

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 247.774 van 11 juni 2020
in de zaak A. 230.616/XII-8896**

In zake: de BV DE WITTE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Willem Cloet
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 121
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD DAMME
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9420 Erpe-Mere
Schoolstraat 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 11 mei 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit op 8 april 2020 genomen door het College van Burgemeester en Schepenen van de stad Damme, waarbij de overheidsopdracht genaamd ‘Uitnodiging tot indienen offerte - maaien zoomwegen 2020 - Vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking’ met referentienummer 2020/groen/05 werd toegekend aan de nv ABOG, waarbij [de bv De Witte] meent dat de ABOG niet voldeed aan alle vereisten om de gunstigste beoordeling te krijgen op het gunningscriterium nr. 2, zijnde ‘afstand tot de werklocaties ifv impact op het milieu’, waarvan het beschikkend gedeelte luidt:

‘Op grond van de kwalitatieve selectie van de inschrijvingen, het regelmatigheidsonderzoek van de offertes en de vergelijking van de offertes gemaakt in de voorgaande punten, stelt de ontwerper voor om de opdracht te

gunnen aan de firma met de economisch meest voordelige (op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding) offerte, zijnde ABOG NV, [...], tegen het nagerekende offertebedrag van 32.417,00 excl. btw of 39.224,57 EUR incl. 21% btw’.”

De bv De Witte verzoekt ook nog om een dwangsom van 250,00 euro op te leggen aan de stad Damme per kalenderdag vanaf de kalenderdag volgend na de betekening aan verwerende partij van het tussen te komen arrest.

II. Verloop van de rechtspleging

Er is toepassing gemaakt van het koninklijk besluit nr. 12 van 21 april 2020 ‘met betrekking tot de verlenging van de termijnen van de rechtspleging voor de Raad van State en de schriftelijke behandeling van de zaken’.

De verwerende partij heeft een nota en het administratief dossier ingediend.

De verzoekende partij heeft een zittingsnota ingediend.

De verwerende partij heeft een zittingsnota ingediend.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend schriftelijk advies gegeven, dat aan de partijen met een e-mailbericht ter kennis werd gebracht.

Het debat is gesloten op 3 juni 2020.

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 stad Damme schrijft een opdracht van werken uit met als voorwerp “maaien zoomwegen 2020”.

De aankondiging van de opdracht wordt gepubliceerd op 28 februari 2020 in het Bulletin der Aanbestedingen.

De plaatsingswijze is de vereenvoudigde onderhandelings-procedure met voorafgaande bekendmaking.

3.2. Het bijzonder bestek dat de opdracht beheerst, bepaalt dat de volgende criteria van toepassing zijn bij de gunning: (1) de prijs (op 100); (2) de afstand tot de werklocaties in functie van de impact op het milieu (op 50); (3) het plan van aanpak (op 50).

Inzake het tweede gunningscriterium wordt verduidelijkt:

“De kandidaat die binnen een straal van 10 km van het centrale punt van het grondgebied Damme gevestigd is, krijgt volgens de visie van het bestuur de hoogste score. Per kilometer verder, wordt de score stelselmatig verminderd met 1 punt.

De kandidaat vermeldt de exacte ligging van zijn werkplaats* van waaruit de werken worden uitgevoerd. Controle wordt gedaan op Goo[gl]e maps en mogelijk plaatsbezoek aan de opgegeven werkplaats.

*onder werkplaats wordt verstaan: de standplaats van de gebruikte machines en de reële vertrekplaats van de gebruikte personeelsleden voor de gevraagde opdracht”.

3.3. Vijf inschrijvingen worden ingediend, waarvan er vier worden geselecteerd : de nv Abog, de nv Krinkels, de bv De Witte en de bv Van Bruwaene-Kindt.

3.4. In het gunningsverslag van 31 maart 2020 worden de door hen ingediende offertes regelmatig verklaard.

Bij het nazicht van de prijzen – eerste gunningscriterium - weging: 100 punten – werd de nv Abog als eerste gerangschikt met 100 punten en de verzoekende partij als tweede met 60,42 op 100 punten.

Bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium – “afstand tot de werklocaties ifv impact op het milieu” (weging: 50 punten) – krijgt de offerte van de verzoekende partij 49 punten, en de drie andere 50 punten. Als werklocatie wordt bij de nv Abog vermeld: “depot Vakebuurtstraat 255 Maldegem ligt binnen een straal van 10 km van het centrale punt te Damme”.

Op het derde gunningscriterium – plan van aanpak (weging 50 punten) – krijgen alle indieners 50 punten toegewezen.

Er wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Abog met een totaalscore van 200/200. De verzoekende partij wordt tweede gerangschikt met een totaalscore van 159,42/200.

3.5. Bij e-mailbericht van 7 april 2020 vraagt de verwerende partij, nadat zij –althans volgens haar eigen bewering in haar nota– hier eerder telefonisch al om had gevraagd, bijkomende informatie aan de nv Abog over de opgegeven werkplaats, die bij e-mailbericht van 8 april 2020 antwoordt.

3.6. Het college van burgemeester en schepenen beslist op 8 april 2020 om het gunningsverslag goed te keuren en de opdracht te gunnen zoals voorgesteld. Zulks wordt op 24 april 2020 aan de verzoekende partij medegedeeld.

3.7. Op 4 mei 2020 deelt de verzoekende partij per brief aan de stad Damme mee dat zij niet kan instemmen met het resultaat van de gunning. Zij meent dat het tweede gunningscriterium inzake de afstand van de werkplaats van de verschillende inschrijvers tot het centrale punt van de stad Damme, niet correct werd beoordeeld. Zo betwist zij onder meer dat de nv ABOG een depot heeft in De Vakebuurtstraat 255 te Maldegem, zoals vermeld in het gunningsverslag.

Op vraag van de verwerende partij met een e-mailbericht van 6 mei 2020, bezorgt de nv Abog met een e-mailbericht van 7 mei 2020 een

“overeenkomst” met Philip Vandeursen dat de nv Abog “gebruik mag maken van de terreinen als stelplaats voor het uitvoeren van groenonderhoudswerken voor de Stad Damme”.

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

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert de schending aan van de materiële motiveringsplicht, alsook van het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel “als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”, doordat de verwerende partij bij het tweede gunningscriterium – afstand tot de werkplaats in functie van de impact op het milieu – op geen enkele wijze de correctheid van de verklaring van de nv Abog dat zij over een depot beschikt op het adres dat door haar werd opgegeven bij haar inschrijving, verifieerde en doordat zij geen minimaal onderzoek verrichte naar het gegeven of de in Wetteren gevestigde nv Abog inderdaad over een depot beschikte te Maldegem en de “gebruikte personeelsleden” effectief vanuit dit depot zouden vertrekken om het werk uit te voeren, wat de verzoekende partij in dit middel betwist.

De verzoekende partij licht toe dat de hoofdzetel van de nv Abog gevestigd is te Wetteren, dat dit bedrijf over twee “vestigingseenheden” beschikt, beide te Wetteren, dat blijkbaar de nv Abog ook nog over een site zou beschikken te Meerhout in de provincie Antwerpen, en dat er in de Kruispuntbank der Ondernemingen geen sprake is van een depot te Maldegem, noch in het Belgisch Staatsblad, noch op de website van de nv Abog. Op die website, zo stelt de verzoekende partij nog vast, wordt door de nv Abog zelf uitdrukkelijk erkend dat haar werknemers steeds vertrekken vanuit het centrale punt te Wetteren, of vanuit Meerhout, dat op 133 km van het centrale punt te Damme ligt. Op het adres, vermeld in het gunningsverslag – Vakebuurtstraat 255 te Maldegem – stelt de verzoekende partij dan weer vast dat daar enkel een zogenaamde “boomsnoeier” gevestigd is, namelijk de commanditaire vennootschap Philip Vandeursen, hetgeen ook wordt bevestigd door de gegevens uit de Kruispuntbank der Ondernemingen. Ook een tijdelijke maatschap tussen de nv Abog en de voornoemde Philip Vandeursen blijkt niet te bestaan, noch op dit adres te zijn gevestigd.

De verzoekende partij besluit dan ook dat voor dit gunningscriterium ten onrechte de maximumscore aan de nv Abog werd gegeven

en dat de verwerende partij geen 50 punten had mogen toekennen aan de nv Abog, maar wel maximaal 5 punten, gelet op het gegeven dat haar “depot” te Wetteren minstens 55 kilometer verwijderd is van het centrale punt te Damme, zodat aan de nv Abog in totaal geen 200 punten had mogen worden toegekend, maar slechts maximaal 155 punten en zodat de verzoekende partij met 159,42 punten de hoogste score zou hebben behaald.

De verzoekende partij wijst er ten slotte nog op dat ook bij de inschrijver de bv Van Bruwaene-Kindt – die laatste werd in de rangschikking – op eenzelfde manier het tweede gunningscriterium foutief werd beoordeeld.

6. In haar zittingsnota doet de verzoekende partij nog het volgende gelden als antwoord op de nota van de verwerende partij :

- uit geen enkel stuk blijkt dat de verwerende partij enig nazicht ter plaatse heeft verricht,
- de op 7 mei 2020 louter per e-mailbericht bezorgde “overeenkomst” met Philip Vandeursen is een *a posteriori* opgesteld document en is zeer vaag: geen enkele melding wordt gemaakt van een huurovereenkomst of bezetting ter bedde, de inhoud betreft een loutere verklaring, getekend door Vandeursen in eigen naam en niet door de cv andeursen, geen datum, geen registratie of vaste datum, geen duur, er is enkel sprake van “de terreinen”, zonder te specificeren waar die terreinen gelegen zijn en hoe groot ze zijn.

De verzoekende partij besluit dan ook dat dit document, dat de “verwerende partij voor haar beslissing van 8 april 2020 nog nooit had gezien noch opgevraagd had, [...] derhalve onmogelijk als afdoende bewijs [kan] gelden voor het aspect m.b.t. de “werkplaats” van de nv Abog in het kader van de beoordeling van het tweede gunningscriterium”.

Bovendien betwist de verzoekende partij nog dat het opgegeven adres te Maldegem mag worden opgevat als de “standplaats” van de gebruikte machines. Met verwijzing naar het woordenboek Van Dale stelt zij dat het moet

gaan om “een plaats waar iets zich gewoonlijk bevindt” en dus niet om een toevallig of zeer tijdelijk gegeven.

De verzoekende partij herinnert er ten slotte aan dat de verwerende partij bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium eveneens rekening diende te houden met de “reële vertrekplaats van de gebruikte personeelsleden”. Volgens haar kunnen de “terreinen” van Vandeursen te Maldegem in geen enkele hypothese beschouwd worden als de “standplaats” van de werknemers, noch als hun “reële vertrekplaats”, die in Wetteren gelegen is.

Beoordeling

7. De exceptie die de verwerende partij bij dit middel opwerpt – dat de verzoekende partij geen belang heeft omdat een eventueel formeel motiveringsgebrek in het bestreden besluit geen invloed kan uitoefenen op de draagwijdte van de genomen beslissing omdat zij met het tweede gunningscriterium correct is omgegaan – behoeft geen beoordeling omdat hierna zal blijken dat het middel ernstig karakter ontbeert.

8.1. De nv Abog krijgt op het tweede gunningscriterium “de afstand tot de werklocaties in functie van de impact op het milieu (op 50)”, hiervoor geciteerd, de maximum score van 50/50 met de volgende motivering in het verslag van nazicht: “Depot Vakebuurtstraat 255 Maldegem ligt binnen de straal van 10 km van het centrale punt van Damme”. De verzoekende partij krijgt 49/50 om de reden: “afstand Krommewege 43 Maldegem ligt op 10,7 km van het centrale punt in Damme”.

8.2. De offerte van de gekozen inschrijver bevat een verklaring met betrekking tot de afstand tot de werklocaties, waarin is te lezen:

“De ligging van de werkplaats van waaruit de werken worden uitgevoerd is: Vakebuurtstraat 255 9990 Maldegem.”

In het administratief dossier is voorts een e-mailbericht opgenomen van 7 april 2020, waarin de verwerende partij aan de gekozen

inschrijver om informatie vraagt over de opgegeven locatie van de werkplaats van waaruit de werken worden uitgevoerd. De gekozen inschrijver antwoordt bij e-mailbericht van 8 april 2020:

“Wij werken meer dan 20 jaar samen met de heer Vandeursen en zijn overeengekomen dat indien wij het contract in Damme gegund krijgen wij een deel van zijn loods mogen gebruiken/huren gedurende de uitvoering van het contract.
Indien u dit wil kan u dit schriftelijk ontvangen, dit kan tegen morgen-voormiddag aangezien de heer Vandeursen de hele dag op de werf is.”

Hierop volgt de bestreden gunningsbeslissing van 8 april 2020.

8.3. In zoverre de grief van de verzoekende partij inhoudt dat de verwerende partij geen enkele controle heeft doorgevoerd op het gegeven van de ligging van de werkplaats, mist aldus het middel feitelijke grondslag.

