

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.530 van 20 januari 2021
in de zaak A. 232.530/XII-9010**

In zake: de NV AQUALEX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9052 Gent
Dorpsstraat 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de PROVINCIE VLAAMS-BRABANT

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 december 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 3 december 2020 van de deputatie van de provincie Vlaams-Brabant, onder het bestek nummer 2020003_R_waterkoelers_FAC, waarbij perceel 1 ‘Waterkoelers op leidingwater’ wordt gegund aan de bv Waterlogic Belgium en van de impliciete beslissing om niet aan de nv Aqualex te gunnen.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 januari 2021, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partij, en Johan Guillemin, diensthoofd juridische dienst, die verschijnt voor de verwerende 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 provincie Vlaams-Brabant, Directie ondersteuning, Dienst facilitair beheer schrijft een overheidsopdracht uit met als voorwerp een “raamovereenkomst voor het huren en onderhouden van waterkoelers voor alle instellingen van het provinciebestuur van Vlaams-Brabant”.

De opdracht is opgedeeld in twee percelen: perceel 1: waterkoelers op leidingwater en perceel 2: waterkoelers op flessenwater. De voorliggende vordering heeft betrekking op perceel 1.

3.2. De opdracht is bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 9 juli 2020.

3.3. De opdracht wordt gegund met een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

3.4. Punt 18 van het toepasselijke bestek bepaalt de gunningscriteria: 1) Prijs: 60 punten, 2) Gebruiks- en onderhoudsvriendelijkheid: 20 punten en 3) Milieu- energie- en duurzaamheidsaspecten: 20 punten.

Het technische gedeelte van het bestek (bladzijde 23) geeft de volgende beschrijving van de waterkoelers:

“Beschrijving waterkoelers:

Waterkoeler met rechtstreekse aansluiting op waterleiding en waterkoeler met flessenwater;

- verkrijgbaar als staand model en tafelmodel;
- zeer compact toestel (zowel tafelmodel als model met onderkast), afmetingen worden opgegeven door de kandidaat-inschrijver;
- tafelmodel overal plaatsbaar (bv. aanrecht, tafel,...);
- mooie en eigentijdse vormgeving;
- ideaal voor gebruik in een kantooromgeving;
- gemakkelijk afneembaar wateropvangbakje;
- voldoende bedieningsruimte zodat men makkelijk een glas/beker kan vullen, maar ook de mogelijkheid om een karaf en flesjes te vullen(± 25 cm);
- de taphoogte voor het model met onderkast (niet-tafelmodel) dient op ergonomische hoogte te staan;
- de koeling van het drinkwater dient te gebeuren op het moment van de vraag;
- voor de samenstelling van de koelers wordt gebruik gemaakt van duurzame en hygiënische materialen die eenvoudig reinigbaar zijn (voldoen aan HACCP).”

Specifiek voor perceel 1 wordt toegevoegd:

“Beschrijving waterfilter voor waterkoeler op leidingwater:

De waterkoeler dient voorzien te zijn van een filtersysteem om onzuiverheden en ongewenste smaken, geuren en verontreinigingen uit het water te filteren.

De (actieve) koolstoffilter zorgt minimaal voor:

- filtering van onzuiverheden/sediment vanaf 0,5 micron, d.w.z. dat alle deeltjes groter dan 0,5 micron worden opgevangen door de filter. Ook deeltjes geoxideerd ijzer, algen, cysten, schimmels en de meerderheid van levende/zwevende organismen worden tegengehouden;
- verminderen/verwijderen van chloorsmaak en- geur;
- voorkomen van kalkafzetting.”

3.5. De opening van de offertes vindt plaats op 11 augustus 2020.
Vijf ondernemingen dienen een offerte in voor perceel 1:

- nv Aqualex (verzoekende partij);
- nv De Leiding;
- de bv Sprankle;

- de nv The Water Purifier;
- de bv Waterlogic Belgium.

3.6. Alle ondernemingen worden geselecteerd.

3.7. Al deze inschrijvers dienen een definitieve offerte in.

3.8. Het deputatiebesluit van 3 december 2020 vermeldt onder punt 6.2 “Onderzoek van de regelmatigheid”:

“Alle offertes beantwoorden aan de eisen, voorwaarden en criteria vermeld in de aankondiging van de opdracht en de opdrachtdocumenten met inachtneming, indien van toepassing, van de varianten of opties. Er werden geen onregelmatigheden vastgesteld. De offertes zijn regelmatig.”

De opdracht wordt gegund aan de bv Waterlogic Belgium.

Dit is het bestreden besluit.

3.9. Per e-mailbericht van 10 december 2020 bezorgt de verwerende partij de gunningsbeslissing aan de verzoekende partij.

Wat de beoordeling van de gunningscriteria betreft, zijn in de versie van het deputatiebesluit zoals meegedeeld aan de verzoekende partij, enkel de globale scores per gunningscriterium en de rangschikking van de verzoekende partij en van de gekozen inschrijver leesbaar gehouden. De overige scores zijn onleesbaar gemaakt.

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 beslissingen 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

5. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de artikelen 4 en 5, § 1, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna wet overheidsopdrachten 2016), van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van artikel 76, §§ 1 en 5, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna koninklijk besluit plaatsing 2017) en van de beginselen van behoorlijk bestuur, “inzonderheid de materiële motiveringsplicht, het

gelijkheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel (patere legem quam ipse fecisti) en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de bestreden beslissingen, de offertes van alle inschrijvers regelmatig hebben verklaard, en bijgevolg een rangschikking op basis van vijf regelmatige offertes hebben opgesteld, waarbij de offerte van de inschrijver Waterlogic als de economisch meest voordelige regelmatige offerte werd gerangschikt;

Terwijl verzoekende partij meent dat – voor de door de begunstigde partij geboden prijs van 72.928 euro – het onmogelijk is om een technisch conforme offerte in te dienen die (i) een ‘direct chill’-koeltechnologie aanbiedt en (ii) een koolstoffilter heeft die onzuivere deeltjes tot 0,5 micron filtert; dat deze offerte aldus substantieel onregelmatig is wegens schending van 2 minimale technische eisen dan wel 2 als substantieel aangemerkte eisen; dat – op basis van de marktkennis van verzoekende partij – de niet-naleving van de minimale eis/substantiële eis inzake de koeltechnologie zich ook voordoet bij de inschrijver The Water Purifier; dat – op basis van de marktkennis van verzoekende partij - de niet-naleving van de minimale eis/substantiële eis inzake het te behalen niveau van filtering zich ook voordoet voor de inschrijvers De Leiding en The Water Purifier, zodat deze beide offertes tevens substantieel onregelmatig zijn.

Terwijl het bestek uitdrukkelijk vermeldt onder rubriek 17 ‘Regelmatigheid van de offertes’ dat de offertes van de geselecteerde inschrijvers zullen worden onderzocht op het vlak van hun regelmatigheid en dat onregelmatige offertes zullen worden geweerd, dat enkel regelmatige offertes in aanmerking komen om te worden getoetst aan de gunningscriteria;

Terwijl de definitieve offertes van Waterlogic, The Water Purifier en De Leiding die substantiële onregelmatigheden bevatten niet aan de gunningscriteria mogen worden getoetst;

Zodat de beoordeling van de offertes in feite niet juist is en in rechte niet juist is, minstens de offertes van De Leiding, The Water Purifier en Waterlogic ten onrechte (impliciet) als regelmatig zijn beschouwd; de bestreden beslissingen ten onrechte een klassement met vijf regelmatige offertes hebben opgesteld; dat op dit ogenblik enkel vaststaat dat de offerte van verzoekende partij volledig besteksconform is en - op basis van haar rangschikking als vierde - de economisch meest voordelige regelmatige offerte is; dat de motieven van de bestreden beslissingen niet draagkrachtig zijn en de hierboven [aangehaalde] wetsbepalingen schenden”.

De verzoekende partij licht toe dat het bestek strenge technische eisen oplegt inzake de koeltechniek en inzake de graad van filtering. Het gaat volgens de verzoekende partij om minimale eisen dan wel om eisen die als substantieel worden aangemerkt omdat zij uitdrukkelijk zijn beschreven als de gedetailleerde technische specificaties waaraan het voorgestelde product en de definitieve offerte moeten voldoen.

De verzoekende partij benadrukt dat haar offerte aan de beide vereisten voldoet en regelmatig is.

De meegedeelde gecensureerde beslissing en bijlage laten de verzoekende partij niet toe na te gaan of de offertes correct zijn beoordeeld. Op grond van haar marktkennis meent de verzoekende partij evenwel dat de opgegeven prijs door de gekozen inschrijver onmogelijk toestaat te voldoen aan de technische vereisten inzake het koelsysteem en filtercapaciteit. De verzoekende partij vraagt de Raad de substantiële onregelmatigheid van de offertes van de eerste drie gerangschikte inschrijvers vast te stellen.

De verzoekende partij vervolgt met te betogen dat het feit, dat over de betrokken minimale vereisten is heengegaan, de gekozen inschrijver een discriminerend voordeel heeft geboden en tot concurrentievervalsing heeft geleid. Het niet voldoen aan die vereisten heeft immers een weerslag op de kostprijs van de offerte.

De verzoekende partij besluit dat haar offerte, die als vierde regelmatige offerte is gerangschikt, de economisch gezien meest voordelige regelmatige offerte is.

6. In de nota antwoordt de verwerende partij dat zij geen enkele van de technische specificaties als substantieel heeft aangemerkt. Door alle inschrijvers toe te laten tot de onderhandelingen heeft zij uitdrukkelijk bevestigd dat de initiële offertes geen substantiële onregelmatigheden vertoonden.

De verwerende partij bevestigt dat meer bepaald de offerte van de gekozen inschrijver niet aan alle technische besteksbepalingen voldeed. De

verwerende partij meent evenwel dat door strikt vast te houden aan al te strenge technische specificaties, zij de mededinging kunstmatig zou hebben beperkt en aldus slechts één inschrijver had overgehouden en had mogen toelaten tot de onderhandelingen.

Bovendien wijst de verwerende partij erop dat het gaat om een onderhandelingsprocedure. Het doel van onderhandelen is er voor te zorgen dat aan de behoeften van de aanbestedende overheid wordt tegemoet gekomen. Een aanbestedende overheid mag tijdens de onderhandelingen haar behoeften bijsturen, zonder te raken aan de essentie van de opdracht.

6.1. De gevraagde grootte van de filterporiën van 0,5 micron is volgens de verwerende partij een te strenge vereiste gebleken om te voldoen aan de gebruiksdoeleinden in een kantooromgeving. Daarom heeft de verwerende partij na de onderhandelingen van alle inschrijvers een BAFO gevraagd zonder de inschrijvers er uitdrukkelijk op te wijzen dat enkel met een filter tot op 0,5 micron diende te worden ingeschreven. Indien zij de BAFO van de gekozen inschrijver – waarin zoals zij toegeeft de aangeboden waterkoeler het water slechts tot 1 micron filtert – en andere inschrijvers substantieel onregelmatig zou hebben verklaard wegens het niet voldoen aan de strenge filtervereiste, dan had zij het vertrouwensbeginsel geschonden.

6.2. Wat voorts het type koeling betreft, zou volgens de verwerende partij tijdens de onderhandelingen zijn gebleken dat het oorspronkelijke achterliggende uitgangspunt voor deze besteksvereiste, dit is de beperking van het energieverbruik, verkeerd was. Vervolgens heeft de verwerende partij voorrang gegeven aan het energieverbruik en de impact op het milieu en heeft zij afgezien van de technische vereiste van koeling op het moment van de vraag, eerder dan vast te houden aan de technische wijze waarop dat resultaat diende te worden gehaald. De verwerende partij merkt op dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift niet aantoonde dat de gekozen technische oplossing kwalitatief inferieur zou zijn aan de door haar aangeboden technische oplossing.

