

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 118.853 van 29 april 2003
in de zaak A. 84.673/XII-2087.**

In zake : de BVBA GILLE GROENVOORZIENINGEN,
die woonplaats kiest bij
advocaat M. Van Dievoet,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Koningsstraat 15

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Binnenlandse Zaken.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de BVBA Gille Groenvoorzieningen op 10 juni 1999 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de ministeriële beslissing betreffende de toewijzing van opdrachten voor het onderhoud van militaire begraafplaatsen en militaire graven in ereperken van 11 maart 1999”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 26 maart 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 16 januari 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 25 februari 2003;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat M. van Dievoet, die verschijnt voor de verzoekende partij en van adjunct-adviseur F. Verduyn, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur W. Weymeersch;

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 voor het onderhoud van de militaire begraafplaatsen en ereperken, gelegen op gemeentelijke begraafplaatsen.

De opdracht is opgedeeld in groepen kavels. De verzoekende partij heeft een offerte ingediend voor kavels 8, 9, 10 en 11 uit groep II en kavels 12 en 13 uit groep III.

1.2. Volgens het toepasselijke bestek nr. III/24/0001/98, deel A, 10., b), zullen de volgende gunningscriteria worden gehanteerd “in die volgorde” :

- “1. de opgegeven prijs;
2. de mogelijkheid van de inschrijver om de opdracht uit te voeren, rekening houdende met de elementen, vermeld in de afzonderlijke nota, die hij bij zijn inschrijving moet voegen (zie hoofdstuk A.7, eerste streepje);
3. het feit dat de inschrijver erkend is, als hij daartoe verplicht is krachtens het koninklijk besluit van 26 september 1991 [...] (de inschrijver wordt verzocht in dat geval het nummer van zijn erkenning te vermelden waarin hij erkend is in de ondercategorie G.3).”.

In voormeld hoofdstuk A.7., wordt bepaald :

“De inschrijver dient bij zijn offerte een afzonderlijke nota te voegen, door hem ondertekend, met het detail van de middelen qua materiaal en personeel waarover hij beschikt om de opdracht uit te voeren. De nota vermeldt tevens de vooropgestelde periodiciteit van de onderhoudsbeurten.”.

1.3. Voor kavel 10 worden vijf offertes ingediend : die van de verzoekende partij is de laagste met een bedrag van 524.414 frank, tweede laagste is de offerte van de SA Balaes met 653.473 frank.

Voor kavel 11 worden zeven offertes ingediend : de verzoekende partij heeft de laagste met 522.236 frank, SA Brucco heeft de tweede laagste, en SA Balaes heeft de derde laagste met 740.702 frank.

1.4. Met een brief van 15 januari 1999 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mede dat haar eenheidsprijzen en de totale prijs voor de kavels 10 en 11, in vergelijking met de raming en de prijzen van de andere inschrijvers, als abnormaal laag werden bevonden. Verzocht wordt om verantwoording met toepassing van artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

1.5. Bij brief van 25 januari 1999 antwoordt de verzoekende partij. Zij wijst op de opgedane ervaring met het onderhoud van de kerkhoven en ereperken te Zemst, Schiplaken, Willebroek en Lier en zij deelt mede dat zij maximaal inspeelt op de werkgelegenheidsmaatregelen van de federale overheid waardoor zij geniet van maximale arbeidskostverlaging door tewerkstelling van laaggeschoolde langdurig werklozen. Zij wijst er voorts op dat er voor de betrokken kavels bijna geen handwerk uit te voeren is en geeft prijzen voor onderhoud van de zerken, voor het kerkhof te Leopoldsburg en Veltem-Beisem met verantwoordingen en merkt de te onderhouden oppervlakten van de ereperken aan als verwaarloosbaar.

1.6. Met een brief van 15 januari 1999 deelt de verwerende partij aan SA G. Balaes mede dat haar eenheidsprijzen en de totale prijs voor de kavels 8, 10 en 11, in vergelijking met de raming en de prijzen van de andere inschrijvers als abnormaal laag werden bevonden : ook deze inschrijver wordt verzocht een verantwoording te verstrekken, met toepassing van het voormelde artikel 110, § 3.

1.7. Met brief van 27 januari 1999 deelt de SA G. Balaes mede dat de bedoelde prijzen berekend zijn op haar vroegere prestaties en op grond van een aantal kerkhoven hetgeen een goede organisatie en een minimaal tijdverlies wat betreft personeel toestaat.

1.8. Voorstellen tot toewijzing worden gedaan door directeur-generaal Vanneste in een verslag van 16 februari 1999. Daarbij worden punten toegekend aan de drie gunningscriteria : respectievelijk 30, 25 en 10 punten.

