RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 249.558 van 22 januari 2021
in de zaak A. 232.534/XII-9012

In zake: de BV JOHFRA CLEANING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tim Dierynck
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Loofstraat 39
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE WEVELGEM
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 23 december 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissingen van [het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Wevelgem] dd. 9 december 2020 […] om de opdracht 'Ramenwas gebouwen gemeente en OCMW Wevelgem 2021-2024 – Perceel 2: ramenwas gebouwen OCMW' te gunnen aan [de nv Gom]".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 januari 2021, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tim Dierynck, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Manik Peferoen, 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 uit voor diensten met als voorwerp "Ramenwas gebouwen gemeente en OCMW Wevelgem 2021-2024". De opdracht wordt geplaatst met een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

De opdracht bestaat uit twee percelen:
- perceel 1: ramenwas gemeentelijke gebouwen, en
- perceel 2: ramenwas gebouwen OCMW.

Het betreft een gezamenlijke opdracht, waarbij de gemeente Wevelgem optreedt als aanbestedende overheid in naam van het OCMW Wevelgem.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 12 oktober 2020.

De voorliggende vordering heeft betrekking op de gunning van perceel 2.

3.2. Blijkens het bestek zullen de offertes worden getoetst aan de hand van drie gunningscriteria: 1) prijs: 60 punten, 2) kwaliteit: 30 punten en 3) duurzaamheid en milieuvriendelijkheid: 10 punten.

In verband met de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria bepaalt het bestek nog het volgende:

> "Indien bij de offerte niet alle nodige documenten werden toegevoegd om de gunningscriteria te kunnen beoordelen en nadien moeten opgevraagd worden, zullen 5 punten [worden] afgetrokken van het bekomen totaal."

3.3. Voor perceel 2 worden drie offertes ingediend, namelijk door de bv Johfra Cleaning, de nv Gom en de bv ICS Services.

3.4. Op 2 december 2020 wordt een gunningsverslag opgesteld. De drie inschrijvers worden geselecteerd, hun offertes worden regelmatig bevonden. De toetsing van de offertes aan de gunningscriteria ziet er samengevat als volgt uit:

Prijs	
- de bv Johfra Cleaning	60/60
- de nv Gom	57,37/60
- de bv ICS Services	50,14/60
Kwaliteit	
- de nv Gom	24/30
- de bv ICS Services	24/30
- de bv Johfra Cleaning	12/30
Duurzaamheid en milieuvriendelijkheid	
- de nv Gom	8/10
- de bv ICS Services	8/10
- de bv Johfra Cleaning	6/10
Finale rangschikking	
- de nv Gom	89,37/100

- de bv ICS Services 82,14/100
- de bv Johfra Cleaning 73/100.

Bij de offerte van de bv Johfra Cleaning werden 5 punten afgetrokken in de finale rangschikking omdat het VCA-attest niet werd bijgevoegd.

Er wordt voorgesteld perceel 2 van de opdracht te gunnen aan de nv Gom.

3.5. Op 9 december 2020 beslist de verwerende partij, verwijzend naar het gunningsverslag, om perceel 2 te gunnen aan de nv Gom voor 40.147,96 euro, btw niet inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing.

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.

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 in een enig middel, in het inleidend verzoekschrift aangebracht als "Eerste" middel, de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen', van de artikelen 4, 5, 8, § 1, en 29, § 1, van de wet 17 juni 2013 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies', en van de "algemene zorgvuldigheidsplicht en het formeel en materieel motiveringsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur".

De verzoekende partij zet in dit middel haar kritiek uiteen op de toetsing van haar offerte aan de hand van het tweede gunningscriterium "Kwaliteit" en van het derde gunningscriterium "Duurzaamheid en milieuvriendelijkheid".

Zij besluit uit deze kritiek dat haar offerte eigenlijk een score van 92/100 had moeten krijgen, waardoor zij op de eerste plaats zou komen en de opdracht haar gegund had moeten worden.

Beoordeling

6. De offerte van de verzoekende partij werd als derde gerangschikt met een score van 73/100. De offerte van de gekozen inschrijver als eerste met een score van 89,37/100 en de offerte van bv ICS services als tweede met een score van 82,14/100.

De verzoekende partij voert in haar enig middel geen enkele kritiek aan op de toetsing van de offertes van de twee overige inschrijvers aan de gunningscriteria. Zij betoogt enkel dat haar offerte meer punten had moeten krijgen, zodat de puntenscores van de offertes van de andere inschrijvers mogen worden geacht onveranderd overeind te blijven.

De verzoekende partij heeft echter een puntenachterstand van 16,37 punten in te halen op de als eerst gerangschikte inschrijver.

Om deze achterstand in te halen, dienen elk van haar kritieken ernstig te worden bevonden.

Zodra blijkt dat zij de puntenachterstand niet langer kan inlopen – bijvoorbeeld omdat een van haar kritieken faalt – lijkt zij geen belang meer te hebben bij haar overige kritieken. Immers, zelfs indien ernstig, kunnen deze dan niet tot de vaststelling leiden dat zij als eerste gerangschikt dient te worden en de opdracht aan haar dient te worden gegund.

7. De offerte van de verzoekende partij kreeg een minscore van 5 punten, zoals bepaald in het bestek, omdat het VCA-attest ontbrak, welk attest betrekking had op de onderdelen “Kwaliteitscontrole” en “Veiligheid” van het tweede gunningscriterium “Kwaliteit”.

In het middel betoogt de verzoekende partij dat zij dat attest wél bij haar offerte had gevoegd. In de bij het verzoekschrift gevoegde versie van haar offerte is een dergelijk attest opgenomen.

In de nota met opmerkingen beklemtoont de verwerende partij dat bij de offerte zoals ingediend in het kader van de plaatsingsprocedure geen VCA-attest was gevoegd. De verwerende partij wijst daarnaast op diverse discrepanties tussen de versie van de offerte van de verzoekende partij zoals ingediend in de plaatsingsprocedure en de versie van de offerte zoals bij het verzoekschrift gevoegd.

Uit de diverse stukken die de verwerende partij voorlegt, dient op het eerste gezicht te worden besloten dat het VCA-attest inderdaad lijkt te ontbreken in de offerte zoals ingediend in het kader van de plaatsingsprocedure. Noch in de opsomming van de op het elektronisch platform e-Tendering ingediende documenten bij de offerte van de verzoekende partij, noch in de lijst van offertebestanden zoals die werden gedownload door de verwerende partij, noch in de versie van de offerte zoals neergelegd bij het administratief dossier, wordt een VCA-attest vermeld of opgenomen.

Op zicht van het administratief dossier – en gelet op het vermoeden van wettigheid dat aan de bestreden beslissing kleeft – dient op het eerste gezicht in de huidige stand van het geding te worden besloten dat bij de offerte zoals ingediend geen VCA-attest was gevoegd. De vaststelling in het gunningsverslag dat dit attest ontbrak en dat er bijgevolg, zoals vooropgesteld in het bestek, een minscore van 5 punten diende te worden toegepast op de offerte van de verzoekende partij, lijkt aldus *prima facie* te steunen op in rechte en in feite aanvaardbare motieven.

Waar de verzoekende partij in het kader van de procedure voor de Raad van State wel een VCA-attest voorlegt, dient er te worden vastgesteld dat zij de aanbestedende overheid niet kan verwijten geen rekening te hebben gehouden met documenten waarvan niet is aangetoond dat zij wel degelijk bij haar offerte waren gevoegd.

In zoverre de verzoekende partij doet gelden dat de aanbestedende overheid het betrokken stuk had kunnen of moeten opvragen, gaat zij eraan voorbij dat een inschrijver geen aanspraak lijkt te kunnen maken op het

opvragen van aanvullende stukken door het bestuur, het komt immers in de eerste plaats aan hem toe om zijn offerte zorgvuldig samen te stellen en in te dienen.

Overigens lijkt het dat het opvragen van het betrokken stuk volgens de relevante besteksbepaling geen invloed zou hebben gehad op de toekenning van de minscore.

8. Waar de verzoekende partij zichzelf een score van 92/100 toeschrijft in dit middel, dient deze puntenscore, nu haar kritiek faalt op de puntenaftrek van 5 punten wegens het ontbreken van een VCA-attest, op het eerste gezicht in elk geval te worden gereduceerd tot in het beste geval nog hoogstens 87/100, zulks enkel in zoverre alle andere kritieken op de toetsing van haar offerte ernstig zouden blijken – wat overigens geen evidentie lijkt. Meerdere van die kritieken lijken immers *prima facie* niet meer dan wat de verzoekende partij in de plaats gesteld wil zien van de beoordeling door de aanbestedende overheid.

In elk geval behaalde de offerte van de gekozen inschrijver 89,37/100. Het middel is niet van aard om die puntenscore te verminderen en lijkt er nog hoogstens toe te kunnen leiden dat de verzoekende partij 87/100 haalt.

Aldus dient te worden besloten, in de huidige stand van het geding, dat de verzoekende partij niet aantoont dat haar offerte als eerste had moeten worden gerangschikt.

9. Het middel dient te worden verworpen als niet ontvankelijk.

VI. Besluit

10. Bij gebrek aan een ernstig middel waarop ze steunt, dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van tweeëntwintig januari tweeduizend eenentwintig, 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**