9.1. Na hiertoe, na de gunningsbeslissing, door de verwerende partij te zijn uitgenodigd bij e-mailbericht van 6 mei 2020, geeft de gekozen inschrijver bij e-mailbericht van 7 mei 2020 kennis van een “overeenkomst tussen Philip Vandeursen en ABOG nv”, ondertekend door beiden. In dit niet-gedagtekende maar wel ondertekend stuk luidt het:

“Betreft: groenonderhoud voor Stad Damme
Hierbij verklaart Philip Vandeursen, gelegen in de Vakebuurtstraat 255, 9990 Maldegem dat Abog nv gebruik mag maken van de terreinen als stelplaats voor het uitvoeren van groenonderhoudswerken voor de Stad Damme.”

9.2. De gekozen inschrijver heeft reeds uitdrukkelijk verklaard in zijn offerte dat de werken worden uitgevoerd vanaf de locatie Vakebuurtstraat 255 te 9990 Maldegem. Bij het onderzoek dat de verwerende partij verrichtte, werd dit bevestigd door de gekozen inschrijver op 8 april 2020 vóórdát de bestreden beslissing werd genomen. Er is op het eerste gezicht geen reden om aan te nemen dat de verwerende partij op deze verklaring niet mocht vertrouwen. Bovendien ligt, weliswaar medegedeeld na de gunningsbeslissing, een ondertekend stuk voor, waarin Philip Vandeursen de inhoud van de offerte, wat de werkplaatsligging betreft, enkel maar bevestigt. In de mate dat de verzoekende partij het niet

uitgesloten acht dat hier sprake is van een “(valse) verklaring”, dient te worden opgemerkt dat een speculatief oogmerk of kwade trouw in beginsel niet zonder meer mag worden vermoed. In het dossier is geen spoor van een omkering van dit vermoeden.

Aldus lijkt het dat de verwerende partij er binnen haar beoordelingsruimte mocht van uitgaan dat de gekozen inschrijver te Maldegem over een werkplaatslocatie kon beschikken. Er lijkt ook geen reden aangebracht buiten een loutere bewering om eraan te twijfelen dat aldaar terreinen en loodsen voorhanden waren, hetgeen door de verwerende partij overigens zou zijn gecontroleerd zoals zij betoogt.

10.1. De verzoekende partij verwijst voorts naar het Groot woordenboek der Nederlandse taal van Dale om een restrictieve interpretatie te geven aan het woord ‘standplaats’, te weten: “plaats waar iem. of iets zich (gewoonlijk) bevindt”.

Deze argumentatie lijkt echter niet tot een eenduidige conclusie te kunnen leiden. De verzoekende partij geeft immers alvast niet aan op welke van de verscheidene versies waarin het woordenboek van Dale voorhanden is, zij zich steunt en er blijken ook versies te bestaan waarin het woord “(gewoonlijk)” juist niet is vermeld bij het lemma “standplaats”.

11. Nu de werktuigen, waaronder de maaiers, gedurende de betrokken werken kunnen worden gestald op de voormelde locatie te Maldegem, lijkt men het de verwerende partij niet ten kwade te mogen duiden dat zij bij de puntentoebedeling pragmatisch uitging van die locatie. Zoals de verwerende partij terecht lijkt aan te voeren, dient het bestek ook niet zo te worden gelezen dat de betrokken machines permanent op de werkplaats zouden moeten worden gestald. De grief die voor het betrokken gunningscriterium de puntentoekenning aan de offerte van de gekozen inschrijver betreft is bijgevolg niet ernstig.

12. Gelet op hetgeen voorafgaat lijkt ten slotte de vergelijking met de feitelijke situatie van een van de andere inschrijvers die de verzoekende partij maakt, niet relevant. De aangevoerde beweerde onrechtmatigheid inzake

–opnieuw– de controle van de werkplaatslocatie lijkt geen invloed te hebben kunnen uitoefenen op de bestreden gunningsbeslissing waarvan niet lijkt te zijn aangetoond dat deze ten opzichte van de verzoekende partij onrechtmatig is.

13. Een schending van de in het middel ingeroepen beginselen is niet aangetoond.

Het enig middel is niet ernstig.

VI. Besluit

14. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

Nu de gevraagde schorsing niet wordt bevolen, is er geen reden om het verzoek tot het opleggen van een dwangsom in te willigen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering tot schorsing en de vraag tot het opleggen van een dwangsom.

2. De kennisgeving van dit arrest aan de partijen gebeurt met een e-mailbericht.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken op elf juni tweeduizend twintig door de Raad van State,
XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,
bijgestaan door
Silja Doms,

kamervoorzitter,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest