

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 245.416 van 12 september 2019
in de zaak A. 228.821/XII-8787**

In zake: de NV POWERPACK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jorien Van Belle en Kris Wauters
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpseseenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de OPDRACHTHOUDENDE VERENIGING LIMBURG.NET
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wouter Moonen en Jarien Bloemen
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV SPHERE BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Virginie Dor en Youri Musschebroeck
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpseseenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 16 augustus 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[h]et Besluit van de Raad van Bestuur van Limburg.net d.d. 31 juli 2019 tot gunning van de overheidsopdracht met als voorwerp de levering van polyethyleen

zakken voor de huis-aan-huisinzameling van huishoudelijk afval, meer bepaald het niet-recycleerbaar afval aan Sphere Belgium en niet aan Powerpack NV”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 28 augustus 2019 heeft de nv Sphere Belgium gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 september 2019, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Kris Wauters en Jorien Van Belle, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Wouter Moonen en Jarien Bloemen, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Youri Musschebroeck, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd 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 de levering van polyethyleen zakken voor de huis-aan-huisinzameling van huishoudelijk afval, meer bepaald het niet-recycleerbare restafval.

De opdracht omvat 3 percelen.

3.2. De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 24 mei 2019 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 27 mei 2019.

3.3. De plaatsing van de opdracht gebeurt met een openbare procedure.

3.4. Het bestek “AK09e_190522_huisvuilzakken 2019” is van toepassing en bepaalt als gunningscriteria: “Prijs van de levering (45 punten)”, “Kwaliteit van de producten (40 punten)” en “Zekerheid en flexibiliteit van de levering (15 punten)”.

3.5. De verzoekende partij en de nv Sphere Belgium zijn de twee inschrijvers en zij dienen voor de drie percelen een basisofferte in en offertes voor de verplichte variant en voor de toegestane variant 1.

3.6. In het gunningsverslag wordt in het onderdeel “3. Administratief nazicht van de inschrijvingen” vastgesteld:

“3.1. Volledigheid en formele regelmatigheid van de offertes

Conform het bestek wordt nagegaan of de offertes van de inschrijvers voldoen aan de eisen inzake administratieve volledigheid en formele regelmatigheid.

Dit onderzoek geeft geen onregelmatigheden.

3.2. De uitsluitingsgronden en kwalitatieve selectie

[...]

3.3. Besluit

De inschrijvingen voor de basisopdracht, de vereiste variant en de toegestane variant grijze huisvuilzak zijn voor beide inschrijvers administratief volledig en kunnen [...] beoordeeld worden op basis van de vastgelegde gunningscriteria.”

3.7. Onder het opschrift “4. Beoordeling van de weerhouden inschrijvingen” worden de offertes getoetst aan de gunningscriteria:

“4.1. Prijs van de levering – 45 punten

De opdracht is ingedeeld in 3 percelen met telkens voor elk perceel de volgende vermoedelijke hoeveelheden (op jaarbasis) te leveren zakken:

- partij 1 (groot formaat): V.H.: 2.500.000 zakken

- partij 2 (klein formaat): V.H.: 850.000 zakken

Op basis van de inschrijvingsprijzen (per 1.000st.) worden de totaalprijzen voor de voorziene hoeveelheden berekend voor de verschillende types aangeboden zakken (basis en varianten).

De offerte met de laagste prijs bekommt het maximum van de punten. Aan de andere offertes worden verhoudingsgewijs t.o.v. de offerte met de laagste prijs punten toegekend via de formule: punten offerte = totaalprijs goedkoopste offerte/totaalprijs offerte x 45 punten.

Op 25/7/2019 werden beide inschrijvers gecontacteerd met de vraag om een bijkomende prijsopgave in te dienen betreffende een dubbelzijdige bedrukking. De vraag in het oorspronkelijke bestek betrof een eenzijdige bedrukking. Zowel Powerpack als Sphere hebben daarop een extra prijsopgave ingediend.

In de puntentelling wordt enkel in geval van de toegestane variant (recyclaat grijs) met de prijsopgave voor dubbelzijdige bedrukking gerekend, zowel voor Powerpack als voor Sphere. De redenering hierachter is dat een grijze zak veel voorkomt in de handel en daarom deze extra bedrukking verantwoordt. De berekende punten staan vermeld in tabel 1 van bijlage 1.

4.2. Kwaliteit van de producten – 40 punten

[...]

4.3. Zekerheid en flexibiliteit van de levering (15 punten)

[...].”

3.8. De voormelde bijlage 1 bevat de volgende tabellen:

“Tabel 1: Puntentoekenning o.b.v. de inschrijvingsprijzen (max. 45 punten)

Firma	Perceel 1, 2 of 3
Sphere – basis	40
Sphere – vereiste variant	33
Sphere – toegestane variant	45
Powerpack – basis	33
Powerpack – vereiste variant	28
Powerpack – toegestane variant	38

Tabel 2: Beoordeling van de inschrijvingen – totale puntentoekenning

Firma – basis/varianten	prijs (45 p.)	kwaliteit (40 p.)	levering (15 p.)	Totaal
-------------------------	------------------	----------------------	---------------------	--------

Sphere – basis	40	30,3	12,0	82,3
Sphere – vereiste variant	33	29,5	12,0	74,5
Sphere – toegestane variant	45	30,8	12,0	87,8
Powerpack – basis	33	32,7	12,0	77,7
Powerpack – vereiste variant	28	34,2	12,0	74,2
Powerpack – toegestane variant	38	32,2	12,0	82,2

”

3.9. Op 31 juli 2019 keurt de raad van bestuur van Limburg.net het gunningsverslag goed. De opdracht wordt voor de drie percelen gegund aan de nv Sphere Belgium “en dit voor de toegestane variant zakken met wave-topsluiting, in grijze kleur, vervaardigd uit polyethyleen en voor minstens 80 % op basis van gerecycleerde kunststoffen waarvan minstens 50 % uit gerecycleerde postconsumer kunststoffen (voor de beide partijen zakken)”.

Dit is de bestreden beslissing.

3.10. Met een aangetekend schrijven van 31 juli 2019, verzonden op 2 augustus 2019, wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat de opdracht niet aan haar is gegund. Het gunningsverslag is gevoegd als bijlage.

IV. Tussenkost

4. De nv Sphere Belgium blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

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 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.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

6.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij aan dat het indieningsrapport van de gekozen inschrijver, de nv Sphere Belgium, werd ondertekend door Marie-Françoise Bovy, waarvan de hoedanigheid onbekend is. Uit de publicaties in het Belgisch Staatsblad blijkt niet dat zij over de statutaire bevoegdheid beschikt om de nv Sphere Belgium extern te vertegenwoordigen zodat de verwerende partij de gekozen offerte nietig had moeten verklaren.

6.2. Het inschrijvingsdossier van de gekozen inschrijver bevat een volmacht waarin twee bestuurders van de nv Sphere Belgium alle bevoegdheden

geven aan Marie-Françoise Bovy om offertes in te dienen en te ondertekenen in het kader van overheidsopdrachten zonder beperking van bedrag.

De nv Sphere Belgium voegt bij haar verzoekschrift tot tussenkomst stukken uit haar vennootschapsdossier waaruit *prima facie* niet kan worden afgeleid dat de voormelde volmacht niet rechtsgeldig zou zijn gegeven. Die vaststelling volstaat in de huidige stand van de procedure om het eerste middel niet ernstig te bevinden.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

7. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 83 en 84 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 33, 35, 36 en 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), de artikelen 4, eerste lid, 8°, en 5, 8°, van 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’, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, het bestek ‘AK09e_190522_huisvuilzakken 2019’, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij acht deze bepalingen en beginselen in een tweede onderdeel van het middel geschonden:

“Doordat de aanbestedende overheid de offerte van Sphere Belgium regelmatig verklaart, maar uit het gunningsverslag niet blijkt dat hij een regelmatigheidsonderzoek, inclusief prijzenonderzoek, heeft verricht;
[...]

Terwijl [...] op grond van artikel 84 van de wet overheidsopdrachten en artikel 35 KB plaatsing 2017 de aanbestedende overheid een prijzen- of kostenonderzoek uitvoert op de ingediende offertes;

Dat punt 2.6.5. van het bestek uitdrukkelijk bepaalt dat de aanbestedende overheid een prijzenonderzoek zal verrichten;
Dat uit het gunningsverslag niet blijkt dat de aanbestedende overheid een dergelijk prijzen- of kostenonderzoek heeft verricht; dat er aldus minstens een schending is van de bepalingen inzake de formele motiveringsplicht;
Dat de aanbestedende overheid de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen miskent;
Dat het tweede onderdeel van het middel ernstig is;
Dat het middel ernstig is.”

De verzoekende partij licht nog nader toe dat de prijsverschillen die zij procentueel becijfert, zouden kunnen wijzen op schijnbaar abnormale prijzen van de gekozen inschrijver.

Beoordeling

8. Artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt:

“De aanbestedende overheid voert een prijzen- of kostenonderzoek uit op de ingediende offertes, overeenkomstig de door de Koning te bepalen nadere regels. De Koning kan in uitzonderingen voorzien op het prijzen of kostenonderzoek voor de door Hem te bepalen opdrachten.
Op haar verzoek verstrekken de inschrijvers tijdens de plaatsingsprocedure alle nodige inlichtingen om dit onderzoek mogelijk te maken.”

Artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek. Daartoe kan de aanbestedende overheid, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de wet, de inschrijvers verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken.”

9. Zowel de verwerende partij als de tussenkomende partij betogen in essentie dat uit de bestreden beslissing blijkt of kan worden afgeleid dat de regelmatigheid van de offertes is betrokken bij het nemen van de gunningsbeslissing, zodat kan worden aangenomen dat een prijsonderzoek is gevoerd. Die affirmaties worden gesteund op de volgende passage uit het gunningsverslag:

“Conform het bestek wordt nagegaan of de offertes van de inschrijvers voldoen aan de eisen inzake administratieve volledigheid en formele regelmatigheid.
Dit onderzoek geeft geen onregelmatigheden.”

Bijkomend verwijst de verwerende partij naar stuk 8 van het administratief dossier dat haar standpunt zou ondersteunen.

Zowel de verwerende partij als de tussenkomende partij achten het percentagegewijs uitdrukken van de prijsverschillen door de verzoekende partij onvoldoende om de normaliteit van de prijszetting van de gekozen inschrijver in twijfel te trekken.

10. Te dezen moet worden vastgesteld dat het administratief dossier, en dan zelfs ook het stuk 8, het verweer op het eerste gezicht niet ondersteunt. Het onderdeel “abnormale prijzen” in dat stuk lijkt immers te bestaan uit een loutere weergave voor de beide inschrijvers van de voor de basisvariant, vereiste variant en toegestane variant geboden eenheidsprijzen en blijkbaar een berekening van de punten voor het prijscriterium na toepassing van de in het bestek omschreven prijsformule. Deze berekening van punten lijkt bovendien enkel te zijn gebeurd voor de gekozen inschrijver. Een dergelijke berekening mag niet worden gelijkgesteld met een prijsonderzoek in de zin van de geschonden geachte artikelen 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 en 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Omtrent die berekening ter terechtzitting bevraagd, erkent de raadsman van de verwerende partij overigens dat hijzelf die berekening in stuk 8 niet begrijpt.

De hiervoor aangehaalde zinsnede uit het gunningsverslag waar de verwerende partij en de tussenkomende partij naar verwijzen, kan op het eerste gezicht niet tot een ander besluit leiden. Niet alleen ontbreekt op het eerste gezicht de noodzakelijke terugkoppeling naar het administratief dossier maar bovendien lijkt de conclusie dat “[d]it onderzoek [...] geen onregelmatigheden [geeft]”, naar de bewoordingen van het opschrift van de betrokken zinsnede enkel betrekking te hebben op de “[v]olledigheid en formele regelmatigheid van de offertes”, en geeft deze geen enkele aanwijzing voor een uitgevoerd prijsonderzoek.

Derhalve en nog los van de discussie die zich tussen de partijen ontspint over het verband tussen de hoegrootte van het prijsverschil en de mogelijke abnormale prijszetting, dient alleszins te worden vastgesteld dat het bestreden besluit noch het administratief dossier ervan doet blijken dat een prijsonderzoek is gevoerd en is aldus niet bewezen dat voldaan werd aan de hiervoor aangehaalde geschonden geachte bepalingen.

Het tweede onderdeel van het tweede middel is in die mate ernstig.

VII. Besluit

11.1. Het tweede middel is in de besproken mate ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden ingewilligd.

11.2. Het lijkt niet dat een onderzoek en een beoordeling van het derde middel dienstig is. Een dergelijk onderzoek zou immers voorbarig zijn, aangezien dat middel de beoordeling aan de hand van het gunningscriterium “Kwaliteit van de producten” betreft, en zulks maar nuttig lijkt nadat een prijsonderzoek is gevoerd, hetgeen te dezen niet blijkt.

11.3. In zoverre ten slotte het voorwerp van de vordering ook is verwoord als “niet aan Powerpack NV” te hebben gegund, wordt bij gebrek aan verduidelijking door de verzoekende partij die summiere zinsnede niet beschouwd als een expliciete vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van een impliciete weigering tot gunning die zich tot onderzoek leent in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid als de onderhavige.

11.4. 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. Het verzoek van de nv Sphere Belgium tot tussenkomst wordt ingewilligd.
2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van het besluit van de raad van bestuur van de ov Limburg.net van 31 juli 2019 tot gunning van de opdracht met als voorwerp de levering van huisvuilzakken uit polyethyleen aan de nv Sphere Belgium.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 september 2019, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest