RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 249.935 van 1 maart 2021
in de zaak A. 232.827/XII-9037

In zake: de BV SERENDIPITY
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Konstantijn Roelandt
kantoor houdend te 2221 Heist-op-den-Berg
Dorpsstraat 91
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD TURNHOUT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Gitte Laenen en Wouter Rubens
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de BV NEW BALLS PLEASE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Van Der Veken
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Amerikalei 182
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 1 februari 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Turnhout van 20 januari 2020 waarbij de overheidsopdracht voor leveringen met als voorwerp ‘opbouw vaccinatiecentrum in Turnhout’ wordt gegund aan de bv New Balls Please en niet aan de bv Serendipity.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Met een verzoekschrift van 11 februari 2012 heeft de bv New Balls Please gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 februari 2021, om 14.45 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Konstantijn Roelandt, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Wouter Rubens, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Sara Nizet, die *loco* advocaat Filip Van Der Veken verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ines Martens 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 stad Turnhout schrijft in opdracht van de Eerstelijnszone Kempenland een overheidsopdracht uit voor leveringen met als voorwerp “Opbouw vaccinatiecentrum in Turnhout”.

De opdracht is onderworpen aan het bestek nr. 2021618. De opdracht wordt daarin als volgt toegelicht:

> “Eerstelijnszone Kempenland is aangeduid om een vaccinatiecentrum in te richten in Turnhout. De opbouw van dit centrum zou moeten starten rond 1 februari, om operationeel te zijn tegen 15 februari. Om dit te realiseren zoeken we een partner die de plaatsing, inrichting en uitbating van de infrastructuur op zich zal nemen. Momenteel zijn er nog veel onduidelijkheden en is de juiste locatie nog niet gekend (waardoor het ook nog onduidelijk is of we gebruik kunnen maken van een bestaand gebouw) en zijn de richtlijnen vanuit de Vlaamse Overheid nog aan wijzigingen onderhevig. Er wordt dan ook de nodige flexibiliteit gevraagd indien de strategie of de modaliteiten van de vaccinatiecentra wijzigen door nieuwe regelgeving. De blauwdruk waarover we momenteel beschikken is in bijlage toegevoegd, alsook een inplantingsplan dat door de stad Mechelen is gekozen en dat als inspiratie kan dienen. Omwille van bovenstaande, is de inventaris vrij uitgebreid en dient deze prijsvraag om de partner te kiezen die de uitbating van de infrastructuur op zich zal nemen. De juiste invulling van de opdracht zal met deze partner afgesproken worden zodra we over meer gegevens beschikken. Indien in de beschrijving noodzakelijke onderdelen vergeten zijn, dienen deze toch door de inschrijver voorzien te worden. Indien van de gevraagde data wordt afgeweken dient de inschrijver te motiveren waarom.”

De opdracht wordt gegund met een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking conform artikel 42, § 1, 1°, b), van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) omwille van dwingende spoed.

3.2. Op 12 januari 2021 nodigt de verwerende partij zestien ondernemingen uit, die eerder al te kennen hadden gegeven om deze opdracht te willen uitvoeren, om een offerte in te dienen tegen 14 januari 2021.

3.3. Op 16 januari 2021 wordt een gunningsverslag opgesteld. Er worden vier offertes regelmatig verklaard, waaronder de offertes van de verzoekende partij en de gekozen inschrijver, die vervolgens worden vergeleken. In het gunningsverslag wordt tot besluit voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de bv New Balls Please als economisch meest voordelige offerte. Met betrekking tot de vergelijking van de offertes wordt in het gunningsverslag vermeld:

nr	naam	motivering	score
Gunningscriterium nr. 1: prijs Beoordeling op 40 punten Regel van drie; score offerte = (prijs laagste offerte/prijs offerte)* gewicht van het criterium prijs			
8	Serendipity bvba	(848 469,42 EUR/848 469,42 EUR)* 40 = 40	40
6	New Balls Please	(848 469,42 EUR/955 308,60 EUR)* 40 = 35,53	35,53
3	Falcom bvba	(848 469,42 EUR/1 287 760,65 EUR)* 40 = 26,35	26,35
4	Mundomatic bvba	(848 469,42 EUR/1 502 724,58 EUR)* 40 = 22,58	22,58
Gunningscriterium nr. 2: kwaliteit Beoordeling op 30 punten Hier wordt oa. gekeken of de aangeboden materialen voldoen aan de kwaliteitseisen zoals in de blauwdruk beschreven			
4	Mundomatic bvba	4 aaneengeschakelde tenten 15x30 m + 3 afvaltenten van 3x3m. Zeer volledige en uitgewerkte offerte. De oppervlakte (1827 m²) voldoet aan de blauwdruk (>1100 m²)	30
6	Nem Balls Please bvba	alu tent 20*50m + 5 alutenten 5*5m + sanitaire units. Heldere offerte, realistische timing van bvb poets (4 personen 4 uur), …. Oppervlakte (1125 m²) voldoet aan blauwdruk (> 1100 m²) Voorzien camera's in de tenten zodat toezichter de flow kan opvolgen en ingrijpen waar nodig	30
3	Falcom bvba	Oppervlakte (840 m²) + sanitair (28,8 m²) is kleiner dan de oppervlakte die volgens blauwdruk gewenst is (> 1100 m²). (- 5 punten)	25
8	Serendipity bvba	tent 20x40m, afzonderlijke sanitaire units, en units voor medewerkers, voorraad, … (+/- 200 m²) Deze oppervlakte (1000 m²) is kleiner dan minimaal voorgestelde oppervlakte in de blauwdruk (> 1100 m²) (- 5 punten) poets 6 u per dag voorzien (3 pers 06.00u-08.00 u – 250 € per poetsbeurt). Bij het nazicht van de prijzen wordt dit opgemerkt als een abnormaal lage prijs. (gemiddelde prijs offertes 520,06 €/poetsbeurt) Omwille van de hoogdringendheid van het dossier, werd hiervoor geen prijsverantwoording gevraagd. In de beoordeling van het criterium kwaliteit wordt dit bestraft met 2.5 punten, wat overeenkomt met het puntenverschil op prijs indien de gemiddelde prijs voor de poets wordt aangenomen in de offerte van Serendipity. (-2,5 punten)	22,5
Gunningscriterium nr. 3: levertermijn Beoordeling op 30 punten			
3	Falcom bvba	De voorgestelde levertermijnen garanderen dat het vaccinatiecentrum ruim op tijd kan opgebouwd worden.	30
4	Mundomatic bvba	De voorgestelde levertermijnen garanderen dat het vaccinatiecentrum ruim op tijd kan opgebouwd worden.	30
6	New Balls Please bvba	De voorgestelde levertermijnen garanderen dat het vaccinatiecentrum ruim op tijd kan opgebouwd worden.	30
8	Serendipity bvba	De voorgestelde levertermijnen garanderen dat het vaccinatiecentrum ruim op tijd kan opgebouwd worden.	30

Finale rangschikking regelmatige offertes (gerangschikt volgens totale score:

nr	naam	score	Prijs incl. btw
6	New Balls Please bvba	95,53%	955 308,60 EUR
8	Serendipity bvba	92,5%	848 469,42 EUR
4	Mundomatic bvba	82,58%	1 502 724,58 EUR
3	Falcom bvba	81,35%	1 287 760,65 EUR

3.4. Bij beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Turnhout van 20 januari 2021 wordt goedkeuring verleend aan het gunningsverslag en wordt de opdracht vervolgens gegund aan de bv New Balls Please.

Met een e-mailbericht van 21 januari 2021 wordt de bv New Balls Please ervan in kennis gesteld dat de opdracht aan haar wordt gegund. De opdracht wordt gesloten met een brief van 21 januari 2021 en een e-mailbericht van 25 januari 2021.

Met een e-mailbericht van 21 januari 2021 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat de opdracht niet aan haar wordt gegund, alsook van het gemotiveerde verslag van nazicht van de offertes.

IV. Tussenkomst

4. De bv New Balls Please blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie tegen de impliciete beslissing uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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.

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.

VII. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

7. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, de materiëlemotiveringsplicht, het proportionaliteitsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

In een tweede onderdeel voert zij in essentie aan dat de voormelde beginselen werden geschonden doordat de verwerende partij bij de beoordeling van haar offerte in het kader van het tweede gunningscriterium “kwaliteit” ten onrechte rekening zou hebben gehouden met de grootte van de tent, terwijl dit geen verband vertoont met het kwaliteitscriterium zoals het werd omschreven in het bestek. Bovendien zou de verwerende partij vergeleken met een andere inschrijver een disproportioneel aantal punten hebben afgetrokken voor het feit dat de tent kleiner is dan de ideale oppervlakte. Ten slotte zou de grootte van de tent slechts betrekking hebben op de regelmatigheid van de offerte, waarbij dient te worden vastgesteld dat de door haar aangeboden tent plaats biedt aan de vereiste acht vaccinatielijnen zodat haar offerte terecht regelmatig werd bevonden.

