belangrijk in onze keuze aangezien er rekening moet worden gehouden met het feit dat het materiaal zal worden gebruikt door werklieden die belast zijn met het plaatsen van de barrières tijdens de verschillende evenementen die georganiseerd worden op het territorium van de gemeente. (...).”

3.6. Op 21 december 2018 beslist de verwerende partij het verslag van 6 december 2018 goed te keuren en de opdracht te gunnen aan de nv Pitagone.

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, 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 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.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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

Standpunt van de partijen

5.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 81 van de wet overheidsopdrachten 2016, van het gunningscriterium “prijs” zoals vermeld in het bestek en van het transparantiebeginsel.

De verzoekende partij licht toe dat blijkens het bestek de prijs het enig gunningscriterium is en dat uit het gunningsverslag blijkt dat de verzoekende partij op grond van de prijs aldus de economisch meest voordelige offerte heeft ingediend.

De verwerende partij bespreekt echter in haar gunningsverslag de technische waarde van de offertes. In deze beoordeling was niet voorzien in de opdrachtdocumenten en ze is bovendien onjuist.

De verzoekende partij besluit: “Door gunningscriterium en dan ook beoordelingsgrond te wijzigen heeft de verwerende partij de weg van de willekeur gekozen en heeft zij dan ook transparantiebeginsel geschonden”.

5.1.2. De verwerende partij merkt in de eerste plaats op dat “er bij het product van verzoekster twee keer méér modules zouden moeten worden gebruikt om een camion te stoppen dan bij de modules van Pitagone. Dit impliceert dat de oplossing geboden door Pitagone wel degelijk goedkoper was aangezien er voor eenzelfde aantal modules het dubbel aantal lopende meters kan worden beveiligd”. “Per lineaire beveiligde meter blijkt de offerte van de firma Pitagone bijgevolg beduidend financieel interessanter dan de offerte van verzoekster”.

Voorts wijst zij erop dat er tijdens de onderhandelingen vragen werden gesteld over de kwaliteit van het aangeboden zodat de inschrijvers “er bijgevolg op [mochten] vertrouwen dat deze aspecten eveneens in rekening zouden worden gebracht bij de gunning”. “Het is duidelijk dat verwerende partij een vergelijkende keuze heeft gemaakt gesteund op pertinente criteria”.

Ook is volgens de verwerende partij de offerte van de gekozen inschrijver “het meest interessant op vlak van stockage en transport van het materieel”. “In het globale kostenplaatje moet immers ook rekening [...] worden gehouden met de personeelskosten voor het gebruik van het materieel. Vergeleken met de apparatuur van verzoekster blijkt het systeem van Pitagone veel eenvoudiger te monteren en demonteren”.

Ten slotte wijst de verwerende partij erop dat de offerte van de gekozen inschrijver “veel interessanter [bleek] gezien de opslagcontainers voor de modules die veel geavanceerder zijn dan die aangeboden door de concurrenten”. De door de verzoekende partij voorgestelde “rekken” voor opslag impliceren hogere logistieke kosten.

Beoordeling

5.2.1. In het bestek wordt als enig gunningscriterium de prijs vermeld. In het gunningsverslag wordt onder de hoofding van de prijzen de prijs geboden voor de verzoekende partij als de goedkoopste opgenomen.

Hierna volgt in dit verslag een hoofdstuk analyse van de technische waarde van de offertes waarin als besluit wordt vermeld dat niettegenstaande de offerte van de gekozen inschrijver ongeveer 4,4 % duurder is, ze de meest interessante is, gelet op de criteria inzake opstelling, vervoer en opslag; dit zijn belangrijke criteria, zo wordt vervolgd, omdat er moet worden rekening gehouden met het feit dat het materieel moet worden gebruikt door werklui tijdens diverse evenementen.

Hieruit blijkt dat de verwerende partij haar keuze letterlijk en wezenlijk heeft laten afhangen van andere criteria dan de prijs, wat het middel ernstig laat lijken.

5.2.2. De argumentatie van de verwerende partij overtuigt niet.

Het verweer dat met een gegeven aantal modules bij de offerte van de gekozen inschrijver het dubbel aantal meters kan worden beveiligd in vergelijking met de offerte van de verzoekende partij, lijkt niet onmiddellijk uit het gunningsverslag te kunnen worden afgeleid. Voorts lijkt de bewering in tegenspraak met punt 12 van de samenvattende tabel bij dit verslag.

De verwerende partij toont voorts niet aan dat het tijdens de onderhandelingen informeren naar de kwaliteit van het aangeboden, impliceert dat hier van het bestek mag worden afgeweken.

In de mate dat de verwerende partij opmerkt dat de offerte van de gekozen inschrijver “het meest interessant [is] op vlak van stockage en transport van het materieel” gaat zij eraan voorbij dat, zo lijkt, de kosten verbonden aan het gebruik van het materieel, het volume in opslag en het transport slechts afgeleiden lijken, die het eigenlijke voorwerp van de opdracht te buiten gaan. Overigens worden in het gunningsverslag opstelling, vervoer en opslag uitdrukkelijk enkel als technische criteria vermeld.

Ten slotte, in zoverre de verwerende partij ingaat op het verschil tussen containers en rekken, wat de opslag betreft, lijkt zij opnieuw logistieke kosten in overweging te nemen; overigens, zoals hiervoor opgemerkt, wordt dit in het gunningsverslag enkel vermeld als een technisch criterium.

VI. Besluit

6. Het enig middel is ernstig gebleken.

Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het enig verzoekschrift, de kosten, de gevorderde rechtsplegings-

vergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 21 december 2018 van de gemeente Anderlecht waarbij de overheidsopdracht voor levering van anti-ram veiligheidsbarrières – referte 18-064 – wordt gegund aan de nv Pitagone.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 19 februari 2019, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Pierre Barra