

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 115.269 van 30 januari 2003
in de zaak A. 78.943/XII-1443.**

In zake : de NV DUMONT CLEANING (in faillissement),
die woonplaats kiest bij
advocaat L. Van Hulle, curator,
kantoor houdende te Kortrijk,
Minister Tacklaan 25

tegen :

GASELWEST, coöperatieve intercommunale vereniging,
die woonplaats kiest bij
advocaten J. Ghysels, P. Flamey en Partners,
kantoor houdende te Brussel,
Aarlenstraat 25.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Dumont Cleaning op 13 juni 1998 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing van de maatschappij Electrabel Distributie Vlaanderen-Zone West, handelend in het kader van de haar statutair toevertrouwde taak als privaatrechtelijke vennoot in opdracht en voor rekening van de Intercommunale Gaselwest, aan verzoekster bekendgemaakt met fax van 24 april 1998, waarbij de gunning van de aanbesteding tot algemene reiniging van gebouwen aan de nv Dumont Cleaning in geen van de vier percelen wordt toegestaan”, waarbij in fine van het verzoekschrift het gevraagde dispositief deels anders geformuleerd wordt, namelijk als “de beslissing [...] waarbij de aanbesteding [...] in geen van de vier percelen gegund wordt aan verzoekster maar wel aan derden nietig te verklaren”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 15 januari 2002 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 4 oktober 2002 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 5 november 2002;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat I. Declercq, die loco advocaat L. Van Hulle verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat P. Flamey, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

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

1. Betreffende de procedure.

Overwegende dat bij vonnis van 19 april 2002 van de Rechtbank van Koophandel te Kortrijk de verzoekende partij in staat van faillissement werd verklaard; dat advocaat L. Van Hulle, bij brief van 11 juli 2002 de Raad van State heeft laten weten dat hij optreedt als curator van de gefailleerde vennootschap en deze keuze van woonplaats laat doen op zijn kantoor; dat aldus het geding is hervat;

2. Over de gegevens van de zaak.

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

2.1. In het “Bijzonder bestek Reing-98. Betreffende de algemene reiniging van gebouwen” is op bladzijde 1, tweede alinea, en in bijlage 2, op bladzijde 3, artikel 3, bepaald dat de intercommunale, die verwerende partij is, de opdrachtgever is.

2.2. In dat bestek is in bijlage 2, onder artikel 6 “Gunningscriteria” voorgeschreven dat de opdracht gegund wordt “bij onderhandelingsovereenkomst” en dat bij de toewijzing rekening zal worden gehouden met de volgende criteria, in volgorde van afnemend belang :

“1. De prijs (60 p.)

2. Het tijdsbestek (15 p.)

Het tijdsbestek zal in functie van de volgende criteria worden geëvalueerd :
De opdrachtgever heeft per gebouw een geraamd urenpakket per maand opgegeven voor kantoor- en aanverwante oppervlaktes.

Magazijnen, garages en archiefruimten (+ auditorium Kennedypark) worden gereinigd op aanvraag.

De aannemer is verplicht steeds prijs op te geven volgens de door de opdrachtgever geraamde uren.

Anderzijds dient de aannemer tevens een gedetailleerde nacalculatie van de voorziene arbeidstijd voor te leggen.

Indien zijn resultaten afwijken van de opgave door de opdrachtgever, dient hij de 2e kolom uit de prijsofferte eveneens in te vullen en daarvoor een prijsopgave te doen.

In een bijlage motiveert de aannemer dan uitgebreid waaruit de afwijkingen voortspuiten.

De opdrachtgever beoordeelt de haalbaarheid van de kwaliteit binnen de tijdsperiode opgegeven door de inschrijver, waarin de dagelijkse reinigingswerken zullen uitgevoerd worden.

3. De analyse van het schoonmaakprogramma (10 p.)

Het schoonmaakprogramma zal in functie van de volgende criteria worden geëvalueerd :

De opdrachtgever beoordeelt op uitvoering zoals beschreven in het schoonmaakprogramma, op de producten en op het gebruikte materiaal.

4. De opleiding van het personeel (5 p.)

De opleiding van het personeel zal in functie van de volgende criteria worden geëvalueerd :

De structuur van de opleiding binnen het bedrijf, alsook de bewezen toepassingen ervan bij andere belangrijke klanten van de inschrijver.

5. Het kwaliteitscontrolesysteem (5 p.)

Het kwaliteitscontrolesysteem zal in functie van de volgende criteria worden geëvalueerd :

De aanwezigheid en toepassing in de praktijk van diverse kwaliteitscontrolesystemen en de mate waarin gezamenlijke controle en kwaliteitsanalyses uitgevoerd worden.

6. De volledigheid van het dossier (5 p.)”.

2.3. In het “Opdrachtdossier”, gedateerd 20 oktober 1997 en met als opschrift “Opdracht voor de algemene reiniging van gebouwen”, is bepaald :

“Dossier in opdracht geplaatst door Electrabel Distributie Vlaanderen (EDV) in naam en voor rekening van de Intercommunale Gaselwest”.

De opdracht is verdeeld in vier percelen : het betreft telkens een bepaalde regio, loopt over de periode van 1 maart 1998 tot 28 februari 2001 en er wordt een “procedure met onderhandelingen” gevolgd.

In dat document worden in bijlage 5 “Regels voor de gunning van de opdracht” bepaald : die komen overeen met de criteria van het voormelde artikel 6, behalve voor het criterium van het tijdsbestek, waarvan enkel het laatste lid wordt overgenomen, aangevuld met :

“De inschrijver verplicht er zich toe op verzoek van de opdrachtgever het minimum tijdsbestek door een uitvoering ter plaatse te bewijzen. De testlocatie zal door de opdrachtgever bepaald worden. Indien de inschrijver zijn tijdsbestek in de praktijk niet kan bewijzen, wordt het tijdsbestek als onbestaande beschouwd”.

2.4. Een aankondiging vindt plaats in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen van 17 december 1997 en in het Bulletin der Aanbestedingen van 2 januari 1998.

De verzoekende partij wordt in kennis gesteld van de opdracht met een brief van 29 januari 1998.

Twaalf offertes worden ingediend, waaronder die van de verzoekende partij. Op 13 februari 1998 worden zij geopend.

2.5. Er wordt een verslag opgesteld met datum 2 maart 1998.

Op bladzijde 2 wordt een “samenvatting en voorstel tot toewijzing” gegeven : per perceel wordt een rangschikking vermeld voor iedere inschrijver, met zijn puntenscore op 100.

De verzoekende partij behaalt daarin :

- voor perceel 1 : 79 punten (5e plaats)
- voor perceel 2 : 72 punten (6e plaats)
- voor perceel 3 : 57 punten (8e plaats)
- voor perceel 4 : 76 punten (4e plaats)

Voorgesteld wordt percelen 1 en 3 toe te wijzen aan Abilis Cemstobel en 2 en 4 aan de NV Euroclean.

In een bijlage 1 worden de gunningscriteria herhaald en sommige nader ingevuld, in een bijlage 2 wordt de “methodiek van de puntentoekenning aan de prijs” uiteengezet. Voorts wordt in een bijlage 3 per perceel “een verrekening van prijs naar eenheden” weergegeven en een tabel met de punten per criterium voor elke inschrijver.

2.6. Het directiecomité van de verwerende partij keurt op 3 april 1998 de gunningsdossiers goed. Volgens het neergelegde notulenontwerp luidt die beslissing als volgt :

“Reiniging van gebouwen 1998-2001 (GW98-128)

Deze aanbesteding heeft tot doel nieuwe raamcontracten af te sluiten voor de algemene reiniging van de gebouwen Gaselwest vanaf 2 mei 1998 tot en met 30 april 2001.

Het opdrachtdossier werd goedgekeurd door het directiecomité van 7 november 1997.

De aanbesteding werd opgesplitst in 4 percelen :

- perceel 1 : Kust;
- perceel 2 : Roeselare - Tielt - Deinze;
- perceel 3 : Kortrijk
- perceel 4 : Menen - Waregem - Oudenaarde - Ronse

Toewijzingsvoorstel :

- de firma Euroclean uit Brussel haalt de beste score voor perceel 1, 2 en 4;
- de firma Abilis Cemstobel uit Gent haalt de beste score voor perceel 1 en 3;
- daar de firma Abilis Cemstobel echter nog een bijkomende korting geeft van 1% bij toewijzing van 2 van de 4 percelen, wordt voorgesteld :
 - de percelen 1 en 3 toe te wijzen aan de firma Abilis Cemstobel voor de respectieve jaarprijzen van :
 - ✓ 2.799.173 BEF - 1% korting = 2.771.181 BEF voor perceel 1;
 - ✓ 9.330.756 BEF - 1% korting = 9.237.448 BEF voor perceel 3;
 - de percelen 2 en 4 toe te wijzen aan de firma Euroclean voor de respectieve jaarprijzen van 4.068.146 BEF voor perceel 2 en 3.524.587 BEF voor perceel 4.

Met dit voorstel tot toewijzing wordt een jaarlijkse uitgave bekomen van 19.601.362 BEF voor de schoonmaak van de 19 vestigingsplaatsen van Gaselwest.

Voor 1996 lagen deze uitgaven op 26 miljoen BEF en voor 1997 op 25 miljoen BEF. Deze Europese aanbesteding levert Gaselwest voor de eerstvolgende 3 jaar een besparing op van om en bij de 6 miljoen BEF per jaar.

Besluit

De gunningdossiers, zoals omstandig omschreven in bovengenoemde documenten, worden goedgekeurd”;

2.7. Met brief van 6 april 1998 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mede dat zij niet kon worden “weerhouden” voor de percelen waarvoor zij inschreef.

2.8. De raadsman van de verzoekende partij vraagt met brief van 9 april 1998 naar de “gemotiveerde beslissing van gunning van de opdracht”.

2.9. Met een faxbericht van 24 april 1998 stuurt Electrabel een overzichtstabel van de eindresultaten van de gekozen inschrijvers en van de verzoekende partij, samen met voormelde bijlage 1 (gunningscriteria) en bijlage 2

(methodiek) : die stukken worden nog eens toegezonden door de verwerende partij met een brief van 15 mei 1998;

3. Over het voorwerp van het beroep.

Overwegende dat in het inleidend verzoekschrift het voorwerp van het beroep niet meteen duidelijk is; dat daarin immers nietigverklaring wordt gevorderd, eerst, enkel van de weigering om welk van de vier percelen van de opdracht ook, aan de verzoekende partij toe te wijzen, en, in fine, ook van de beslissing tot toewijzing aan derden; dat in het auditoraatsverslag de vordering enkel ontvankelijk wordt geacht in zoverre zij de laatstgenoemde toewijzingsbeslissing betreft; dat de verzoekende partij in haar laatste memorie zich zonder meer “aansluit bij het auditoraatsverslag”; dat aldus moet worden aangenomen, nu ook uit de behandeling ter terechtzitting het tegendeel niet blijkt, dat de verzoekende partij de voornoemde toewijzingsbeslissing als voorwerp van het geding beschouwt;

4. Over de gegrondheid.

4.1. Overwegende dat de verzoekende partij een derde middel als volgt verwoordt :

“C. Derde middel : Schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 op de uitdrukkelijke motiveringsplicht - Schending van het algemeen rechtsbeginsel houdende materiële en formele motivering van bestuurshandelingen.

1. In de 'gemotiveerde' beslissing van 24 april 1998 worden enkel de punten gegeven van verzoekster en van de gegunde aannemers (Abilis Cemstobel en Euroclean) tesamen met de aangepaste versie van de gunningscriteria en de nieuwe puntenmethodiek, zonder evenwel te preciseren hoe gekomen werd tot de eigenlijke puntentoekenning enerzijds van de weerhouden inschrijvers en anderzijds van verzoekster en dit aan de hand van de diverse gunningscriteria.
2. De motiveringsplicht heeft nochtans precies tot doel de inschrijvers toe te laten de gegrondheid van de motieven van hun afwijzing te onderzoeken (D. D'Hooghe, o.c., 618), zodat ook hier moet vastgesteld worden dat verwerende partij gefaald heeft”;

4.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord tegenwerpt dat de verwerende partij heeft meegedeeld welke de punten zijn op grond waarvan de “weerhouden” inschrijvers werden gekozen, dat bovendien de verzoekende partij deze punten heeft kunnen vergelijken met degene die zij behaalde, dat voorts de verwerende partij in haar faxbericht van 24 april 1998 ook

de methodiek meedeelde op grond waarvan zij tot deze punten is gekomen, dat zulks op zich reeds volstaat als motivering om de verzoekende partij op de hoogte te brengen van de redenen waarom voor de “weerhouden” inschrijvers werd gekozen, dat ten slotte ook uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij haar beslissing afdoende gemotiveerd heeft of haar beslissing tenminste steunde op motieven, die aan de verzoekende partij een voldoende inzicht geven in de bestreden beslissing, dat de wijze waarop precies de evaluatie gebeurde, door de verzoekende partij kan worden geverifieerd bij inzage van het administratief dossier, dat het middel gesteund op de formele motivering van de gunningsbeslissing elk belang verliest, wanneer de geweerde inschrijver bij inzage van het administratief dossier kennis kan nemen van deze motieven, die zoals te dezen, afdoende zijn;

4.3. Overwegende dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord staande houdt dat indien een toewijzing gebeurt op basis van scores per gunningscriteria, in de motivering minstens een detail van de punten per gunningscriterium moet worden opgegeven, met vermelding van de sterke en zwakke punten van de beoordeelde offertes, dat zulks te dezen niet gebeurde, dat er enkel een globaal overzicht was in het faxbericht van 24 april 1998, dat zij ook uit de bijlagen bij het faxbericht van 24 april 1998 onmogelijk kon leren waarom haar kandidatuur niet werd “weerhouden”, dat het motiveringsgebrek niet rechtgezet kan worden door de neerlegging van het integraal administratief dossier, dat voorts in het administratief dossier enkel te lezen is op welke wijze tot een puntentoekenning werd gekomen voor het eerste gunningscriterium, namelijk de prijs, dat uit het onderliggende dossier evenwel nog steeds niet af te leiden valt op welke wijze de puntentoekenning is gebeurd bij de overige gunningscriteria (tijdsbestek, analyse van het schoonmaakprogramma, opleiding van het personeel, kwaliteitscontrolesysteem en volledigheid van het dossier), dat er daarom nog steeds, zelfs na neerlegging van het administratief dossier, een miskennis van de motiveringsplicht is;

4.4. Overwegende dat de verwerende partij in haar laatste memorie nog betoogt dat de verzoekende partij in het kader van de toekenning van het derde perceel (Kortrijk) geen enkel belang heeft bij het middel, dat met name uit de puntenquotering voor de prijs en het tijdsbestek, berekend binnen de tijdsperiode opgegeven door de inschrijver, en dus berekenbaar en gemotiveerd, blijkt dat er een verschil is van 19 punten tussen de begunstigde en de verzoekende partij, dat daarnaast de verzoekende partij en de begunstigde beide reeds vijf punten verkregen voor de volledigheid van het dossier, dat zulks ertoe leidt dat de gunningscriteria,

waarmtrent de motivering volgens de verzoekende partij gebrekkig zou zijn, slechts kunnen slaan op 20 punten, dat een “redelijke invulling” van deze twintig punten, mocht kunnen worden aangetoond dat deze onredelijk was, er nooit zou kunnen toe hebben geleid dat de verzoekende partij 19 punten zou krijgen en de begunstigde slechts één;

Overwegende dat de verwerende partij voorts nog betoogt dat het feit dat de precieze motieven voor de puntentoekenning voor de gunningscriteria “analyse van het schoonmaakprogramma”, “opleiding van het personeel”, “kwaliteitscontrolesysteem” en “volledigheid van het dossier” niet zouden blijken uit de motieven van de bestreden beslissing of het administratief dossier, geenszins aantoont, “zelfs niet eens indiceert”, dat de toewijzing niet regelmatig zou zijn geweest, dat de desbetreffende criteria “discretionair” beoordeeld werden, dat de vraag dan ook rijst wat het belang zou kunnen zijn geweest van een meer uitdrukkelijke motivering ten aanzien van deze criteria, dat de discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende overheid in het kader van de puntentoekenning zo groot is, dat een toetsing van de redelijkheid in dit verband in feite onmogelijk is, dat in ieder geval dient te worden besloten dat de verzoekende partij geen enkel belang heeft bij het voorliggende middel, dat, wanneer de verzoekende partij het puntensysteem als dusdanig heeft aanvaard en op geen enkele wijze deze gunningswijze heeft aangevochten, niet meer met goed gevolg kan worden ingeroepen, weze het met toepassing van de formele en materiële motiveringsplicht, dat er zou moeten worden uitgelegd, waarom een inschrijver, te dezen, de verzoekende partij (slechts) X aantal punten heeft voor criterium A en een andere inschrijver X aantal punten voor dat criterium, en zo voort, voor elk criterium, laat staan dat er zou moeten worden uitgelegd waarom er X afstand bestaat tussen de punten van deze inschrijver tegenover de punten van gene inschrijver, en zo voor elk gunningscriterium, dat enkel wanneer bijvoorbeeld voor een systeem van ordinale schalen werd gekozen, voormelde uitleg dient te volgen uit de invulling van deze methodologie, dat geen enkele wettelijke of reglementaire bepaling oplegt te werken met ordinale schalen, dat, als er enkel met punten wordt gewerkt zonder vaste meeteenheid, het debat volstrekt zinloos is te vragen naar een nadere motivering van de correct toegekende punten;

4.5. Overwegende, wat de schending van de formele motiveringsverplichting betreft, dat de motivering in de bestreden beslissing, teneinde te voldoen aan de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke

motivering van de bestuurshandelingen, de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; dat die motivering afdoende moet zijn ten einde een belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt; dat zulks inhoudt dat een verzoekende partij, als inschrijver waarvan de offerte niet werd gekozen, uit de motivering zelf van de toewijzingsbeslissing moet kunnen afleiden om welke redenen de gekozen offerte de voorkeur verdient boven de hare;

Overwegende dat te dezen de toewijzingsbeslissing zelf niet werd medegedeeld; dat hetgeen als “gemotiveerde beslissing” wel ter kennis werd gebracht van de verzoekende partij, neerkomt op een tabel van de eindresultaten, een overzicht van de gehanteerde gunningscriteria, en, wat het prijs criterium betreft, een gedetailleerde methodiek van de puntenberekening; dat door die mededeling in elk geval het doel van de voormelde wet van 29 juli 1991 niet werd bereikt, nu uit de medegedeelde gegevens de verzoekende partij voor vijf van de zes gunningscriteria niet kon afleiden op grond van welke feitelijke gegevens voor de diverse percelen aan de gekozen offertes meer punten waren toegekend dan aan haar offertes; dat die gegevens voorts al evenmin blijken uit de pas met het administratief dossier aan de verzoekende partij medegedeelde toewijzingsbeslissing zelf; dat daarin immers geen bespreking aan de puntentoekenning wordt gewijd, maar enkel naar de “beste scores” wordt verwezen die uit het toewijzingsvoorstel blijken; dat dit voorstel op zijn beurt in zijn geheel ten vroegste met het administratief dossier ter kennis is gebracht aan de verzoekende partij; dat uit de hogergenoemde bijlagen bij dat voorstel wat betreft de gunningscriteria tijdsbestek, analyse van het schoonmaak-programma, opleiding van het personeel, kwaliteitscontrolesysteem en volledigheid van het dossier, weliswaar blijkt hoeveel punten elke offerte kreeg voor elk criterium maar in die bijlagen geen enkel gegeven wordt teruggevonden betreffende de goede of slechte kanten van de offertes die reden waren voor goede of minder goede punten; dat aldus, in tegenstelling tot hetgeen de verwerende partij betoogt, door de voornoemde mededeling van het administratief dossier, de verzoekende partij nog steeds geen voldoende inzicht verkreeg in de motieven van de bestreden beslissing;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat moet worden afgeleid dat de bestreden beslissing niet afdoende uitdrukkelijk is gemotiveerd en, meer nog, dat evenmin blijkt dat zij op deugdelijke materiële motieven is gesteund; dat aan die conclusie geen afbreuk wordt gedaan door de argumenten die de verwerende partij

in haar laatste memorie aanbrengt; dat zij niet kan worden bijgetreden, in zoverre zij de verzoekende partij daarbij elk belang ontzegt bij de vordering wat betreft de toewijzing van het derde perceel; dat de verwerende partij daartoe immers uitgaat van loutere veronderstellingen van wat zij een “redelijke invulling” noemt van de puntentoekenning; dat bovendien in de voorliggende zaak zelfs niet zou kunnen worden geverifieerd of die invulling in rechte aanvaardbaar zou zijn, nu concrete beoordelingen van de offertes in de goede of de slechte zin ontbreken en voor alle criteria behalve de prijs alleen punten voorhanden zijn; dat om die redenen de verwerende partij slecht geplaatst is om te beweren dat te dezen de offertes in elk geval “redelijk” zijn beoordeeld en een toetsing van die redelijkheid in de puntentoekenning door de Raad van State niet mogelijk zou zijn; dat ten slotte de twijfel die de verwerende partij zaait omtrent de deugdelijkheid van het gebruikte cijfermatige evaluatiesysteem, door te wijzen op de mogelijke superioriteit van het systeem der “ordinale schalen”, te dezen niet relevant is voor het debat; dat immers de verwerende partij zelf niet voor het laatste systeem heeft gekozen voor de evaluatie van de offertes; dat het middel gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van 3 april 1998 van het directiecomité van de coöperatieve Intercommunale Maatschappij voor Gas en Elektriciteit van het Westen (GASELWEST) waarbij de opdracht voor de reiniging van gebouwen 1998-2001 wordt toegewezen, voor perceel 1 en 3 aan Abilis Cemstobel en voor perceel 2 en 4 aan NV Euroclean.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van de failliete boedel.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op dertig januari 2003, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.