1.9. Voor kavel 10 krijgt de verzoekende partij 29 op het eerste, 5 punten op het tweede en 10 punten op het derde criterium, in totaal 44 punten.

SA G. Balaes krijgt 25 punten op het eerste, 23 punten op het tweede en 10 punten op het derde criterium, in totaal 58 punten.

Als commentaar wordt gegeven :

“Van de firma's is de prijs van de bvba Gille het interessantst, hoewel de technische capaciteit van de firma G. Balaes vollediger en doeltreffender lijkt;

De firma bvba Gille is een éénmanszaak en heeft aldus niet zo een technische capaciteit als firma G. Balaes, die reeds meer dan 25 jaar aan de militaire begraafplaatsen werkt en 49 personen te werk stelt.

Besluit : rekening houdend met de drie criteria, is de firma G. Balaes het interessantst”.

1.10. Voor kavel 11 krijgt de verzoekende partij 29 op het eerste, 5 punten op het tweede en 10 punten op het derde criterium, in totaal 44 punten.

SA G. Balaes krijgt 19 punten op het eerste, 23 punten op het tweede en 10 punten op het derde criterium, in totaal 52 punten.

De commentaar luidt :

“De firma Brucco SA beschikt niet over een erkenning G3. Van de overige firma's is de prijs van de firma BVBA Gille het interessantst, hoewel de technische capaciteit van de firma G. Balaes vollediger en doeltreffender lijkt. De firma G. Balaes heeft 49 werklieden in dienst en de firma BVBA Gille is een éénmanszaak.

Besluit : rekening houdend met de drie criteria, is de firma G. Balaes het interessantst”.

1.11. Op 11 maart 1999 beslist de bevoegde minister de opdracht voor onder andere de kavels 10 en 11 toe te wijzen aan de SA G. Balaes, onder verwijzing naar het voornoemde verslag van 16 februari 1999, dat bij de beslissing is gevoegd en er integraal deel van uitmaakt.

1.12. Met een brief van 8 april 1999 vraagt de verzoekende partij om mededeling van de toewijzingsbeslissing.

1.13. Bij brief van 14 april 1999 wordt aan de verzoekende partij medegedeeld aan welke inschrijvers de verscheidene kavels zijn toegewezen : de mogelijkheid wordt geboden de gemotiveerde beslissing en het verslag te komen raadplegen;

2. Over het voorwerp van het beroep.

Overwegende dat de verzoekende partij ter terechtzitting verduidelijkt dat het beroep enkel strekt tot nietigverklaring van de bestreden beslissing in zoverre deze de toewijzing inhoudt van de voornoemde kavels 10 en 11;

3. Over de gegrondheid van het beroep.

3.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending inroept onder meer 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 artikel 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; dat zij daartoe betoogt dat de verwerende partij het begrip “voordeligste regelmatige offerte” heeft miskend door het tweede gunningscriterium op een foutieve manier in te vullen, namelijk door de technische capaciteit gelijk te stellen met ervaring en personeel, terwijl de evaluatie dient te gebeuren aan de hand van materiaal en personeel en dat een vertekende puntenverdeling daarvan het gevolg is; dat de verzoekende partij voorts stelt dat de gekozen inschrijver geenszins 49 werknemers kan inzetten om militaire begraafplaatsen en ereperken te onderhouden, aangezien deze inschrijver in hoofdzaak diensten aanbiedt als aannemer voor wegeniswerken en het niet opgaat met betrekking tot tuinieren, bouwvakkers in aanmerking te nemen om het personeelsbestand van een onderneming te bepalen;

3.2. Overwegende dat de verwerende partij repliceert dat het bedoelde gunningscriterium correct werd gehanteerd, dat, wat het materiaal betreft, werd vastgesteld dat alle inschrijvers over het nodige materiaal beschikten, dat tussen de verschillende kandidaten op dat punt geen significante verschillen konden worden gevonden, zodat voor dit onderdeel van het tweede criterium de puntentoekenning werd “geneutraliseerd”, en de punten voor dat criterium uitsluitend werden toegekend op grond van het tweede onderdeel van het criterium, namelijk de

personeelsmiddelen en het op hetzelfde neerkomt als men aan alle inschrijvers evenveel punten toekent op een bepaald onderdeel of geen punten geeft op dit onderdeel; dat de verwerende partij voorts stelt, wat het personeel betreft, dat de grote soepelheid die bij het opvolgen van de taken binnen de opdracht is vereist, zeer moeilijk is op te brengen door een eenmanszaak zodat de offerte van de verzoekende partij niet als voordeligste offerte mocht worden beschouwd en ten slotte dat de gekozen inschrijver in elk geval beschikte over een erkenning in de ondercategorie G.3 “beplantingen”, over voldoende personeel en over alle nodige materiaal om de opdracht te vervullen;