Beoordeling

8. In tegenstelling tot wat de tussenkomende partij aanvoert, zet de verzoekende partij op het eerste gezicht op voldoende duidelijke wijze uiteen hoe de aangevoerde beginselen werden geschonden. De *exceptio obscuri libelli* wordt verworpen.

9. De aanbestedende overheid beschikt bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een aanzienlijke beoordelingsruimte. Het is in de eerste plaats de aanbestedende overheid die bepaalt wat zij als sterke en zwakke punten in de offertes beschouwt en om er dienovereenkomstig punten aan toe te kennen. De Raad van State is niet bevoegd om de beoordeling van de offertes over te doen en zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van deze van de overheid. In de uitoefening van het hem opgedragen rechtmatigheidstoezicht vermag hij wel desgevraagd na te gaan of deze beoordeling berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven en of het bestuur daarbij de grenzen van zijn beoordelingsruimte niet te buiten is gegaan en of daarbij de inschrijvers op gelijke wijze werden behandeld.

Daarbij wordt in het algemeen opgemerkt dat een toetsing van de offertes aan de gunningscriteria veronderstelt dat een afdoende vergelijking van de offertes plaatsvindt, waarbij het aangebodene wordt getoetst aan de verwachtingen

van de overheid, met vermelding en vergelijking van de respectieve sterke en zwakke punten van elk van de ingediende offertes.

10. Te dezen wordt in het bestek bij het litigieuze gunningscriterium vermeld dat “hier […] oa. [wordt] gekeken of de aangeboden materialen voldoen aan de kwaliteitseisen zoals in de blauwdruk beschreven”.

Voorts wordt in de technische bepalingen van het bestek onder meer bepaald:

> “III.2.1. Tentendorp
> Montage van een tentendorp conform de blauwdruk van het agentschap Zorg en Gezondheid (zie bijlage) op een verharde ondergrond, voorzien van een vlakke en gemakkelijk reinigbare vloer.
> De tent moet geschikt zijn om 8 vaccinatielijnen te organiseren.
> […]”.

De blauwdruk waarnaar in de omschrijving van het gunningscriterium en in de technische bepalingen van het bestek wordt verwezen, is bij het bestek gevoegd. In deze blauwdruk wordt onder meer het volgende vermeld:

> “TIMING
> […]
> GRONDPLAN
> […]
> CRITERIA
> Locatie en grootte
> - Afhankelijk van beschikbare locaties moet een keuze gemaakt worden
> - Idealiter 1 grote ruimte >1100m²
> - Starten met 1 à 2 vaccinatielijnen
> → Opschalen naar 4
> - Verdelen van de vaccinatielijnen over de locatie kan
> → 1 vaccinatielijn = 130 m²
> - Gemeenschappelijke ruimten in te passen in functie van het gebouw”

11. De verwerende partij heeft een globale beoordeling verricht van het gunningscriterium “kwaliteit” zoals aangekondigd in het bestek. Daarbij werden de sterke en de zwakke punten van de opbouw van het aangeboden

vaccinatiecentrum besproken en getoetst aan de criteria vermeld in de blauwdruk en werd vervolgens een globale score gegeven voor dit gunningscriterium. De verzoekende partij toont *prima facie* niet aan dat de globale score die voor het gunningscriterium “kwaliteit” werd gegeven aan haar eigen offerte en aan de offerte van de gekozen inschrijver niet in verhouding staat tot de woordelijke motivering omtrent de positieve dan wel negatieve waardering van het voorgestelde vaccinatiecentrum ten aanzien van de diverse criteria vermeld in de blauwdruk.

In de mate dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift aanvoert dat de minimale oppervlakte een kwestie van regelmatigheid van de offerte is, gaat zij eraan voorbij dat de vermelde oppervlakte van 1.100 m² in de blauwdruk wordt vermeld als “idealiter” en dat in de omschrijving van het kwalitatieve gunningscriterium uitdrukkelijk wordt vermeld dat zou worden beoordeeld in welke mate het aangebodene voldoet aan de kwaliteitseisen zoals beschreven in de blauwdruk. De “idealiter” gevraagde oppervlakte van minimaal 1.100 m² wordt niet in de technische bepalingen van het bestek opgelegd als een minimale eis die dient te worden gerespecteerd op straffe van nietigheid van de offerte. In de technische bepalingen wordt, zoals de verzoekende partij ook zelf aangeeft, met betrekking tot de oppervlakte slechts bepaald dat minimaal acht vaccinatielijnen moeten kunnen worden opgesteld in de tent.

Daarentegen wordt vastgesteld dat de blauwdruk waarnaar in de omschrijving van het gunningscriterium “kwaliteit” wordt verwezen, in belangrijke mate handelt over de indeling en de oppervlaktes van de ruimtes. Zoals de verwerende partij in haar nota aangeeft, mag op het eerste gezicht worden aangenomen dat dit bijgevolg een belangrijke kwaliteitseis betreft, gelet op de diverse in te richten zones en gelet op de te respecteren regels inzake *social distancing*. De verzoekende partij kan dan ook niet in redelijkheid betogen dat zij aan de hand van de omschrijving van het gunningscriterium “kwaliteit” in het bestek niet kon verwachten dat bij de beoordeling van dit criterium rekening zou worden gehouden met de in de blauwdruk opgenomen oppervlakte van de ruimte.

Voorts wordt in de beschrijving van het gunningscriterium vermeld dat onder andere zal worden nagekeken of de aangeboden materialen

voldoen aan de kwaliteitseisen vermeld in de blauwdruk zodat de beoordeling ook niet was beperkt tot een beoordeling van “de aangeboden materialen”.

12. Wat de kritiek betreft dat de verwerende partij een disproportioneel aantal punten zou hebben afgetrokken voor het niet voldoen aan de vooropgestelde oppervlakte van 1.100 m², toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan dat de verwerende partij buiten de grenzen van haar beoordelingsruimte is getreden door vijf punten op een totaal van dertig punten voor dat criterium in mindering te brengen omwille van het niet voldoen aan de in de blauwdruk idealiter gevraagde oppervlakte. Zoals hiervoor reeds aangegeven mag op het eerste gezicht worden aangenomen dat de gevraagde minimale oppervlakte in de blauwdruk een belangrijke kwaliteitseis betreft, gelet op de diverse in te richten zones met inachtneming van de regels inzake *social distancing*. De verzoekende partij toont in de gegeven omstandigheden niet aan dat de aftrek van 5 punten geenszins in verhouding zou staan tot het belang van het respecteren van de gevraagde grootte van de tent in functie van het voorwerp van de opdracht.

Op het eerste gezicht kan de kritiek dat de verwerende partij daarbij een gelijk aantal punten heeft afgetrokken bij de twee offertes “voor het feit dat de tent kleiner is dan de ideale oppervlakte”, ongeacht de mate waarin ze hier niet aan voldeden, evenmin worden bijgevallen, nu de verzoekende partij een “tent 20x40m” aanbiedt en de andere inschrijver één met een oppervlakte “840 m2”, zodat het in het licht van de blauwdruk die “Idealiter 1 grote ruimte >1100m²” vermeldt, niet disproportioneel lijkt om voor beide voorstellen evenveel punten af te trekken, ook al biedt de verzoekende partij wat extra units aan .

Het gaat bovendien in beide gevallen om offertes die wel regelmatig werden bevonden en die aldus in tenten voorzagen waarin wel minstens de gevraagde acht vaccinatielijnen kunnen worden ingericht.

Het tweede onderdeel is dan ook niet ernstig.

12. In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de prijs voor de post “poetsen” in het verslag van nazicht als “abnormaal laag” wordt

beschouwd en zij daarvoor wordt bestraft met een verlies van 2,5 punten, terwijl deze handelwijze in strijd is met de voormelde bepalingen en beginselen.

Aangezien het tweede middelonderdeel niet ernstig is bevonden, heeft de verzoekende partij geen belang bij haar kritiek geformuleerd in het eerste middelonderdeel. Mocht die kritiek immers ernstig worden bevonden, dan zou dit er enkel kunnen toe leiden dat haar bijkomend 2,5 punten worden toegekend, hetgeen onvoldoende is om het verschil van 3,03 punten met de eerste gerangschikte te overbruggen en aldus de rangschikking van de offertes alsnog te wijzigen.

VIII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv New Balls Please tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

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.
De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van een maart tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Johan Bovin**