RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 252.913 van 8 februari 2022
in de zaak A. 235.377/XII-9175

In zake: de BV KLIKO BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Inke Dedecker
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Spoorwegstraat 105
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de INTERCOMMUNALE ONTWIKKELINGS-MAATSCHAPPIJ VOOR DE KEMPEN AFVALBEHEER (IOK Afvalbeheer)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 januari 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[d]e beslissing van 22 december 2021 van [de Intercommunale Ontwikkelingsmaatschappij voor de Kempen (IOK) Afvalbeheer] om het gunningsverslag in bijlage goed te keuren en de opdracht 'raamovereenkomst identificatie- en weegsystemen voor afvalvoertuigen' voor perceel 1: identificatie- en weegsystemen voor ophaalwagens huis-aan-huis (DIFTAR) te gunnen aan de firma met de enige regelmatige offerte, zijnde Van De Vliet A.E. [bv], inclusief verplichte optie full-omniumcontract en de beslissing van [IOK Afvalbeheer] om de offerte van [de bv Kliko Belgium] nietig te verklaren wegens substantiële onregelmatigheid".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 1 februari 2022.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Inke Dedecker, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Robin Depoorter, die *loco* advocaat Gitte Laenen 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 Intercommunale Ontwikkelingsmaatschappij voor de Kempen Afvalbeheer schrijft een overheidsopdracht voor leveringen uit met als voorwerp ‘raamovereenkomst identificatie- en weegsystemen voor afvalvoertuigen’. De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure.

De opdracht wordt opgedeeld in drie percelen:

- perceel 1: identificatie- en weegsystemen voor ophaalwagens huis-aan-huis (DIFTAR);
- perceel 2: identificatiesysteem ophaalwagens huis-aan-huis papiercontainers;
- perceel 3: chassisweging ophaalwagen op afroep met registratiesysteem.

De voorliggende vordering heeft betrekking op perceel 1.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 3 september 2021 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 8 september 2021.

3.2. In verband met perceel 1 stelt de verzoekende partij een aantal vragen om verduidelijking aan de verwerende partij. Meer bepaald vraagt zij om bevestiging dat het voldoende is dat het identificatie- en weegsysteem het nettogewicht van elke lading afval zou doorgeven. Hierop wordt door de verwerende partij geantwoord dat dit niet het geval is, en dat zij integendeel inzage moet hebben in de bruto-, tarra- en nettogewichten.

Voor perceel 1 worden uiteindelijk twee offertes ingediend, namelijk door de verzoekende partij en door de bv Van De Vliet A.E.

Op 1 december 2021 wordt een verslag van nazicht van de offertes opgesteld. Beide inschrijvers worden geselecteerd. Wat de regelmatigheid van de offertes betreft, wordt de offerte van de bv Van De Vliet A.E. regelmatig bevonden. De offerte van de verzoekende partij wordt daarentegen als substantieel onregelmatig beschouwd en om die reden nietig verklaard. De motivering voor die beslissing luidt:

> "Het aangeboden identificatie- en weegsysteem van Kliko Belgium nv voldoet niet aan de technische voorschriften (minimumeisen) van het bestek. De offerte van Kliko stelt enkel nettogewichten ter beschikking en geen bruto en tarra.
> […]
> In het bestek wordt op meerdere plaatsen duidelijk aangegeven dat het beschikbaar zijn van netto, bruto en tarragewichten per lediging noodzakelijk is. Voor aanrekening aan de burger is weliswaar enkel het nettogewicht vereist, maar voor het monitoren van het weegsysteem en analyse van klachten mbt aangerekende gewichten zijn de bruto en tarragewichten van belang. Het gaat dan ook om minimale eisen van het bestek.
> […]
> De offerte van Kliko voor perceel 1 voldoet niet aan bovenvermelde minimale eisen van het bestek en is daardoor substantieel onregelmatig.
> Bij een openbare procedure leidt een substantieel onregelmatige offerte automatisch tot de nietigheid van de offerte (art. 76, § 3 KB Plaatsing)."

Na toetsing aan de gunningscriteria wordt voorgesteld om de opdracht voor perceel 1 te gunnen aan de bv Van De Vliet A.E., die als enige een regelmatige offerte heeft ingediend.

3.3. Op 22 december 2021 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij, verwijzend naar het verslag van nazicht, om de opdracht voor perceel 1 te gunnen aan de bv Van De Vliet A.E.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. Op 31 januari 2022, dus daags vóór de terechtzitting, legt de verzoekende partij twee aanvullende stukken neer, tot nadere staving van haar middel.

De verwerende partij vraagt ter terechtzitting om die stukken uit het debat te weren.

De verzoekende partij heeft zich ertoe beperkt de bedoelde stukken neer te leggen ter ondersteuning van haar reeds ingeroepen enig middel. De verwerende partij heeft de gelegenheid gekregen om opmerkingen te maken op die stukken, en zij heeft ter terechtzitting ook van die gelegenheid gebruikgemaakt. Ook al ziet de Raad van State niet in waarom die stukken niet al bij het verzoekschrift gevoegd hadden kunnen worden, er is te dezen geen aanleiding om ze uit het debat te weren.

V. Schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 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’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende

vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van artikel 76, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van de artikelen 4, eerste lid, 8° en 5, eerste lid, 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’ (hierna: wet rechtsbescherming), en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald de materiëlemotiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

> “Doordat de offerte van verzoekende partij nietig wordt verklaard om reden dat het aangeboden identificatie- en weegsysteem niet voldoet aan de technische voorschriften (minimumeisen) van het bestek, meer bepaald omdat de offerte van verzoekende partij enkel nettogewichten ter beschikking stelt en geen bruto en tarra.
> Terwijl artikel 76, § 1, KB Plaatsing bepaalt dat de aanbestedende overheid nagaat of de offertes regelmatig zijn en dat de offerte substantieel of niet substantieel onregelmatig kan zijn.
> Verder bepaalt artikel 76, § 1, KB Plaatsing dat een offerte substantieel onregelmatig is 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,

En terwijl artikel 76, § 3, KB Plaatsing bepaalt dat wanneer gebruik wordt gemaakt van een openbare of niet-openbare procedure, de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte nietig verklaart,

En terwijl artikel 4, [eerste lid], 8°, van de Wet Rechtsbescherming bepaalt dat de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing opstelt wanneer ze de opdracht gunt, ongeacht de procedure,

En terwijl artikel 5, [eerste lid], 8°, van de Wet Rechtsbescherming bepaalt dat de in artikel 4 bedoelde gemotiveerde beslissing, naargelang de procedure en het soort beslissing, de namen van de inschrijvers bevat van wie de offerte onregelmatig is bevonden en de juridische en feitelijke motieven voor hun wering. Deze motieven hebben met name betrekking op het abnormale karakter van de prijzen en, in voorkomend geval, op het bevinden van de niet gelijkwaardigheid van de voorgestelde oplossingen aan de technische specificaties of het niet voldoen aan de vastgestelde prestatie-eisen of functionele eisen,

En terwijl het materieel motiveringsbeginsel inhoudt dat een overheidsbeslissing dient te worden gemotiveerd met begrijpelijke motieven die juridisch en feitelijk correct zijn en die voldoende draagkrachtig zijn om de beslissing te schragen,

En terwijl het zorgvuldigheidsbeginsel onder meer vereist dat de overheid zorgvuldig handelt bij de voorbereiding van de beslissing.”

In de toelichting bij het middel wijst de verzoekende partij erop dat in het verslag van nazicht wordt gesteld dat haar offerte enkel nettogewichten ter beschikking stelt en geen bruto- en tarra. Uit haar offerte blijkt evenwel dat het door haar aangeboden identificatie- en weegsysteem wel degelijk netto-, bruto- en tarragewichten ter beschikking stelt. Zij verwijst in dit verband naar een bij haar offerte gevoegd document, genoemd ‘EU-Baumusterprüfbescheinigung’ (certificaat van EU-typeonderzoek), waarin het volgende wordt vermeld:

“Nach Handauslösung der Kippung erfolgt selbsttätig:

- die Behälteridentifikation (optional: auch programmüberwachte Handeingabe),
- die Bruttowägung bei der Aufwärtsbewegung durch die Wägezone (dynamisch),
- die Entleerung,
- die Tarawägung bei der Abwärtsbewegung durch die Wägezone (dynamisch),
- Berechnung und Abdruck oder Speicherung oder Übermittlung via serielle Schnittstelle des Nettogewichts mit Behälterzuordnung,

Datum und Uhrzeit.

[Na handmatige activering van de kanteling volgt automatisch:
- de containeridentificatie (facultatief: ook programmagestuurde handmatige invoer),
- de brutoweging tijdens de opwaartse beweging door de weegzone (dynamisch),
- het leegmaken,
- de tarraweging tijdens de neerwaartse beweging door de weegzone (dynamisch),
- berekening en afdruk of opslag of overdracht via seriële interface van het nettogewicht met toewijzing aan de container, de datum en het uur).

(eigen vertaling door de Raad van State)]."

Volgens de verzoekende partij is de beoordeling in het gunningsverslag dan ook "manifest foutief" zodat haar offerte ten onrechte nietig werd verklaard.

Met haar schrijven van 31 januari 2022 legt de verzoekende partij twee bijkomende stukken neer, die volgens haar eveneens aantonen dat het door haar aangeboden systeem wel degelijk naast het nettogewicht ook de bruto- en tarragewichten registreert. Het gaat om de in het Duits gestelde bedieningshandleiding van het aangeboden identificatiesysteem en een screenshot van de applicatie van software van een boordcomputer die gebruikt wordt door een bepaalde Duitse lokale overheid.

7. In haar nota licht de verwerende partij toe dat de registratie, niet enkel van het nettogewicht, maar ook van het bruto- en tarragewicht, noodzakelijk is "om als goede huisvader erover te kunnen waken dat de aanrekeningen aan de burgers correct zijn en daaruit volgend dat de inkomsten voor de gemeente gewaarborgd zijn". Zij voert aan dat zij over alle weeggegevens, inbegrepen het bruto- en tarragewicht, moet kunnen beschikken "om de individuele ledigingen te kunnen nakijken als blijkt dat het weegbruggewicht van de ophaalwagen bij het storten van het afval afwijkt van de som van de geregistreerde ledigingen" en om in geval van een klacht van een burger te kunnen nagaan of een correcte aanrekening is gebeurd.

De verwerende partij wijst er voorts op dat in het bestek op verscheidene plaatsen wordt vermeld dat de bruto-, tarra- en nettogewichten moeten worden geregistreerd. In de offerte van de verzoekende partij wordt weliswaar melding gemaakt van het opnemen van het bruto- en het tarragewicht en het daaruit afleiden van het nettogewicht, maar wordt niet aangetoond dat het bruto- en het tarragewicht ook effectief worden geregistreerd. In zoverre de verzoekende partij verwijst naar het 'certificaat van EU-typeonderzoek', merkt de verwerende partij op dat dit certificaat geen melding maakt van de registratie van de bruto- en tarragewichten, doch enkel van de registratie van het nettogewicht. De verwerende partij kon uit de offerte niet anders dan afleiden dat er geen registratie was van het bruto- en het tarragewicht.

Beoordeling

8. De verzoekende partij betwist niet dat de registratie van de bruto- en tarragewichten een minimale eis van de opdracht was, noch dat het niet-vervullen van die eis als een substantiële onregelmatigheid moest worden beschouwd. De voorliggende betwisting draait enkel om de vraag of de verwerende partij mocht aannemen dat de verzoekende partij niet had aangetoond dat haar offerte aan die eis voldeed.

De betwisting draait aldus om de beoordeling in feite van de door de verzoekende partij ingediende offerte.

9. De Raad van State herinnert eraan dat de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de offertes over een beoordelingsvrijheid beschikt. Het staat niet aan de Raad om de beoordeling van de offertes over te doen en zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de overheid. In de uitoefening van het hem opgedragen rechtmatigheidstoezicht kan de Raad desgevraagd wel nagaan of de beoordeling door de overheid berust op voldoende veruitwendigde en in feite en in rechte draagkrachtige motieven, of die motieven na een zorgvuldig onderzoek van het dossier tot stand zijn gekomen, en of de overheid de perken van haar beoordelingsruimte niet te buiten is gegaan.

Het feit dat de Raad van State slechts een wettigheidstoezicht uitoefent, en niet zelf oordeelt aan wie de opdracht gegund moet worden, brengt voorts mee dat hij de bestreden beslissing beoordeelt in het licht van de gegevens die op het ogenblik van het nemen van die beslissing door de aanbestedende overheid gekend waren of door haar gekend moesten zijn. De procedure voor de Raad van State kan er niet toe strekken om een afgewezen inschrijver de gelegenheid te bieden om zijn offerte te versterken en hem op die manier een soort tweede kans te geven.

De vraag die te dezen beantwoord moet worden, is dan ook niet of het door de verzoekende partij aangeboden systeem in werkelijkheid voldoet aan de eisen gesteld in het bestek, maar wel of de verwerende partij uit de offerte, zoals ze was ingediend, kon afleiden dat dit systeem niet aan de eisen beantwoordde.

10. Ter ondersteuning van haar stelling dat het door haar aangeboden identificatie- en weegsysteem wel degelijk netto-, bruto- en tarragewichten ter beschikking stelt, verwijst de verzoekende partij in de eerste plaats naar een in het Duits en het Engels gesteld ‘certificaat van EU-typeonderzoek’, gevoegd als bijlage bij haar offerte.

Dat certificaat, waarin een daartoe bevoegde instantie bevestigt dat het weeginstrument dat door de verzoekende partij is geïntegreerd in het door haar aangeboden systeem, in overeenstemming is met de door de Europese Unie gestelde eisen voor het op de markt aanbieden van meetinstrumenten, bevat een beknopte beschrijving van dat instrument. Daarin wordt in één alinea uitgelegd hoe het bruto- en het tarragewicht vastgesteld worden. Het document bevat echter geen informatie in verband met de registratie of het ter beschikking stellen van die gewichten na de vaststelling ervan. Het ontbreken van een dergelijke informatie staat in contrast met de informatie met betrekking tot het nettogewicht: daarvan wordt gesteld dat het berekend wordt, en nadien ook afgedrukt, opgeslagen of via een seriële interface overgedragen.

De verzoekende partij verwijst in haar verzoekschrift naar geen ander gegeven waaruit zou moeten blijken dat het door haar aangeboden

identificatie- en weegsysteem voorziet in een registratie van het bruto- en het tarragewicht.

11. In verband met de op 31 januari 2022 neergelegde stukken blijkt uit niets dat die stukken reeds bij de offerte gevoegd waren of op een andere manier ter kennis van de verwerende partij waren gebracht voordat deze haar beslissing zou nemen. Aan de verwerende partij kan dan ook moeilijk verweten worden dat zij geen rekening zou hebben gehouden met die stukken. Evenmin kunnen die stukken gebreken in de offerte herstellen, aangezien het precies de offerte is, zoals ingediend, die de verwerende partij op haar regelmatigheid moest beoordelen.

Overigens lijkt uit die stukken niet meteen afgeleid te kunnen worden dat het aangeboden systeem het bruto- en het tarragewicht registreert. De handleiding, in het Duits gesteld, bestaat uit 111 bladzijden, geïllustreerd met tekeningen en foto's. Het is pas ter terechtzitting dat de verzoekende partij naar een welbepaalde pagina verwijst, maar ook die pagina geeft enkel een voorbeeld ("Beispiel") van wat afgelezen kan worden in het leesmenu. De screenshot heeft betrekking op een applicatie gebruikt door een bepaalde Duitse overheid. Op zich blijkt uit die twee stukken niet dat het daarin gaat om dezelfde software, met dezelfde mogelijkheden, als die welke gebruikt zou worden in het thans aangeboden systeem. Dat kan natuurlijk best zo zijn, maar het staat aan de verzoekende partij om uit te leggen en te bewijzen dat dit inderdaad het geval is.

12. Ter terechtzitting voert de verzoekende partij nog aan dat, aangezien zij had ingeschreven na vanwege de verwerende partij een aantal preciseringen over de eisen van het bestek te hebben verkregen, deze laatste ervan moest uitgaan dat de offerte was ingediend overeenkomstig de gegeven toelichting en zij dus aan de eisen van het bestek voldeed. Indien de verwerende partij daarover twijfels had, kon zij hierover vragen stellen aan de verzoekende partij.

De Raad van State kan het voorshands niet eens zijn met de verzoekende partij. Zo het juist is dat een aanbestedende overheid de inschrijvers om verduidelijking kan vragen, is zij daartoe in beginsel niet verplicht. Het is

integendeel de inschrijver die verantwoordelijk is voor een zorgvuldige redactie van zijn offerte en die ervoor moet zorgen dat de offerte al de gegevens bevat die een beoordeling van de regelmatigheid ervan mogelijk maken.

13. Gelet op het voorgaande, en in het kader van het onderzoek bij voorraad in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, is de Raad van State van oordeel dat niet is aangetoond dat de verwerende partij, rekening houdend met de gegevens waarover zij op 22 december 2021 beschikte, op een onwettige, onzorgvuldige of onredelijke wijze geoordeeld heeft dat de offerte van de verzoekende partij enkel nettogewichten ter beschikking stelt, en geen bruto- of tarragewichten.

Meteen is niet aangetoond dat de verwerende partij te dezen haar beoordelingsbevoegdheid overschreden zou hebben door aan te nemen dat de offerte van de verzoekende partij is aangetast door een substantiële onregelmatigheid.

14. Het middel is derhalve niet ernstig.

VII. Besluit

15. Nu het enig middel niet ernstig is bevonden, dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. 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 22 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van acht februari tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Paul Lemmens**