6.3. De verwerende partij besluit dat “(z)owel uit de gunningscriteria als uit de e-mail waarbij ze naar de definitieve offerte vroeg”, [...] trouwens

overduidelijk [bleek] dat [zij] bijzonder veel belang hechtte aan kostprijs en duurzaamheidscriteria en minder aan enkele technische details, die in de loop van de onderhandelingen trouwens gerelativeerd konden worden”.

Beoordeling

7. Artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt:

“§ 1. De aanbestedende overheid gaat na of de offertes regelmatig zijn. De offerte kan substantieel of niet substantieel onregelmatig zijn. Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken. De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd :

1° de niet-naleving van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, voor zover deze niet-naleving strafrechtelijk gesanctioneerd wordt;

2° de niet-naleving van de vereisten bedoeld in de artikelen 38, 42, 43, § 1, 44, 48, § 2, eerste lid, 54, § 2, 55, 83 en 92 van dit besluit en in artikel 14 van de wet, voor zover zij verplichtingen bevatten ten aanzien van de inschrijvers;

3° de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten.

§ 2. De offerte die slechts een of meer niet-substantiële onregelmatigheden bevat die, zelfs gecumuleerd of gecombineerd, niet de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengen, wordt niet nietig verklaard.

§ 3. [...]

§ 4. [...]

§ 5. De onderhavige paragraaf is van toepassing op het regelmatigheidsonderzoek van de offertes bij de opdrachten met een geraamde waarde lager dan de drempel voor de Europese bekendmaking waarbij gebruik wordt gemaakt van een procedure waarin onderhandelingen toegelaten zijn en onverminderd paragraaf 2 en artikel 39, § 7, tweede lid, van de wet. De aanbestedende overheid beslist om hetzij de substantieel onregelmatige offerte nietig te verklaren, hetzij om deze onregelmatigheid te laten regulariseren. Hetzelfde geldt indien de offerte meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat, wanneer de cumulatie of combinatie ervan de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengt.”

8. Het bestek beschrijft de technische specificaties waaraan de aangeboden waterkoelers moeten voldoen. Voor beide percelen is onder meer bepaald dat de “koeling van het drinkwater dient te gebeuren op het moment van de vraag”. Specifiek voor perceel 1 is onder meer bepaald dat “(d)e (actieve) koolstoffilter [...] minimaal [zorgt] voor: filtering van onzuiverheden/sediment vanaf 0,5 micron, d.w.z. dat alle deeltjes groter dan 0,5 micron worden opgevangen door de filter”.

9. De verwerende partij bevestigt in de eerste plaats in haar nota dat de offerte van de gekozen inschrijver niet beantwoordt aan de technische vereiste inzake de filtercapaciteit. Zij verklaart hieromtrent dat de betrokken waterkoeler het water slechts tot 1 micron filtert. In haar nota verklaart de verwerende partij voorts dat zij over deze onregelmatigheid is heengestapt en bij geen van de inschrijvers naar aanleiding van de onderhandelingen de aandacht nog heeft gevestigd op deze besteksvereiste. Zij verdedigt haar beslissing dan ook met een verwijzing naar het vertrouwensbeginsel.

10. Dit besluitvormingsproces komt *prima facie* niet rechtmatig over. Anders dan de verwerende partij in haar nota betoogt, lijkt de libellering van de besteksvereiste, dat de koolstoffilter “minimaal” – het woord is in het bestek benadrukt door een onderstreping - zorgt voor filtering van onzuiverheden/sediment vanaf 0,5 micron, de interpretatie te ondersteunen van de verzoekende partij dat het gaat om een minimale vereiste.

In die gegeven omstandigheden mocht dan van de aanbestedende overheid worden verwacht dat zij in haar besluitvorming bijzondere aandacht zou hebben besteed aan deze technische besteksvereiste en op zijn minst zelfs ook in de bestreden beslissing een afdoende verklaring zou hebben gegeven waarom deze *prima facie* substantiële vereiste zich niet heeft verzet tegen het in aanmerking nemen van de betrokken offertes of heeft genoopt tot regularisatie ervan. Aldus schiet de besluitvorming alvast tekort aan de formelemotiveringsverplichting, aangezien in de bestreden beslissing in de motivering enkel wordt gewag gemaakt van : “Er werden geen onregelmatigheden vastgesteld. De offertes zijn regelmatig”. Door niet aan te nemen dat de vereiste ook substantieel was, lijkt ook de materiële motiveringsplicht geschonden.

11. Bovendien blijkt de aanbestedende overheid haar gewijzigde inzichten naar behoefte toe en daaraan beantwoordende gestrengheid van de technische voorschriften niet ten gepaste tijde op gelijke wijze naar alle inschrijvers toe te hebben gecommuniceerd. Aldus lijkt ook de gelijkheid onder de inschrijvers in het gedrang te zijn gekomen. Het vertrouwen dat de aanbestedende overheid mogelijks heeft gewekt bij inschrijvers waarvan het aanbod niet voldeed aan de filtercapaciteit van 0,5 micron, vermag op het eerste gezicht niet te primeren op de onvergelijkbaarheid van de offertes ingevolge de niet door de verwerende partij tegengesproken vermoedelijke impact op de prijsopgaven van de inschrijvers. Zulks staat dan op gespannen voet met het voormelde artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, in zoverre die bepaling de concurrentievervalsing als een criterium aanmerkt voor substantiële onregelmatigheid.

12. Dezelfde bedenkingen lijken eveneens voor de technische vereiste inzake de koeltechniek te gelden. Uit de bestreden beslissing en de nota lijkt immers te mogen worden afgeleid dat het feit of de aangeboden waterkoelers, minstens de door de gekozen inschrijver aangeboden waterkoeler, pas op het ogenblik van de vraag in koeling voorzagen, niet meer als een relevant gegeven in de controle van de regelmatigheid werd gebruikt. De aanbestedende overheid lijkt echter ook dit technisch voorschrift niet zomaar, en zeker niet zonder nadere uitleg in de bestreden beslissing, te hebben mogen negeren.

In zoverre de verwerende partij verklaart voorrang te hebben willen geven aan de milieu-, energie- en duurzaamheidsaspecten, moet worden opgemerkt dat enkel regelmatige offertes in aanmerking komen voor toetsing aan de betrokken gunningscriteria. Ten slotte lijkt het ook voor de vereiste inzake de koeltechniek niet ondenkbaar dat het terzijde laten van dat gegeven door inschrijvers zijn weerslag heeft gehad op de prijsopgave en derhalve op de vergelijkbaarheid van de offertes.

13. Deze vaststellingen volstaan om de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden gunningsbeslissing te bevelen. De verwerende partij lijkt immers te dezen hebben gehandeld met miskennis van het voormelde artikel 76 en bij de toepassing daarvan zich ook niet op zorgvuldige wijze van haar

onderzoeksverplichting te hebben gekweten. Zij is bij dat onderzoek over *prima facie* substantiële vereisten van het bestek heengegaan wat heeft geresulteerd in een gunningsbeslissing die niet op deugdelijke motieven lijkt te steunen, evenmin afdoende formeel is gemotiveerd en tevens tot een ongelijke behandeling van de inschrijvers lijkt te leiden.

14. Wat de impliciete weigeringsbeslissing betreft, toont de verzoekende partij in de huidige stand van de procedure evenwel niet aan dat het enig middel, in de mate dat het ernstig is bevonden, ook tot de uitzonderlijke vaststelling moet leiden dat de verwerende partij geen andere keuze meer had dan de opdracht aan haar te gunnen. Dat onderdeel van de vordering wordt verworpen.

VI. Besluit

15. Het enig middel is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden ingewilligd in de mate dat deze de bestreden gunningsbeslissing betreft.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 3 december 2020 van de deputatie van de provincie Vlaams-Brabant, waarbij perceel 1 ‘Waterkoelers op leidingwater’ wordt gegund aan de bv Waterlogic Belgium.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van twintig januari tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIle kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,
bijgestaan door
Silja Doms,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest