

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 244.713 van 6 juni 2019
in de zaak A. 225.862/XII-8596**

In zake: de NV KEYMACO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Bouts en Philippe Dreesen
kantoor houdend te 3580 Beringen
Paalsesteenweg 81
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Chris Schijns en Steven Menten
kantoor houdend te 3600 Genk
Grotestraat 122
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 6 augustus 2018, strekt tot de nietigverklaring van “[h]et besluit van het College van burgemeester en schepenen van de stad Genk van 19.06.2018 waarbij goedkeuring gehecht wordt aan het verslag van nazicht van offertes van 8.06.2018 voor de opdracht met als voorwerp ‘Leveren van een hydraulische graafmachine op rupsen t.b.v. Dienst Wegenwerken’, [...] waaruit blijkt dat [de nv] Luyckx [...] de economisch meest voordelige (rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitverhouding) bieder is [...] en waarbij aan [de nv] Luyckx [...] de opdracht [...] wordt toegewezen”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Jozef 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 28 mei 2019.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Philippe Dreesen, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Chris Schijns, 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 voor levering uit met als voorwerp “Leveren van een hydraulische graafmachine op rupsen t.b.v. Dienst Wegenwerken”.

De plaatsingsprocedure is de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

De opdracht wordt geraamd op 140.000 euro, btw niet inbegrepen.

Het bestek met nr. 2018-016/AA is van toepassing.

Het te leveren toestel wordt in het bestek als volgt omschreven:

“De opdracht omvat de levering van een hydraulische graafmachine met dipper 3m/*monoboom* op rupsen en de verplichte overname van een bestaande graafmachine.”

Er worden vijf gunningscriteria op een totaal van 100 punten in vermeld: de prijs op 35, de technische waarde (aandrijving, hydraulisch systeem, werkbereiken/hefcapaciteiten, opties en toebehoren) op 35, evaluatie van de demonstratie op 10, waarborg en service op 10 en ten slotte comfort van de bestuurder op 10 punten.

3.2. De drie uitgenodigde ondernemingen dienen een offerte in, namelijk de nv JCB Belgium met een kraan type JCB210XLC voor 134.646 euro, de nv Luyckx met een kraan type Hitachi 2x210 LC6MN voor 139.121,00 euro en de nv Keymaco met een kraan type Doosan DX225LC-5 voor 129.000 euro, alle bedragen btw niet inbegrepen.

3.3. De verwerende partij organiseert demonstraties met toepassing van artikel 9 van het bestek.

Artikel 9 van het bestek luidt:

“Het bestuur behoudt zich het recht voor demonstraties met de voorgestelde machine te laten uitvoeren op kosten én risico van de inschrijver

met een minimum van twee werkdagen. De demonstraties gebeuren op eenvoudig verzoek, op straffe van uitsluiting, binnen de 10 dagen.”

3.4. Op 8 juni 2018 wordt er een gunningsverslag opgesteld waarbij de offerte van de nv Luyckx als de economisch meest voordelige offerte wordt aangewezen.

Bij het gunningscriterium evaluatie van de demonstratie wordt het volgende opgemerkt:

“

Gunningscriterium nr. 3: Evaluatie van de demonstratie Beoordeling op 10 punten			
2	LUYCKX	Hitachi kraan die in demo werd geplaatst door Luyckx wordt bediend vanuit gebruiksvriendelijk display. Niveleerwerk wordt zeer nauwkeurig uitgevoerd, graafwerk perfect haalbaar. Machine keert zelf in auto eco stand.	9
1	JCB BELGIUM	JCB Belgium stelde een demomachine ter beschikking. Graafwerk voldoet: verliep goed. Niveleerwerk kan niet ten volle getest wegens gemonteerde tandenbak.	7
3	KEYMACO	Doosan machine werd ter beschikking gesteld door Keymaco: machine reageert brutaal, zelfs bij rustige handelingen zodat machinewerk bemoeilijkt wordt. Ook bij graafwerk slaat de grondbak "hevig" tegen het maaiveld zelfs in eco werking en laag toerental. Bij koude motor is de machine zeer onrustig: geen fijnwerk, risico bij heffen/hijzen van lasten. Reservemachinisten zullen ons inziens met deze machine geen nivelleerwerk kunnen uitvoeren. Na twee uren omzet/grafwerk blijft de machine onrustig: verhoging geluidsniveau. Simultane handelingen, bewegingen bv. hijzen en rijden verlopen zeer moeizaam. Het gebruik van de bestaande roto-sloop-sloksorteergrasper op deze configuratie is ons inziens niet mogelijk omwille van ontoereikend debiet/druk van dit werktuig. Moeilijk instelbare werkmodus wordt ervaren door de machinisten en reservemachinisten.	7

”

De punten bij de gunningscriteria worden als volgt toegekend:

criterium	nv Luyckx	nv Keymaco	nv JBC Belgium
Prijs op 35	32,3	35	33,5
technische waarde op 35	29	26	26
evaluatie demonstratie op 10	9	7	7

waarborg en service op 10	9	8	7
comfort bestuurder op 10	8	7	7
Totaal	87,3	83	80,5

3.5. Op 19 juni 2018 wordt de opdracht gegund aan de nv Luyckx.

IV. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 81 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, van artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van de materiële motiveringsplicht, van “het algemeen rechtsbeginsel *patere legem quam ipse fecisti*”, van de bepalingen in het bijzonder bestek met referte 2018-016/AA. en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, namelijk het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel, “doordat verwerende partij, door geen rekening te houden met het feit dat nv Luyckx een demonstratie uitgevoerd heeft met een andere dan de voorgestelde machine, gehandeld heeft in strijd met de bepalingen van het bijzonder bestek”.

In de toelichting bij het middel argumenteert de verzoekende partij dat het bestek de levering van een graafmachine met een *monoboom* graafarm voorschrijft. Tijdens de demonstraties heeft de verzoekende partij een Doosam-machine met *monoboom* graafarm gebruikt terwijl de nv Luyckx een Hitachi-machine met een *two piece boom* graafarm heeft gepresenteerd.

Er zijn zeer grote verschillen, zo vervolgt de verzoekende partij, tussen een kraan met een *monoboom* graafarm en een *two piece boom* graafarm; de beide types van graafarmen zijn gelet op de karakteristieken onvergelijkbaar. Bij een kraan met een *two piece boom* graafarm zijn de

dumphoogte en het laadpunt veel hoger dan bij een kraan met een *monoboom* graafarm. Met de eerste kraan kan de machinist ook veel dichterbij de machine heffen en graven dan met de tweede.

Zij besluit:

“Voor de evaluatie van de demonstratie konden tien punten toegekend worden.

In hoofde van nv Luyckx werden er onterecht 9 punten weerhouden, aangezien zij zich niet geconformeerd hadden aan de bepalingen in het bijzonder bestek dat voorzag met de ‘voorgestelde machine’ te demonstreren.

Het resultaat van de werkzaamheden met de gedemonstreerde machine met *two piece boom* graafarm is niet vergelijkbaar met dat van de voorgeschreven machine met *monoboom* graafarm, zoals verzoekende partij gedemonstreerd had conform de bestekbepalingen.

Verwerende partij heeft het verslag van nazicht van de offertes van 8.06.2018 onterecht goedgekeurd, aangezien dit in strijd met de bepalingen van het bijzonder bestek opgesteld werd.”

5. In haar memorie van antwoord betoogt de verwerende partij dat de offerte van de nv Luyckx waarin de aangeboden graafmachine een *monoboom* graafarm betreft, voldoet aan de besteksvereisten en regelmatig is zodat er geen schending is van een essentiële besteksbepaling door deze offerte.

Wat de demonstratie betreft, wijst de verwerende partij erop dat de verzoekende partij enkel de graafarm viseert en niet de graafmachine op zich; voorts is de soort graafarm slechts een optie en gaat het altijd maar om één giek of graafarm. De verzoekende partij maakt volgens de verwerende partij een feitelijke misvatting wanneer zij meent dat de graafarm tot de “machine an sich” behoort. De optie *monoboom* of tweeledige giek werd bij de evaluatie van de demonstratie niet in rekening genomen. De verwerende partij heeft zich bij de demonstratie enkel beziggehouden met de machine, niet met de opties. Er is dan ook geen ongelijke behandeling. Het is enkel bij het tweede gunningscriterium, namelijk de technische waarde, dat elementen als werkbereik, hefcapaciteit en

opties ter sprake komen. Voorts is er volgens de verwerende partij geen sprake van een motiveringsgebrek.

6. In haar memorie van wederantwoord beklemtoont de verzoekende partij dat de onregelmatigheid van de offerte van de nv Luyckx substantieel is aangezien het toestel met een *two piece boom* graafarm onvergelijkbaar is met wat het bestek vereiste; minstens klaagt de verzoekende partij aan dat de verwerende partij hierover niets heeft gemotiveerd. De verwerende partij betwist, zo vervolgt de verzoekende partij, overigens niet dat de nv Luyckx een graafmachine heeft gedemonstreerd met een *two piece boom* graafarm. “Dat zijn uiteindelijke offerte een type graafmachine zou bevatten met een *monoboom* graafarm is irrelevant. De gedemonstreerde machine en niet de aangeboden graafmachine werd beoordeeld in het gunningsverslag. Hierbij werd de machine van verzoekende partij vergeleken met een machine die voor dergelijke opdrachten over een hogere capaciteit beschikte”. De demonstratie maakt een essentiële besteksbeplating uit.

De graafarm is voorts, zo vervolgt de verzoekende partij, geen bijkomstig onderdeel van de graafmachine. Een *two piece boom* graafarm is een zeer belangrijke parameter om de kwaliteit van de machine te waarderen. In het gunningsverslag bij de waardering van het gunningscriterium “evaluatie van de demonstratie” is er bij het toestel van de nv Luyckx sprake van zeer nauwkeurig nivelleerwerk en perfect graafwerk, elementen die door het type graafarm worden bepaald. De verzoekende partij beklemtoont nog eens dat het bestek een *monoboom* graafarm voorschrijft en dat de verwerende partij erkent dat de resultaten van een graafmachine bepaald worden door het type graafarm.

Ten slotte wijst de verzoekende partij erop dat uit de bestreden beslissing niet blijkt waarom de geschonden besteksbeplatingen geen essentiële beplatingen zouden betreffen noch waarom de machine van de nv Luyckx niet werd geweerd “terwijl zij een demonstratie met een andere dan de voorgestelde machine had uitgevoerd”. Zij besluit dat “het niet op [gaat] om de demonstratie

van een graafmachine te beoordelen, terwijl men abstractie maakt van de graafarm zelf”.

7. Na een voor haar negatief uitvallend auditoraatsverslag meent de verwerende partij in haar laatste memorie dat in dit verslag verkeerde gevolgen worden getrokken wat de demonstratie betreft. Zij herhaalt dat bij die demonstratie de optie *monoboomb* tegenover *two piece boom* niet in rekening werd gebracht, immers, de demonstratie en de evaluatie hiervan hebben enkel betrekking op de graafmachine zonder de optie van de giek. “Zowel de verzoekende partij als de Eerste Auditeur slagen er kennelijk niet in om de essentie van de demonstratie / evaluatie te weerhouden”.

8. In haar laatste memorie merkt de verzoekende partij op dat een graafmachine slechts kan worden beoordeeld met inbegrip van een graafarm aangezien dit een essentieel onderdeel van een graafmachine is. Uit de beoordeling van de demonstratie van de nv Luyckx in het gunningsverslag blijkt overigens dat de verwerende partij het heeft over nivelleringswerken en graafwerken, die uiteraard slechts mogelijk zijn met een graafarm.

Beoordeling

9. De partijen betwisten niet dat de nv Luyckx bij de demonstratie een graafmachine met *two piece boom* graafarm heeft ingezet en dat het bestek de levering vraagt van een graafmachine met *monoboomb* graafarm.

Voorts blijkt uit de offerte van de nv Luyckx dat zij hierin een graafmachine *monoboomb* heeft aangeboden en dus om die reden niet onregelmatig kan zijn.

10. Artikel 9 van het bestek handelt over de mogelijkheid tot demonstratie met de voorgestelde machine. Dit kan, samengenomen met artikel 1 van het bestek dat de levering van een graafmachine met *monoboomb* graafarm

vereist, niet anders worden begrepen dan dat een dergelijk toestel diende te worden aangeboden bij de demonstratie, wat dus voor de nv Luyckx niet gebeurde.

In die omstandigheden heeft de verwerende partij door een niet door de nv Luyckx voorgestelde machine te beoordelen bij de demonstratie het bestek niet nageleefd en heeft zij aldus ten onrechte punten gegeven aan de nv Luyckx voor het gunningscriterium evaluatie demonstratie. Evenzo is de gelijkheid tussen de inschrijvers geschonden.

11. De verwerende partij merkt op dat zij bij de demonstratie de graafmachine heeft geëvalueerd abstractie makend van de graafarm.

Dit kan niet overtuigen.

Uit de evaluatie van de drie toestellen blijkt dat de verwerende partij de machines intensief – zo wordt er bij het toestel aangeboden door de verzoekende partij melding gemaakt van minstens twee uur omzet/graafwerk – aan het werk heeft gezet. Zo is er sprake van de evaluatie van graaf- en nivelleringswerken waarvan de verwerende partij niet aantoonde dat dergelijke werken kunnen plaatsgrijpen zonder graafarm. Voorts betwist de verwerende partij niet dat het type graafarm de kwaliteit van de uitgevoerde prestaties bepaalt.

12. Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de stad Genk van 19 juni 2018 waarbij de overheidsopdracht tot levering van een hydraulische graafmachine op rupsen ten behoeve van de Dienst Wegenwerken wordt gegund aan de nv Luyckx.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 6 juni 2019, 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