

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 117.155 van 18 maart 2003
in de zaak A. 77.808/XII-1122.**

In zake : de NV ABETEC,
die woonplaats kiest bij
advocaten F. Couvreur en Ph. Coenraets,
kantoor houdende te Brussel,
F. D. Rooseveltlaan 84, bus 3

tegen :

de CVBA INTERCOMMUNALE VOOR VERWIJDERING EN
VERWERKING VAN VASTE AFVALSTOFFEN,
met zetel te Maasmechelen,
Kringloopstraat 1.

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 Abetec op 9 maart 1998 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “het besluit van 7 januari 1998, via dewelke tegenpartij heeft aan verzoekster meegedeeld dat haar inschrijving niet als beste werd weerhouden, en van de beslissing, van onbekende datum, de inschrijving van Miplan-Agipar weer te houden”;

Gezien de memorie 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 18 oktober 2002 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 17 december 2002;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat Chr. Lepinois, die loco advocaat Ph. Coenraets verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat H. Berghs, 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. Over de gegevens van de zaak.

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

1.1. De verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit betreffende het “voorontwerp, ontwerp en leiding van de werken voor de bouw van een GFT-composteerinstallatie van 20.000 ton/jaar”.

1.2. In het toepasselijke bestek (blz. 3) is bepaald dat het bestuur de deelnemende inschrijvers zal beoordelen op “de kwalitatieve selectiecriteria zoals vermeld in de artikelen 68-79 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996”. Een aantal documenten dienen daartoe bij de offerte gevoegd te worden, zoals een “lijst van de gelijkaardige diensten uitgevoerd tijdens de laatste drie jaar, met vermelding van bedrag en datum en van de publieks- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren” en een overzicht van het personeelsbestand en het kader met de respectieve kwalificaties van de personeelsleden.

1.3. Wat betreft de criteria voor gunning van de opdracht, schrijft het bestek voor (blz. 4) dat het bestuur de regelmatige offerte kiest die haar het voordeligst lijkt met inachtneming van de volgende gunningscriteria in dalende volgorde van belangrijkheid :

- “- ereloonpercentage
- kennis en ervaring van de dienstverlener en in het bijzonder van de verantwoordelijke voor de uitvoering van de diensten, in verband met de composteertechnieken en -systemen
- kennis van de Belgische en Vlaamse wetgeving, normeringen, uitvoeringsplannen en de bestaande structuren binnen de afvalverwerking in Vlaanderen en Limburg”.

1.4. De opening van de offertes vindt plaats op 10 oktober 1997.
Er blijken zeven offertes te zijn ingediend, waaronder die van de verzoekende partij.

1.5. Een “technische commissie” stelt een “eindverslag van toewijzing” op. Volgens dat verslag voldoen alle inschrijvers aan de kwalitatieve selectiecriteria. Voorgesteld wordt punten toe te kennen aan de gunningscriteria : 50 aan het eerste, 30 aan het tweede en 20 aan het derde.

Voorts worden de offertes, per criterium, besproken en per criterium worden punten gegeven. Betreffende het criterium “kennis en ervaring” stelt het verslag onder meer :

“[...]

- Inschrijver Abetec stelt voor te werken met 1 projectmanager milieutechniek die ervaring heeft in die richting. Als referenties waarbij kennis en ervaring werd opgedaan betreffende de composteertechniek kunnen zij de bouw van één tunnelcompostering voorleggen en de uitbreiding ervan en de bouw van een halcompostering van 60.000 ton/jaar en de compostering van grasmaaisel in een hal met beluchte vloeren.

Hiervoor bekomen zij 15 punten.

“[...]

- Miplan-Agipar : de projectleiding wordt uitgevoerd door 2 personen. Miplan-Agipar heeft zelf als studie bureau geen ervaring wat betreft composteren maar de voorgestelde project-leiding heeft deze wel opgedaan bij hun vroegere werkgever Technum. Technum wordt ook opgegeven als onderaannemer, zodat deze referenties bij de beoordeling in aanmerking kunnen worden genomen. Als referenties waarbij kennis en ervaring werden opgedaan worden opgegeven : de bouw van een halcompostering van 45.000 ton/jaar, de optimalisatie van de composteerinstallatie van Intercompost en de voorstudie van de I.V.V.V.A. zelf. Hierdoor beschikken de projectverantwoordelijken over een uitgebreide kennis betreffende de composteertechnieken en -systemen in binnen- en buitenland en hebben een goed inzicht in de knelpunten omtrent mogelijke milieuhinder (geur) en compostkwaliteit.

Hiervoor bekomen zij 30 punten.

- A + D Milieu : A + D Milieu heeft zelf geen ervaring en kennis betreffende de GFT-compostering maar doet hiervoor beroep op hun moedermaatschappij D.H.V.-Milieu. Wat betreft de verantwoordelijke van het project stellen zij een projectteam voor waarvan 2 personen gespecialiseerd in de composteertechnologie, 1 verantwoordelijke voor de geur en iemand met specialisatie geluid. Als referentie geeft D.H.V. een 4-tal composteerinstallaties op waarbij zij instonden voor de engineering en het procestechnologische ontwerp. Daarnaast geven zij als referentie een 7-tal studies op waarbij een systeemkeuzeonderzoek werd gedaan voor de realisatie van een GFT-composteerinstallatie. In opdracht van het Ministerie van VROM werd een handboek opgesteld over composteren en vergisten van GFT-afval. Tevens werd een studie uitgevoerd in opdracht van de Europese Commissie betreffende de inventarisatie van de composteertechnieken, regelgeving en beleid en de afzetmarkten in de Europese Unie. Tevens worden ook een 4-tal

MER-rapporten voor de bouw van composteerinstallaties als referentie opgegeven.

Voor deze referenties, kennis en ervaring bekomen zij eveneens 30 punten”.

De hoogste punten verkrijgen respectievelijk :

- Miplan-Agipar ($37,5 + 30 + 20 = 87,5$ punten)
- A + D Milieu ($40 + 30 + 15 = 85$ punten)
- Verzoekende partij ($45 + 15 + 20 = 80$ punten).

De commissie stelt voor de opdracht toe te wijzen aan de tijdelijke vereniging NV Miplan- NV Agipar.

1.6. De raad van bestuur van de verwerende partij neemt op 19 december 1997 kennis van het verslag van de technische commissie, bespreekt het en er wordt over gestemd : zes leden keuren het verslag goed, drie onthouden zich. Besloten wordt de opdracht “toe te wijzen aan de tijdelijke vereniging NV Miplan- NV Agipar”.

1.7. Met een brief van 7 januari 1998 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mede dat haar inschrijving “niet als beste werd weerhouden”.

1.8. Met brief van 12 januari 1998 vraagt de verzoekende partij om het toewijzingsverslag. Dit wordt toegezonden door de verwerende partij met een brief van 19 januari 1998;

2. Over de excepties.

Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord drie excepties aanbrengt waarin zij de ontvankelijkheid van het beroep betwist; dat ter terechtzitting deze excepties echter niet worden gehandhaafd;

3. Over het voorwerp.

Overwegende dat in het auditoraatsverslag het beroep enkel ontvankelijk wordt geacht in zoverre het betrekking heeft op de toewijzingsbeslissing; dat ter terechtzitting de verzoekende partij het voorwerp van haar beroep daartoe beperkt;

4. Over de gegrondheid.

4.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel de schending aanvoert onder meer van de artikelen 68 tot en met 71 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, doordat de bestreden beslissing is genomen met toepassing van een gunningscriterium “kennis en ervaring”, dat onwettig is, aangezien dergelijk criterium betrekking heeft op de kwalitatieve selectie;

4.2. Overwegende dat de verwerende partij tegenwerpt dat de verzoekende partij kennis had van het bestek en van de daarin vervatte gunningscriteria, dat het middel dienvolgens niet meer kan worden aangevoerd, dat de verzoekende partij immers tegen het bestek had dienen op te komen, dat zij in elk geval moet worden geacht afstand te hebben gedaan van haar rechten om zulks te doen, door zonder voorbehoud omtrent de gunningscriteria deel te nemen aan de offerteaanvraag, dat het gewraakte gunningscriterium overigens niet onwettig is, dat het bestek wel degelijk onderscheid maakt tussen de criteria voor de kwalitatieve selectie en de gunningscriteria en voorts dat te dezen de specificiteit van de opdracht, namelijk het maken van een ontwerp voor een installatie, vereist dat wordt gepeild “naar de persoon van de ontwerper vermits het product juist het ontwerp is”; dat deze argumentatie door de verwerende partij in haar laatste memorie wordt herhaald onder verwijzing naar rechtsleer, volgens dewelke ervaring met de toepassing van bepaalde technische procédés niet alleen de bekwaamheid van de inschrijver aantoon, maar tevens een invloed uitoefent op de kwaliteit van de aangeboden prestaties en dat in het laatstgenoemde geval de ervaring wel als gunningscriterium in aanmerking mag worden genomen;

4.3.1. Overwegende dat een bestek voorbereidend is ten opzichte van de beslissing tot toewijzing en zijn onwettigheid tevens de onwettigheid van de eindbeslissing meebrengt; dat in principe de onwettigheid van het bestek kan worden aangevoerd als middel tegen de toewijzingsbeslissing, ook als de termijn om het bestek eventueel zelf met een annulatieberoep te bestrijden reeds verstreken zou zijn; dat het te dezen niet anders is; dat de enkele omstandigheid, dat verzoekende partij geen afzonderlijk beroep heeft ingesteld tegen het bestek dat haar niet zonder meer van de nagestreefde toewijzing heeft uitgesloten, niet toelaat te vermoeden dat zij

afstand zou hebben gedaan van haar rechten om nog de onwettigheid van het bestek te doen gelden tegen de gunningsbeslissing;

4.3.2. Overwegende dat de verzoekende partij terecht stelt dat krachtens de te dezen van toepassing zijnde regelgeving, criteria betreffende ervaring in beginsel niet als gunningscriteria mogen gelden; dat de wetgever, in navolging van rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, inderdaad onderscheid wilde maken tussen de selectiecriteria, die de kandidaten of inschrijvers betreffen, onder meer inzake hun bekwaamheid, en de gunningscriteria, die de intrinsieke waarde van de offerte betreffen; dat zulks volgt uit de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (zie de memorie van toelichting bij artikel 16 van die wet, Parl. St. Senaat 1992-93, nr. 656/1, 25); dat aldus in dezelfde optiek in het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, de artikelen 68 tot en met 73 voorzien in afzonderlijke regels in verband met de kwalitatieve selectie voor de overheidsopdrachten voor aanneming van diensten; dat de voorliggende opdracht als een dergelijke opdracht moet worden aangemerkt; dat overeenkomstig artikel 71, eerste lid, van het voornoemde besluit, “de bekwaamheid van de dienstverlener kan worden beoordeeld aan de hand van met name zijn vakkundigheid, doeltreffendheid, ervaring en betrouwbaarheid”; dat dienvolgens een gunningscriterium, dat “kennis en ervaring” in rekening brengt, in principe geen dergelijk criterium meer kan zijn, nu het krachtens de toepasselijke regelgeving een selectiecriterium is; dat de verwerende partij weliswaar betoogt dat te dezen bij wijze van uitzondering de specificiteit van de opdracht toeliet dat gepeild werd naar de persoon van de ontwerper en zijn ervaring; dat echter uit het dossier niet blijkt en de verwerende partij ook niet nader verduidelijkt waarom de bedoelde opdracht een dusdanige specificiteit zou vertonen dat het ervaringscriterium toch als gunningscriterium in het bestek mocht worden opgenomen en gebruikt bij de beoordeling van de offertes; dat dienvolgens de bestreden toewijzingsbeslissing genomen blijkt met schending van de in het middel genoemde bepalingen; dat het middel in de besproken mate gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van 19 december 1997 waarbij door de raad van bestuur van de CVBA Intercommunale voor Verwijdering en Verwerking van Vaste Afvalstoffen de opdracht tot voorontwerp, ontwerp en leiding van de werken voor de bouw van een GFT-composteerinstallatie van 20.000 ton per jaar aan de tijdelijke vereniging NV Miplan- NV Agipar wordt toegewezen.

Artikel 2.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op achttien maart 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.