

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 85.750 van 2 maart 2000
in de zaak A. 89.702/XII-2462.**

In zake : de NV WASTE COLLECTION SYSTEMS BELGIUM,
die woonplaats kiest bij
advocaat K. GEELEN,
kantoor houdende te HASSELT,
Gouverneur Roppesingel 131

tegen :

de Intercommunale voor huisvuilverwerking en
milieuzorg DURME-MOERVAART (IDM),
die woonplaats kiest bij
advocaat M. SENELLE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Terhulpensesteenweg 110, bus 5.

tussenkomen de partij :

de NV PLASTIC OMNIUM,
die woonplaats kiest bij
advocaat K. VAN DER CRUYSSSE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Schepenenstraat 71.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Waste Collection Systems Belgium op 21 februari 2000 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van de beslissing genomen op 1 februari 2000 door de raad van bestuur van de Intercommunale voor Huisvuilverwerking en Milieuzorg Durme-Moervaart (IDM) waarbij de opdracht voor het leveren en installeren van een DIFTAR-systeem wordt toegekend aan de NV PLASTIC OMNIUM;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 22 februari 2000 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 29 februari 2000;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat K. GEELEN, die verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat M. SENELLE, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat K. VAN DER CRUYSSSE, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. STEVENS;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat de NV PLASTIC OMNIUM vraagt om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat de NV PLASTIC OMNIUM de begunstigde is van de handeling waarvan verzoekster de schorsing vraagt; dat haar verzoek dan ook moet worden ingewilligd;

1. Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. De raad van bestuur van de Intercommunale voor huisvuilverwerking en milieuzorg Durme-Moervaart - hierna afgekort : IDM- keurt op 26 oktober 1999 het bijzonder bestek van een algemene offerteaanvraag goed "DIFTAR-project IDM" betreffende de invoering op gefaseerde wijze van een identificatie- en registratiesysteem op basis van weging. De opdracht bevat volgende percelen :

perceel 1

Een voorafgaandelijke onderzoeks-, bevragings- en sensibiliseringsronde aangaande het in te voeren DIFTARsysteem (=voor gedifferentieerd tarief voor inzameling afval), het inventariseren van de in het verleden bedeelde GFT-containers.

perceel 2

het leveren van inzamelcontainers voor de restfractie en GFT-fractie.

perceel 3

het ontwikkelen van de DIFTAR-apparatuur, leveren en plaatsen van de chips, de uitleesapparaten en de verwerkingsapparatuur. Opleiding personeel.

perceel 4

het uitzetten van de inzamelcontainers voor de restfractie en aanpassen van de bestaande GFT-containers voor identificatie.

perceel 5

het opvolgingsmanagement.

perceel 6

op gefaseerde wijze het aanpassen van huisvuil-ophaalwagen voor gewichtregistratie en de levering van aangepaste beladingssystemen - opleiding personeel.

Het project wordt aldus op gefaseerde wijze ingevoerd :
In een eerste fase in de gemeenten Moerbeke en Zelzate,
in een tweede fase in de gemeenten Wachtebeke en Zele en
in een laatste fase in de gemeenten Lochristi en Lokeren. De meetstaten dienen ingevuld te worden voor fasen 1 en 2. Het bestek bepaalt bovendien dat verschillende percelen als één en ondeelbaar geheel beschouwd worden.

1.2. De aankondiging van de opdracht wordt gepubliceerd in het publicatieblad van de Europese Gemeenschappen op 17 november 1999 en in het Bulletin der Aanbestedingen op 26 november 1999.

1.3. Er worden offertes ingediend door de NV EUROPARTNERS CORPORATION (KLIKO), de NV PLASTIC OMNIUM, de NV WCS BELGIUM en de NV JANSSENS CONTAINERDIENST. De offertes worden geopend op 14 januari 2000.

1.4. Er wordt een uitvoerig verslag opgesteld door een evaluatiecommissie hetwelk aan de tussenkomende partij 732 punten op 1000 toekent, aan verzoekster 674,5 punten en aan een derde inschrijver 612 punten, met het voorstel de opdracht te gunnen aan de tussenkomende partij.

1.5. Op 1 februari 2000 wordt de opdracht door de raad van bestuur van IDM gegund aan de NV PLASTIC OMNIUM. Daarvan wordt aan laatstgenoemde met aangetekende brief van 3 februari 2000 kennis gegeven.

Eveneens bij aangetekend schrijven van 3 februari 2000 deelt IDM aan de verzoekende partij mee dat haar inschrijving niet in aanmerking wordt genomen.

1.6. Op 4 februari 2000 vraagt verzoekster om toezending van de motieven van de gunning.

Met brief van 8 februari 2000 maakt IDM aan de verzoekende partij de notulen met betrekking tot de bestreden beslissing van de raad van bestuur van 1 februari 2000 over.

1.7. Op vraag van verzoekster met brief van 4 februari 2000 maakt IDM bij aangetekend schrijven van 14 februari het uitvoerig verslag van de evaluatiecommissie aan de verzoekende partij over;

2. Overwegende dat luidens artikel 17 van gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden besloten onder de driedubbele voorwaarde dat ernstige middelen die de

vernietiging van de aangevochten rechtshandeling kunnen verantwoord worden aangevoerd, dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging ervan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen en dat de zaak uiterst dringend is;

3.1. Overwegende dat de verwerende en de tussenkomende partijen opwerpen dat er geen uiterst dringende noodzakelijkheid is omdat verzoekster niet met de vereiste spoed al het nodige heeft gedaan om het voor haar dreigend nadeel te vermijden; dat volgens hen verzoekster reeds bij de inzage van de notulen van de beslissing van 1 februari 2000 van de raad van bestuur, haar toegezonden met brief van 8 februari 2000, kennis had niet alleen van de bestreden beslissing maar ook van haar motieven; dat zij er op wijzen dat het beroep op de procedure van uiterst dringende noodzakelijkheid, die de rechten van de verdediging strikt beperkt, de uitzondering moet blijven en zulks inhoudt dat het verzoekschrift tot schorsing onmiddellijk moet worden neergelegd, "zodra er aanwijzingen zijn van ogenschijnlijk ernstige middelen die prima facie gegrond zijn";

3.2. Overwegende dat, wat de beoordeling van de offertes betreft aan de hand van de gunningscriteria op grond waarvan de voorkeur werd gegeven aan de tussenkomende partij, de voornoemde notulen in wezen beperkt zijn tot een verwijzing naar de klassering van de offertes volgens de hen in het verslag van de evaluatiecommissie toegekende punten; dat, immers, behalve die puntenklassering, uit de voornoemde notulen enkel kan worden afgeleid dat verzoekster over beperkte eigen middelen beschikt, de tussenkomende partij daarentegen over een sterke financiële en organisatorische structuur en een ruime specifieke ervaring en dat de omstandigheid dat haar offerte op alle criteria hoger scoort te danken is aan het gedeelte "Opvolging en

Management" zonder dat over eender wat in details wordt getreden; dat aan verzoekster dan ook moeilijk kan worden verweten dat zij -overigens zeer snel- om mededeling heeft gevraagd van voornoemd verslag van de evaluatiecommissie en haar vordering ingesteld heeft spoedig nadat zij kennis had gekregen van dat verslag; dat bovendien moet worden opgemerkt dat van de goedkeuring van haar offerte reeds kennis werd gegeven aan de tussenkomende partij en dat de opdracht blijkbaar reeds een begin van uitvoering heeft gekregen; dat de verzoekende partij de uiterst dringende noodzakelijkheid bijgevolg niet ten onrechte heeft ingeroepen;

4.1.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending aanvoert van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en van de artikelen 110 en 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, alsmede van de materiële motiveringsplicht, doordat de evaluatiecommissie de punten voor het criterium prijs heeft toegekend op basis van de gemiddelde quoterings voor de aangeboden prijzen voor de basisinschrijving en de aangeboden prijzen voor de inschrijving met variante 2 voor perceel 5 en doordat de toewijzingsbeslissing de laatste samenstelling van de opdracht in aanmerking neemt, terwijl overeenkomstig de ingeroepen bepalingen de opdracht slechts kan worden toegekend aan de inschrijver met de voordeligste regelmatige offerte rekening houdend met de gunningscriteria in het bestek, wat inhoudt dat alle criteria correct worden geëvalueerd en dat rekening wordt gehouden met de aangeboden varianten;

Overwegende dat verzoekster bij dit middel toelicht dat bij de toekenning van de punten volgens het

criterium "prijs" eerst punten werden toegekend voor de aangeboden basisversies van de diverse percelen, waarna dat eveneens gebeurde voor die basisversies met uitzondering echter van perceel 5, waarvoor de verplichte variante 2 in aanmerking werd genomen en dat vervolgens van de scores van elke kandidaat volgens die twee evaluatiemethodes het gemiddelde werd genomen; dat zulks volgens verzoekster niet toegelaten is aangezien als basis ofwel de gemiddelde prijs voor alle aangeboden varianten moet worden genomen, ofwel -en bij voorkeur- de prijs voor de variante die uiteindelijk wordt gekozen; dat verzoekster meent dat zulks volgt uit artikel 115 , eerste lid van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en ook -wat aanbestedingen betreft- tot uitdrukking komt in artikel 113, eerste lid, van hetzelfde koninklijk besluit;

4.1.2. Overwegende dat de verwerende en de tussenkomende partijen antwoorden, vooreerst dat een quoterings op grond van de basisuitvoeringen alleen voor verzoekster minder voordelig zou zijn uitgevallen, vervolgens dat de gevolgde werkwijze rekening hield met de samenvoeging van percelen en derhalve in overeenstemming was met artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en tenslotte, dat artikel 113, eerste lid, van hetzelfde koninklijk besluit enkel geldt voor aanbestedingen waar louter rekening dient te worden gehouden met het criterium prijs terwijl de rangschikking wel degelijk werd opgesteld op grond van één enkele rangschikking op basis van percelen en vrije varianten;

4.1.3. Overwegende dat artikel 16 van de voornoemde wet van 24 december 1993 bepaalt dat bij algemene of beperkte offerteaanvraag de opdracht toegewezen wordt aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria; dat luidens artikel 115, eerste lid, van het

koninklijk besluit van 8 januari 1996 de aanbestedende overheid de regelmatige offerte kiest die haar het voordeligst lijkt op grond van criteria die verschillend kunnen zijn naargelang de opdracht en, wanneer een verbetering van de offerte aangeboden wordt bij samenvoeging van verscheidene percelen, de keuze van de aannemer bepaald wordt door de gegroepeerde percelen die de meest interessante offerte in de zin van artikel 16 van de voornoemde wet vormen;

Overwegende dat wanneer men artikel 16 van de wet van 24 december 1993 toepast op een offerte-aanvraag met varianten en volgens puntenquotering, de voordeligste offerte die zal zijn, onder de basisversie en de varianten, voor de uitvoering waarvan de aanbestedende overheid uiteindelijk heeft gekozen, welke het hoogste puntenaantal heeft behaald; dat in de onderhavige zaak de verwerende partij gekozen heeft voor de basisversie van alle percelen, behalve wat perceel 5 betreft, waar gekozen werd voor de verplichte variëte 2; dat wat de prijs van de offertes betreft, derhalve diende te worden gequoteerd op de basisversie van alle percelen, behalve voor perceel 5, waar de offerte voor de tweede variëte in aanmerking genomen diende te worden; dat dit beginsel ook toegepast wordt in artikel 113, eerste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, ofschoon dat niet van toepassing is op offerteaanvragen, en eveneens in artikel 115, eerste lid, van hetzelfde koninklijk besluit, ofschoon zijn tweede zinsdeel ter zake niet als zodanig van toepassing is daar blijkbaar geen offertes voor afzonderlijke percelen konden worden ingediend; dat het middel ernstig is;

4.2.1. Overwegende dat verzoekster in een tweede middel de schending aanvoert van artikel 16 van de voornoemde wet van 24 december 1993 en van de artikelen 110, § 1, en 115, eerste en tweede lid, van het

voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996, alsmede van de materiële motiveringsplicht, doordat de evaluatiecommissie de punten voor het criterium prijs heeft toegekend op basis van de gemiddelde quotering van de aangeboden prijzen voor de basisinschrijving en de aangeboden prijzen voor de inschrijving met variante 2 voor perceel 5 en doordat de toewijzingsbeslissing de laatste samenstelling van de opdracht in aanmerking neemt, terwijl overeenkomstig de ingeroepen bepalingen de opdracht slechts kan worden toegekend aan de inschrijver met de voordeligste regelmatige offerte rekening houdende met de gunningscriteria in het bestek, wat inhoudt dat alle criteria correct worden geëvalueerd, en terwijl de bepaling in artikel 115, tweede lid, van het voornoemde koninklijk besluit daaraan toevoegt dat het bestek de volgorde van de gunningscriteria kan bepalen wat inhoudt dat die volgorde moet worden gerespecteerd;

Overwegende dat verzoekster bij dit middel toelicht dat voor de quotering van het element prijs een systeem werd uitgewerkt waarbij de gemiddelde prijs voor elk perceel vastgesteld werd op 50 pct van de te behalen punten en het maximaal aantal punten werd toegekend voor 50 pct van dat gemiddelde, dat dit systeem echter kennelijk onredelijk en onevenredig is en bovendien het systeem van de rangorde der criteria van het bestek wijzigt daar het tot gevolg heeft dat enkel onregelmatig lage prijzen goed kunnen scoren, en doordat ook met duidelijk gunstiger prijzen geen redelijk percentage van het maximum te behalen is waar dat voor andere criteria dan de prijs wel mogelijk is, zodat ook de onderlinge waardenverhouding van de offertes te veel wordt afgevlakt;

4.2.2. Overwegende dat de verwerende en tussenkomende partijen antwoorden dat verzoekster enkel naar die percelen verwijst waar haar prijs lager ligt dan die

van haar concurrenten, dat het systeem objectief is want op elke inschrijving gelijk wordt toegepast, dat verzoekster ten onrechte verwijst naar artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, daar dit enkel geldt voor aanbestedingen waar de prijs het enige criterium is, dat opteren voor een lagere vork -meer bepaald minimum en maximum punten voor aanbiedingen 15 pct onder en boven het gemiddelde in plaats van 50 pct- een ontkenning zou uitmaken van het criterium prijs daar er nivellering zou zijn van de inschrijvingen qua prijs: de hogere inschrijvingen zouden worden afgestraft zodra ze een weinig boven het gemiddelde komen, welk systeem zeer subjectief zou zijn; dat voornoemde partijen er ook op wijzen dat een variatie van 50 pct ten opzichte van de gemiddelde prijs aanvaardbaar is gezien hoge kwaliteit hogere prijzen met zich brengt en deze kwaliteit, die geëvalueerd wordt in de andere gunningscriteria, belangrijk is in relatie tot de maatschappelijke verplichting de wettelijk voorgeschreven taak op een adequate wijze uit te voeren, dat de geboden service en kwaliteit effectief in geld zijn uit te drukken en aldus een invloed hebben op de geboden prijs, dat vergelijkingen met zuivere aanbestedingen niet opgaan daar in dat geval kwaliteit en kwantiteit eenduidig zijn omschreven in bestek en meetstaat, dat het niet opgaat te beweren dat uitgaande van de quoteringen op de andere criteria de maximum score op het criterium prijs aldus 80 pct van 250 punten zou moeten bedragen daar elk criterium onafhankelijk van de andere werd beoordeeld en het tegendeel niet objectief zou zijn;

4.2.3. Overwegende dat bij een offerteaanvraag aan de notie onregelmatige prijs niet dezelfde inhoud kan worden toegemeten als bij een aanbesteding daar, zoals de verwerende en tussenkomende partijen terecht stellen, in tegenstelling met wat het geval is bij een aanbesteding, andere criteria daar een rol spelen welke

naargelang de aard van de opdracht en het betrokken onderdeel ervan min of meer doorslaggevend is; dat echter, waar aan het criterium prijs een bepaalde rol in de totale quoterings wordt toegekend -rangorde en/of weging- de mogelijke variaties in de puntentoekenning op dat criterium enigszins gelijklopend moeten zijn aan die welke mogelijk zijn -of in de praktijk toegekend worden- voor de andere criteria; dat in de onderhavige zaak op het in de rangschikking eerst vermelde criterium prijs voor alle percelen samen 250 punten staan op een totaal van 1.000; dat een vergelijking met de punten door de evaluatiecommissie toegekend voor de andere criteria leert dat de hoogst behaalde quoterings -in de regel door de tussenkommende partij- daar meestal ruim boven de 80 pct van het maximum lagen en wat de prijs betreft de hoogste score -die van verzoekster volgens de beide bij het eerste middel beschreven methodes- slechts 50 tot 58 pct; dat daardoor inderdaad het criterium van de prijs, dat in waarde het belangrijkste is, gedevalueerd lijkt te worden ten opzichte van de andere criteria; dat het middel ernstig is;

5.1. Overwegende dat de verwerende partij het belang van verzoekster bij de aangevoerde middelen betwist omdat de door haar voorgestelde quoteringswijze bij het criterium prijs met een vork van 15 pct of zelfs 20 pct boven en onder de gemiddelde aangeboden prijzen haar totaal puntenaantal niet boven dat van de tussenkommende partij zou doen uitstijgen;

5.2. Overwegende, vooreerst, dat ingeval de evaluatiecommissie de puntenquotering van de prijs op een andere basis zou overdoen, zij daarbij niet noodzakelijk moet uitgaan van een vork van 15 of 20 pct; dat bovendien de simulaties verricht door de verwerende partij uitgaan van het gemiddelde tussen basisofferte en variante 2 bij perceel 5, wat enkel kan indien het eerste middel niet ernstig zou zijn bevonden; dat

derhalve op het eerste gezicht niet uitgesloten kan worden geacht dat een evaluatie overeenkomstig de overwegingen hiervoren bij het eerste en tweede middel, samen genomen, tot een andere rangschikking leidt, terwijl het niet de taak van de Raad van State optredend in kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid is om alle mogelijke opties onder ogen te gaan nemen;

6.1. Overwegende dat verzoekster als moeilijk te herstellen ernstig nadeel aanvoert dat zij gespecialiseerd is in afvalophalingssystemen, dat het grootste deel van de markt echter beheerst wordt door de tussenkomende partij aan wie bijna systematisch alle opdrachten worden gegund, dat het voor haar dus primordiaal is meer opdrachten toegewezen te krijgen om aldus referenties te verzamelen en schadevergoeding voor haar dan ook geen adequaat rechtsherstel kan betekenen; dat verzoekster er bovendien op wijst dat het ter zake gaat om een der eerste opdrachten tot implementatie van het zg. DIFTAR-systeem met nazorg door serviceverlening na de levering van de containers, waarvan de invoering door zeer veel gemeenten wordt overwogen; dat zij tenslotte aanvoert dat gelet op haar huidige omzet van 85.000.000 fr per jaar vergeleken met de totale waarde van de opdracht van 73.531.670 fr over vijf jaar, die opdracht voor haar ook financieel uiterst belangrijk was en van cruciaal belang voor haar voortbestaan;

6.2. Overwegende dat de verwerende en tussenkomende partijen antwoorden dat verzoekster haar moeilijk te herstellen ernstig nadeel uiterst vaag formuleert, dat het daarvoor niet volstaat te verklaren dat de opdracht voor haar cruciaal is, dat ook niet volstaat vast te stellen dat zij en de tussenkomende partij concurrenten zijn, dat het trouwens niet juist is dat de tussenkomende partij marktleider is daar die rol toekomt aan de NV WATCO; dat de verwerende en tussenkomende partijen voorts menen dat aan verzoekster

de opdracht hoe dan ook niet meer kan worden toevertrouwd daar deze gebonden is aan een strikte timing met het oog op de nakende gemeenteraadsverkiezingen, wat inhoudt dat het systeem operationeel moet zijn voor 1 juli 2000 zodat, indien de gunning opgeschort moet worden, de raad van bestuur van de verwerende partij gebruik zal maken van de door het bestek toegelaten optie de opdracht niet te gunnen en de hele procedure te herbeginnen na de gemeenteraadsverkiezingen;

6.3. Overwegende dat moeilijk kan worden betwist dat de betrokken opdracht een belangrijke weerslag zou hebben op het omzetcijfer van verzoekster; dat haar argumenten wat betreft de penetratie op een relatief nieuwe markt waar de tussenkomende partij, ook al is zij wellicht geen marktleider, blijkbaar toch al prominent aanwezig is, overtuigend genoeg klinkt; dat niet kan worden voorspeld of de raad van bestuur van de verwerende partij in geval van schorsing de hele procedure zal stilleggen tot na de gemeenteraadsverkiezingen; dat, indien zulks toch het geval zou zijn, verzoekster trouwens enkel de keuze heeft tussen de opdracht helemaal niet kunnen krijgen of te wachten tot na de gemeenteraadsverkiezingen; dat aan de voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel is voldaan,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV PLASTIC OMNIUM in de vordering tot schorsing wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing genomen op 1 februari 2000 door de raad van bestuur van de Intercommunale voor Huisvuilverwerking en Milieuzorg Durme-Moervaart (IDM) waarbij de opdracht voor het leveren en installeren van een DIFTAR-systeem wordt toegekend aan de NV PLASTIC OMNIUM;

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure, bepaald op vijfduizend frank, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare
terechtzing, op twee maart 2000, door :

de H.	J. DE BRABANDERE,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. DE BRABANDERE.