RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 204.009 van 18 mei 2010
in de zaak A. 196.315/XII-6182

In zake: de BVBA SANDERS PARTS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Erika Rentmeesters
kantoor houdend te Sint Niklaas
Vijfstraten 57
bij wie woonplaats wordt gekozen
en eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Katrien Vernimmen

tegen:

de VLAAMSE VERVOERMAATSCHAPPIJ - DE LIJN (VVM-DE LIJN)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Lindemans en Jochen Honnay
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV MAN TRUCK & BUS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sebastien Daems
kantoor houdend te 1000 Brussel
Boomstraat 14
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 27 april 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[h]et besluit van de Raad van Bestuur van de Vlaamse Vervoermaatschappij - De Lijn dd. 31 maart 2010 'toewijzing gemotiveerde beslissing' houdende het afsluiten van een raamovereenkomst voor het afroepen van onderdelen voor autobussen met motoren en chassis MAN gedurende drie jaar en met de mogelijke verlenging met één jaar bij NV MAN Truck & Bus, waarbij (impliciet) aan de prijsofferte van verzoekster geen gunstig gevolg werd gegeven".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 mei 2010, om 10.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Erika Rentmeesters, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Jochen Honnay, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Michel Van Dievoet, die loco advocaat Sebastien Daems verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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 onderhandelingsprocedure met Europese bekendmaking uit met het oog op het afsluiten van een "raamovereenkomst voor de leveringen aan de VVM van onderdelen MAN, volgens afroepbestellingen, gedurende een periode van drie jaar, één maal verlengbaar met één jaar, beginnend in de loop van 2009". Het gaat daarbij om "de levering van onderdelen voor het onderhoud van autobussen met chassis en motoren MAN".

3.2. Het bestek "Onderdelen Man" 923/IB/12.57/FC (MAN) is van toepassing op deze opdracht en de geraamde totale waarde van de aankopen voor de gehele duur van de raamovereenkomst is 1.050.000 euro, btw niet inbegrepen.

Het bestek bevat een inventarislijst met opgegeven hoeveelheden voor de onderdelen aangeduid met een VVM - De Lijn code en een referentie MAN. Het gaat telkens om ramingen op jaarbasis. De werkelijke hoeveelheden worden

bepaald volgens de behoeften. De raamovereenkomst kan uitgebreid worden met andere onderdelen MAN.

De gunningscriteria zijn de volgende:

> "Meest economische aanbieding rekening houdend met de prijs, de kwaliteit, de leveringstermijn, de bereidheid voor de terugname van dode voorraad, de mogelijkheid voor e-commerce en de leveringsvoorwaarden.
>
> Weging van de gunningscriteria :
>
> De prijs : 40 %
> De kwaliteit voor de beoogde toepassing : 30 %
> De leveringstermijn : 10 %
> De bereidheid voor de terugname van dode voorraad : 10 %
> De mogelijkheid voor e-commerce : 5 %
> De leveringsvoorwaarden : 5 %
>
> Indien er afgeweken wordt van de in de inventarislijst opgegeven merk en uitvoeringen dient dit verantwoord te worden door middel van een attest van de busconstructeurs Jonckheere en Van Hool waarin zij verklaren dat deze op de autobuspark van De Lijn toegelaten zijn".

Inzake de gunning bepaalt artikel V van het bestek nog:

> "Het ganse pakket onderdelen wordt gegund aan één leverancier.
>
> Indien een leverancier een of meer posten niet kan aanbieden of hiervoor een abnormale hoge prijs aanbiedt, wordt deze post (en) na onderhandeling, ofwel uit het pakket geschrapt ofwel in het pakket behouden".

3.3. De oproep tot het indienen van kandidaturen wordt op 29 mei 2009 bekend gemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie en in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.4. De bvba Sanders Parts, de nv MAN Truck & Bus en de nv Van Hool stellen zich kandidaat. Al deze kandidaten worden geselecteerd. Met een brief van 28 juli 2009 worden zij uitgenodigd om uiterlijk op 14 september 2009 een offerte in te dienen.

3.5. Enkel de bvba Sanders Parts en de nv MAN Truck & Bus dienen vervolgens een offerte in.

3.6. In een gunningsverslag van 31 maart 2010 wordt voorgesteld de raamovereenkomst af te sluiten met de nv MAN Truck & Bus. Dit verslag bevat de volgende bespreking van de offertes:

> "De laatste jaren werden door de VVM - De Lijn veelal autobussen gekocht met MAN-motoren. Dit is ook het geval voor de orders van nieuwe voertuigen die in de loop van dit jaar zullen geleverd worden.
>
> Teneinde de waarborg van de motoren van deze voertuigen niet in het gedrang te brengen werd in het bestek opgenomen dat de aanbiedingen dienden te gebeuren voor originele MAN-onderdelen of niet-originele onderdelen die door de busconstructeurs op hun voertuigen toegelaten zijn. In het laatste geval diende dit aangetoond te worden door middel van een attest.
>
> Aangezien geen van beide leveranciers dergelijk attest bijvoegde en wij er bijgevolg mogen van uitgaan dat alle aangeboden onderdelen origineel MAN zijn, werd dit gecontroleerd aan de hand van een proefbestelling. Hiervoor werden onderdelen gekozen met een groot prijsverschil tussen de aanbiedingen van MAN Truck & Bus en Sanders Parts.
>
> Hieruit bleek dat de firma MAN Truck & Bus originele onderdelen leverde en de firma Sanders Parts in vele gevallen niet.
>
> Bij de aanvankelijke prijsvergelijking voor het ganse pakket onderdelen bleek dat de aanbieding van Man Truck & Bus 13,27 % hoger ligt dan deze van Sanders Parts.
>
> Bij uitsluiting van de niet originele onderdelen bleek dat de offerte van MAN Truck & Bus 0.79 % lager ligt dan deze van Sanders Parts. Bovendien blijkt uit die proefbestelling dat de aanbieding van Sanders Parts niet voldoet aan de hierboven aangehaalde bepaling van het bestek.
>
> De aanbieding van MAN Truck & Bus voldoet bovendien volledig aan de bepalingen van het bestek".

3.7. Op 31 maart 2010 beslist de verwerende partij om de raamovereenkomst te sluiten met de nv MAN Truck & Bus. Deze "gemotiveerde beslissing tot toewijzing" is de thans bestreden beslissing en luidt als volgt:

> "Gelet op de financiële voordelen van het afsluiten van een raamovereenkomst voor onderdelen voor autobussen met chassis en motoren MAN;
>
> vermits de onderhandelingsprocedure, met bekendmaking bij de aanvang van de procedure, overeenkomstig de wet van 23 december 1994 art. 36 § 1 voor dit dossier aangewezen is;
>
> gelet op de toestemming van de Raad tijdens de zitting van 27 mei [2009] om deze procedure toe te passen;

gelet op de inlichtingen van juridische en technische aard, gevraagd ter gelegenheid van publicatie in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie en in het Bulletin der Aanbestedingen van 29 mei [2009];

vermits de firma's nv MAN Truck & Bus, Kobbegem, bvba Sanders Parts, Lebbeke en nv Van Hool, Koningshooikt zich kandidaat stelden;

gezien al deze firma's op grond van de aan hun kandidatuur gehechte attesten en referentielijsten geselecteerd werden;

gezien alleen de firma MAN Truck & Bus en Sanders Parts een offerte indienden;

vermits geen van beide firma's aan hun offerte een attest hechten met een verklaring dat eventueel niet-originele onderdelen gebruikt mogen worden door busconstructeurs van 'De Lijn';

vermits proefbestellingen aantonen dat de firma Sanders Parts niet altijd originele onderdelen levert;

vermits de aanbieding van Sanders Parts bijgevolg niet voldoet aan de bepalingen van het Bestek;

gezien het belang van originele of geaccepteerde niet-originele onderdelen ten behoeve van voertuigen onder waarborg;

gezien voor een vergelijkbaar pakket originele onderdelen de aanbieding van MAN Truck & Bus bovendien 0,79 % lager ligt dan de aanbieding van Sanders Parts;

gezien de offerte van MAN Truck & Bus voldoet aan de bepalingen van het bestek;

gezien het gunstige effect op de voorraad- en aankoopkosten;

gelet op de gunstige terugkoopvoorwaarden van de dode voorraad;

gelet op de mogelijkheid voor het implementeren van e-commerce;

beslist de raad van bestuur tot het afsluiten van een raamovereenkomst voor het afroepen van onderdelen voor autobussen met motoren en chassis MAN gedurende drie jaar en met de mogelijke verlenging met één jaar bij nv MAN Truck & Bus.

Namens de raad van bestuur in zitting op 31 maart 2010".

3.8. Met een op 7 april 2010 aangetekend verzonden brief deelt de verwerende partij aan de bvba Sanders Parts, "overeenkomstig artikel 65/8 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten van sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten", de bestreden beslissing mee. Er wordt voorts nog vermeld: "Tegen deze gunningsbeslissing kan een vordering tot schorsing worden ingediend binnen de 15 werkdagen beginnend

vanaf 7 april 2010 bij de afdeling bestuurszaken van de Raad van State. Tevens dient een verwittiging van deze vordering tot schorsing gericht te worden aan [...]".

IV. Tussenkomst

4. Met een op 6 mei 2010 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de nv MAN Truck & Bus om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

A. Voorwerp van de vordering

5. De vordering tot schorsing is naast de bestreden toewijzingsbeslissing eveneens gericht tegen de beslissing "waarbij (impliciet) aan de prijsofferte van verzoekster geen gunstig gevolg werd gegeven".

6. De verzoekende partij toont niet aan welk bijkomend voordeel de schorsing van de impliciete beslissing om de opdracht niet aan haar toe te wijzen haar zou verschaffen, zodat haar het belang bij dit deel van de vordering dient te worden ontzegd.

B. Excepties

7. De verwerende partij en de tussenkomende partij betwisten de ontvankelijkheid van de vordering en werpen daartoe elk een exceptie op, respectievelijk een exceptie van gebrek aan belang en van laattijdigheid.

8. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing zijn vervuld, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

9. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

VII. Beoordeling van de tweede schorsingsvoorwaarde

Uiteenzetting van het enig middel

10. Wat betreft de tweede van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, roept de verzoekende partij in een enig middel de schending in van artikel 21 bis § 2 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, levering en diensten (hierna: de overheidsopdrachtenwet); de artikelen 98 en 111 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten (hierna: het KB van 10 januari 1996); de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna: de motiveringswet); de materiële motiveringsplicht en van het motiveringsbeginsel; van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel, omdat de “verwerende partij [....] haar beslissing om de opdracht niet aan verzoekster te gunnen, en om NV MAN TRUCKS & BUS als voordeligste inschrijver aan te duiden, niet afdoende [heeft] gemotiveerd. Bovendien heeft zij haar beoordeling om het aanbod van verzoekende partij niet te kiezen, gebaseerd op argumenten en criteria die [niet] voorzien waren in het bestek”.

In de toelichting bij het middel wordt in de eerste plaats gewezen op de verplichting van de aanbestedende overheid om de inschrijvers wiens offerte niet is gekozen, onmiddellijk na de toewijzingsbeslissing in te lichten omtrent dit feit en daarbij de gemotiveerde toewijzingsbeslissing mee te delen. Er wordt vervolgens vastgesteld dat de verwerende partij enkel de beslissing van 31 maart

2010 heeft meegedeeld en dat dit zogenaamd "gemotiveerd besluit" uiterst summier gemotiveerd is.

De verzoekende partij leidt zelf uit deze beslissing af dat "de opdracht niet aan haar werd gegund omdat verzoekende partij niet steeds originele onderdelen zou leveren. Bovendien zou geen bewijs voorliggen dat het gebruik van de niet-originele onderdelen die verzoekster zou aanbieden, aanvaard wordt door de busconstructeurs van De Lijn. Dit zou voor verwerende partij problematisch zijn voor voertuigen onder waarborg". Zij concludeert vervolgens: "derhalve draait de argumentatie van verwerende partij rond het al dan niet aanbieden van originele onderdelen MAN en de invloed hiervan op de prijs. De bespreking van de 'andere' gunningscriteria is dermate kort dat hieruit niet afgeleid kan worden of de gekozen inschrijver hiervoor beter scoorde dan verzoekende partij. Uit het verslag van nazicht van de offertes, dat verzoekende partij naderhand ontving, blijkt zelfs dat de offerte van verzoekende partij m.b.t. de andere gunningscriteria niet eens werd onderzocht: er werd enkel gesteld dat verzoekster niet voor alles originele onderdelen leverde en dat de prijs van de onderdelen die wél origineel waren, hoger lag dan deze van de andere inschrijver" en dat de vraag zich dan ook stelt "wat verwerende partij in de bestreden beslissing bedoelt met 'originele en niet-originele' onderdelen, en waarop zij zich baseert om hiervan een essentieel beoordelingselement te maken dat tot gevolg heeft dat de offerte van verzoekster wordt beoordeeld als strijdig met het bestek".

In dat kader werpt de verzoekende partij vervolgens op dat in het bestek zelf niet wordt gesproken over "originele onderdelen", dat niet wordt gedefinieerd wat een "origineel onderdeel" is en dat ook uit de gunningscriteria niet blijkt dat het criterium "originaliteit" enige rol speelt, tenzij dit begrepen zou zijn onder het niet nader gespecificeerde criterium "kwaliteit voor de beoogde toepassing" wat volgens haar niet het geval is.

Volgens de verzoekende partij vloeit uit de bij het bestek gevoegde inventarislijst van de gewenste onderdelen waarop de referentie voor dit onderdeel van MAN is vermeld en de bestekbepaling "indien er afgeweken wordt van de in de inventarislijst opgegeven merk en uitvoeringen dient dit verantwoord te worden door middel van een attest van de busconstructeurs Jonckheere en Van Hool waarin zij verklaren dat deze op de autobuspark van De Lijn toegelaten zijn" voort dat "een inschrijver een prijs moet geven voor exact die onderdelen zoals

vermeld op de inventaris. Doet hij een alternatief voorstel van onderdeel (met name een onderdeel van een ander merk of een andere uitvoering), dan is hij verplicht hiervoor het akkoord van de busconstructeurs Van Hool en Jonckheere bij te voegen". Zij meent dat "enkel deze bepaling in het bestek te maken [kan] hebben met het al dan niet 'originele' karakter van een aangeboden onderdeel".

De "onderdelen MAN" waarvan de verwerende partij de levering vraagt, betreffen volgens de verzoekende partij geen onderdelen die MAN zelf maakt, maar wel onderdelen die in eerste instantie door verscheidene toeleveranciers aan MAN geleverd worden voor de bouw (de zogenaamde "eerste montage") van motoren en chassis. De wisselstukken en reserve-onderdelen voor deze MAN-motoren en chassis komen immers ook van deze toeleveranciers en worden niet door MAN zelf geproduceerd. Een heel aantal van deze toeleveranciers leveren deze wisselstukken en reserve-onderdelen evenwel niet alleen aan MAN zelf, maar ook aan andere bedrijven, waaronder de verzoekende partij, desgevallend in een andere verpakking. Een beperkt aantal levert exclusief aan MAN. Bijgevolg kunnen de onderdelen voor MAN-motoren en chassis zowel door MAN zelf als door derden aangeboden worden, waarbij deze derden de onderdelen ofwel rechtstreeks kopen van de toeleverancier in kwestie, ofwel van MAN.

Een "origineel onderdeel MAN" kan volgens de verzoekende partij "dan ook niet betekenen dat het onderdeel van MAN zelf afkomstig moet zijn, nu MAN de onderdelen niet zelf produceert maar ze enkel aankoopt bij verscheidene toeleveranciers en assembleert. De MAN-referentie verwijst naar de referentie die MAN aan deze onderdelen geeft, maar neemt niet weg dat het onderdeel in eerste instantie afkomstig is van een derde toeleveraar. Een onderdeel zal wel 'origineel' zijn als het van dezelfde toeleverancier komt als diegene die aan MAN levert en dus beschikt over de MAN-referentie (zonder dat het daarom van MAN moet komen)".

Volgens de verzoekende partij zijn de onderdelen die zij kan leveren derhalve identiek dezelfde onderdelen als diegene die door MAN worden aangeboden, want afkomstig van dezelfde toeleverancier (al dan niet met MAN als tussenpersoon als de toeleverancier niet aan derden wil/kan verkopen), maar desgevallend met een andere verpakking, en blijk uit geen enkel gegeven van het dossier dat de verzoekende partij geen originele stukken aanbiedt, zijnde stukken zoals opgegeven op de inventarislijst van het bestek met de MAN-referentie,

afkomstig van de originele toeleverancier. In tegendeel bevat haar offerte identiek dezelfde lijst als de inventarislijst van de verwerende partij en wordt voor élk onderdeel van die lijst een prijs gegeven. Daarbij doet zij geen voorstel van alternatief merk of uitvoering, zodat zij ook niet verplicht was om het akkoord van de busconstructeurs voor te leggen. Wel biedt zij kortingen op de bruto-prijs aan, welke korting verschilt naargelang zij het onderdeel in kwestie rechtstreeks van de toeleverancier kan kopen, dan wel via MAN als "tussenverkoper".

De verzoekende partij benadrukt dat uit de stukken die zij voorlegt blijkt dat verschillende toeleveranciers bevestigen dat de onderdelen die zij aankoopt, voldoen aan dezelfde kwaliteitseisen als de originele onderdelen die, met het oog op assemblage, aan de constructeur geleverd worden, en dat uit de Europese groepsvrijstellingsverordening nr. 1400/2002 blijkt dat de waarborg van kracht blijft bij het gebruik van deze onderdelen, afkomstig van de originele leverancier maar verkocht door een andere aanbieder dan de constructeur (MAN) zodat de verwerende partij ten onrechte verwijst naar het risico van het gebruik van de onderdelen, geleverd door de verzoekende partij, op de waarborg.

De verzoekende partij levert naar eigen zeggen enkel onderdelen, afkomstig van de originele toeleverancier en biedt een prijs aan voor alle onderdelen zoals vermeld op de inventarislijst, zodat haar offerte wel degelijk aan de eisen van het bestek voldoet. Volgens haar motiveert de verwerende partij derhalve niet afdoende waarom de opdracht niet aan haar kan worden toegewezen. Door te eisen dat zij "originele onderdelen" levert zonder te verduidelijken wat hieronder wordt verstaan en zonder dat deze eis in het bestek wordt gesteld, handelt de verwerende partij bovendien onredelijk en onzorgvuldig en in strijd met artikel 98 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996.

De verwerende partij kan volgens haar ten slotte ook niet verwijzen naar de zogenaamde proefbestellingen als doorslaggevend argument om te poneren dat de offerte van de verzoekende partij niet aan de voorwaarden van het bestek voldoet en dat zij niet steeds "originele onderdelen" levert. Nergens in het bestek wordt voorgeschreven dat proefleveringen moesten worden voorzien en bij de omschrijving van de gunningsvoorwaarden wordt niet bepaald dat één of meerdere van de gunningscriteria zouden worden beoordeeld aan de hand van proefleveringen. Elk gegeven hierover ontbreekt, zodat geen enkele controle hierop mogelijk is. De verzoekende partij stelt geen weet te hebben van proefbestellingen

die door de verwerende partij zouden zijn geplaatst. Wel levert zij al sedert 1993 onderdelen aan de verwerende partij en heeft zij naar eigen zeggen op geen enkel moment de bemerking gekregen dat deze onderdelen niet zouden voldoen.

Beoordeling

11.1. Het in het middel ingeroepen "artikel 21 bis § 2" van de overheidsopdrachtenwet is te dezen niet van toepassing aangezien deze bepaling de zogenaamde klassieke sectoren betreft. Blijkens het bestek en de aankondiging van de opdracht gaat het te dezen om een opdracht in het kader van de zogenaamde nutssectoren water, energie, vervoer en postdiensten.

Het met artikel 21bis analoge artikel 41sexies van de overheidsopdrachtenwet, zoals geldend op het ogenblik van de bestreden beslissing, dat de nutssectoren betreft, is dan ook van toepassing. Het middel moet dan ook worden geacht te verwijzen naar deze bepaling.

In de mate dat in het middel aldus de schending wordt ingeroepen van dit artikel 41sexies lijkt het middel niet ontvankelijk, minstens niet ernstig, nu deze bepaling de kennisgeving van de motivering betreft en niet de motivering zelf. Een gebrek in de kennisgeving leidt in beginsel niet tot onwettigheid van de bestreden beslissing.

De verwerende partij heeft bovendien met een brief van 7 april 2010 een afschrift van de gemotiveerde toewijzingsbeslissing genomen op 31 maart 2010 aan de verzoekende partij toegezonden, zodat zij op het eerste zicht lijkt te hebben voldaan aan de vereisten van deze bepaling.

11.2. In de mate dat in het enig middel wordt verwezen naar artikel 111 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996, lijkt het hier opnieuw te gaan om de kennisgeving van de bestreden beslissing; ook toont de verzoekende partij niet aan hoe deze bepaling te dezen werd geschonden.

11.3. Het middel is evenmin ernstig in de mate dat wordt aangevoerd dat de formele motiveringsplicht is geschonden zoals die voortvloeit uit de motiveringswet.

Uit de bestreden beslissing kan worden afgeleid waarom de offerte van de verzoekende partij niet werd gekozen, in essentie, zo lijkt het, omdat geen attest werd bijgevoegd met een verklaring van de busconstructeurs van VVM - De Lijn dat niet-originele onderdelen gebruikt mogen worden en omdat proef-bestellingen aantonen dat zij niet altijd originele onderdelen levert zodat haar offerte niet voldoet aan de bepalingen van het bestek; tegelijk wordt gewezen op het belang van originele of geaccepteerde niet-originele onderdelen bij voertuigen zonder waarborg.

De verzoekende partij betwist verder in het enig middel dat zij geen originele onderdelen zou aanbieden en het belang van de vereiste voor de waarborg. Er blijkt dan ook niet dat zij zich op grond van de motivering in de bestreden beslissing niet met kennis van zaken kon verweren. Zij betwist integendeel de materiële motieven van de bestreden beslissing wat haar betreft, blijkt dus deze motieven te kennen en heeft bijgevolg geen belang bij dit onderdeel van het middel, gesteund op de formele motiveringsplicht waarvan het doel te dezen is bereikt, namelijk de betrokkene de kans te bieden zich tegen de motieven in rechte te verweren. Er lijkt bijgevolg voldaan aan de formele motiveringsplicht, minstens aan de ratio legis ervan.

Het feit dat de verwerende partij de inhoud van het begrip “niet-originele onderdelen” niet verduidelijkt, toont het tegendeel niet aan. Daargelaten de vraag of de formele motiveringsplicht dit vereist, blijkt uit het middel immers niet dat dit de verzoekende partij belet heeft zich ter zake in rechte te verweren.

In de mate dat verwezen wordt naar de resultaten van de proefbestelling, toont de verzoekende partij opnieuw niet aan hoe het niet nader vermelden van die resultaten haar belet heeft zich in rechte te verweren, nog daargelaten de vraag of de formele motiveringsplicht de vermelding daarvan vereist. Deze gaat immers niet zo ver dat de vermelding van de motieven van de motieven is vereist.

11.4. In de mate dat de verzoekende partij deze motivering inhoudelijk betwist, gaat zij ervan uit dat haar offerte voldoet aan het bestek nu haar offerte identiek dezelfde lijst als de inventarislijst gevoegd bij het bestek bevat, voor elk onderdeel van die lijst een prijs wordt gegeven en zij geen voorstel van alternatief merk of uitvoering doet, zodat zij ook niet verplicht was om het akkoord van de

busconstructeurs voor te leggen. In dit verband voert zij ook aan dat alleen rekening werd gehouden met de vraag of er al dan niet originele MAN-onderdelen werden aangeboden, maar niet, zoals door artikel 98 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 vereist, met de gunningscriteria vermeld in het bestek; haar offerte werd -aldus de verzoekende partij- ter zake zelfs niet onderzocht.

De verzoekende partij parafraseert in haar verzoekschrift enkel de eerste paragraaf van dit artikel 98 zodat aangenomen kan worden dat dit de geschonden geachte bepaling is. Deze luidt in zijn op de voorliggende zaak toepasselijke versie, als volgt:

> "Art. 98 § 1. De gunning vindt plaats op basis van het gunningscriterium of van de gunningscriteria, nadat de geschiktheid van de inschrijvers of van de kandidaten die niet zijn uitgesloten door de aanbestedende overheid is nagegaan overeenkomstig de regels in verband met de kwalitatieve selectie".

Bij het bestek is een inventarislijst gevoegd van wat wordt gevraagd, aangeduid onder de vorm van een referentie MAN met een nummer. Artikel IV, derde alinea van het bestek bepaalt: "Indien er afgeweken wordt van de in de inventarislijst opgegeven merk en uitvoeringen dient dit verantwoord te worden door middel van een attest van de busconstructeurs Jonckheere en Van Hool waarin zij verklaren dat deze op de autobuspark van De Lijn toegelaten zijn". Samengelezen lijkt dit in te houden dat, indien wisselstukken van een ander merk dan MAN worden aangeboden, hiervoor bij de offerte het voornoemde attest moet worden bijgevoegd en dat deze de niet-originele onderdelen zijn waarvan sprake in de bestreden beslissing.

De verzoekende partij toont prima facie niet aan dat deze lezing uitgesloten is alleen omdat MAN geen eigen wisselstukken zou hebben en deze, voor eerste montage in de motor en het chassis, zelf aankoopt bij toeleveranciers. Dit sluit immers niet uit dat deze in de montage aangeduid werden als MAN-stukken met de corresponderende nummers, en dat in de omschrijving van het gevraagde verwezen wordt naar wisselstukken met dit merk MAN en dit nummer. Indien deze wisselstukken worden aangeboden, lijken deze, zoals de verwerende partij aanvoert, per definitie geschikt en compatibel te zijn met de motoren en het chassis van het merk MAN waarmee de bussen op dit moment zijn uitgerust en te voldoen aan gelijkwaardige kwaliteitseisen, nu deze dan identiek zijn aan de onderdelen die thans deel uitmaken van de "originele" motoren en het chassis van het merk MAN. De verwerende partij lijkt er dan, zoals zij aanvoert in de nota, per definitie op te

kunnen vertrouwen dat ze geschikt zijn en niet voor technische of veiligheids-problemen zorgen, terwijl dit bij het aanbieden van andere wisselstukken niet automatisch zeker lijkt, te meer nu de verzoekende partij zelf stelt dat bepaalde toeleveranciers enkel leveren aan MAN zodat die stukken van andere leveranciers niet noodzakelijk geschikt zijn. Dit, en het gegeven dat wisselstukken in de praktijk bij defect vaak dringend ter beschikking moeten worden gesteld hetgeen de verwerende partij niet toelaat steeds geval per geval te controleren of de wisselstukken wel met zekerheid geschikt zijn, zijn blijkens de nota de redenen waarom in geval dat geen dergelijke “originele” MAN onderdelen worden aangeboden, een attest van de busconstructeurs wordt gevraagd dat deze “andere” stukken kunnen gebruikt worden.

Het tegendeel lijkt ook niet zonder meer voort te vloeien uit het feit dat de verwerende partij in eerdere opdrachten ruimere omschrijvingen gaf met referentienummers van verschillende fabrikanten zodat de inschrijvers daartussen konden kiezen, nog daargelaten de vaststelling dat dit volgens de verwerende partij in de nota in het verleden inderdaad gebeurde maar voor beperkte opdrachten voor specifieke wisselstukken, terwijl dit voor de onderdelen waar het hier om gaat materieel niet mogelijk zou zijn.

Er lijkt dan ook geen ander gunningscriterium te zijn gebruikt dan bepaald in het bestek maar integendeel te zijn nagegaan of wat is aangeboden, beantwoordt aan de in het bestek bepaalde minimale vereisten waaraan het aangebodene moet voldoen.

De verzoekende partij betwist niet dat zij dergelijk attest niet bij de offerte voegde. Uit het administratief dossier kan prima facie worden afgeleid dat wat zij in het kader van de zogenaamde “proef-bestellingen” van een aantal wisselstukken die het voorwerp uitmaken van het huidig bestek aanbood als gelijk aan het gevraagde wisselstuk MAN, toch verschilde van deze opgelegd in het bestek.

Zij toont trouwens niet prima facie aan welke ingeroepen rechtsregels zich verzetten tegen een controle van wat wordt aangeboden op basis van proefbestellingen, die blijkbaar voor beide inschrijvers werden gevraagd. Dat dit niet werd aangekondigd, lijkt vreemd aan de ingeroepen rechtsregels, en het transparantiebeginsel, voor zover al relevant, wordt niet ingeroepen.

De verwerende partij kon dan ook, zo lijkt het, concluderen dat de offerte niet voldeed aan de voornoemde minimale vereisten van het bestek en om die reden beslissen dat de opdracht niet aan de verzoekende partij kon worden toegewezen zonder de offerte van de verzoekende partij verder te toetsen aan de gunningscriteria.

In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat uit de stukken blijkt dat verschillende leveranciers bevestigen dat de onderdelen die zij verkoopt, voldoen aan dezelfde kwaliteitseisen als de originele onderdelen, die met het oog op de assemblage aan de constructeur, geleverd worden, volstaat de vaststelling dat deze niet bij de offerte werden gevoegd en om die reden alleen al niet in aanmerking konden worden genomen door de verwerende partij, nog daargelaten de vraag of anders afgeweken kon worden van de voornoemde bestekbepaling.

In de mate de verzoekende partij in dit verband opwerpt dat uit de voorvermelde groepsvrijstellingsverordening nr. 1400/2002 blijkt dat de waarborg van kracht blijft bij het gebruik van deze onderdelen, afkomstig van de originele leverancier maar verkocht door een andere aanbieder dan de constructeur (MAN) zodat de verwerende partij ten onrechte verwijst naar het risico van het gebruik van de onderdelen, geleverd door de verzoekende partij, op de waarborg, gaat zij niet in op de vraag of en waarom dit, indien juist, afbreuk doet aan de bestekbepaling zelf waarvan zij de onwettigheid ook niet uitdrukkelijk opwerpt.

De als vertrouwelijk voorgelegde attesten van leveranciers lijken andere attesten dan deze gevraagd in het bestek. Bepalend lijkt immers of dit hetzelfde is of gelijkwaardig als in de motoren en chassis MAN gebruikt waarvoor de reserveonderdelen worden gebruikt, wat prima facie niet blijkt uit deze attesten.

Het middel is dan ook niet ernstig in de mate dat de schending wordt ingeroepen van dit artikel 98 of van de materiële motiveringsplicht.

11.5. Om dezelfde redenen is het middel niet ernstig wat de aangevoerde schending van het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel betreft.

12. Nu het enig middel in zijn geheel niet ernstig is bevonden, is meteen niet voldaan aan één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die cumulatief moeten zijn vervuld wil

een vordering tot schorsing worden toegewezen. Deze vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv MAN Truck & Bus tot tussenkomst in het administratief kort geding 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 175 euro.
De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 mei 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Pierre Barra**