3.3. Overwegende dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord de stelling van de verwerende partij -namelijk dat het op hetzelfde neerkomt wanneer men aan alle inschrijvers evenveel punten dan wel geen punten toekent op hetzelfde onderdeel- poogt te weerleggen met een cijfervoorbeeld; dat zij er voorts op wijst dat een erkenning in klasse 1 (0 tot 5 werknemers) alvast volstond om geselecteerd te worden zodat de overheid zelf te kennen gaf dat het onderhoud van een ereperk met een enkele werknemer kan worden verricht en dat dienvolgens onmogelijk een groter, te dezen zelfs een uitsluitend, belang kan worden gehecht aan het onderdeel “personeel” dan aan het onderdeel “materiaal”;

3.4. Overwegende, wat zowel kavel 10 als kavel 11 betreft, dat het tweede gunningscriterium luidens het bestek -de punten A.7, eerste streepje, en A.10, b), tezamen genomen- de mogelijkheid van de inschrijver betreft om de opdracht uit te voeren “rekening houdende” met de “middelen qua materiaal en personeel waarover hij beschikt om de opdracht uit te voeren”; dat in het meervermelde ambtelijk voorstel tot toewijzing van de opdracht van 16 februari 1999 aan dit criterium een waarde van 25 punten wordt toegekend; dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord de wijze aangeeft waarop te dezen de puntentoekenning per offerte is verricht; dat zij aldus verklaart dat er “geen substantieel onderscheid [kon] vastgesteld worden inzake materiële middelen” waarover alle inschrijvers beschikten, en om die reden bij de beoordeling aan de hand van het besproken criterium enkel de personeelsmiddelen van de inschrijvers in rekening zijn gebracht;

Overwegende dat die werkwijze, in tegenstelling tot hetgeen de verwerende partij betoogt, niet neutraal is wat het resultaat van de puntentoekenning voor elke offerte en de rangorde van de offertes betreft; dat immers door alle punten op het onderdeel personeel toe te kennen en geen op het onderdeel materiaal, de inschrijver die goed scoort voor personeel, een relatief grotere voorsprong verwerft op de voor dat onderdeel minder goed scorende inschrijvers, zodat in de totaaluitslag door die ingreep de rangorde tussen de inschrijvers zelfs kan worden gewijzigd; dat in wezen daardoor het gunningscriterium immers een andere inhoud krijgt; dat het volgende cijfervoorbeeld, aan de hand van de toegekende punten voor kavel 11, zulks duidelijk maakt; dat de toegekende punten daarbij beliepen :

verzoekende partij : $29 + 5 + 10 = 44$ punten,

SA G. Balaes : $19 + 23 + 10 = 52$ punten;

dat bij een verdeling van de punten voor het tweede criterium gelijkelijk over materiaal (12,5/ beide offertes krijgen het maximum der punten) en personeel (12,5/ de offertes krijgen ditmaal de helft van hetgeen zij in de voorgaande berekening kregen of 2,5 en 11,5), de puntentoekenning voor kavel 11 er als volgt zou hebben kunnen uitzien :

verzoekende partij : $29 + (12,5 + 2,5) + 10 = 54$

SA G. Balaes : $19 + (12,5 + 11,5) + 10 = 53$;

dat hieruit blijkt dat bij toekenning aan beide offertes van evenveel punten voor het onderdeel materiaal, de offerte van de verzoekende partij hoger gewaardeerd zou kunnen worden dan deze van de SA G. Balaes;

Overwegende voorts, wat kavel 10 betreft, dat in het toewijzingsverslag, in het voordeel van SA G. Balaes, wordt gesteld dat deze “reeds meer dan 25 jaar aan de militaire begraafplaatsen werkt”; dat aldus een ervaringsgegeven in aanmerking is genomen, dat niet is begrepen in het tweede criterium van de technische capaciteit, dat beperkt is tot middelen inzake “materiaal en personeel”;

Overwegende ten slotte, wat de inschatting van het personeel betreft, dat bij kavel 10 in het toewijzingsverslag wordt opgemerkt dat SA G. Balaes 49 personen tewerk stelt, en bij kavel 11 dat zij 49 werklieden in dienst heeft; dat uit het bij haar offerte gevoegde getuigschrift van erkenning echter blijkt dat zij naast de door het bestek vereiste erkenning in categorie B, ondercategorie G.3, (“Beplantingen”) erkend is in vier andere categorieën en 13 andere ondercategorieën; dat het dienvolgens niet zorgvuldig is om, zoals in het toewijzingsverslag, alle

werknemers van een dergelijke onderneming zonder nader onderzoek beschikbaar te achten voor de kwestieuze opdracht;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat volgt dat de bestreden toewijzingsbeslissing, wat kavels 10 en 11 betreft, steunt op een onzorgvuldig hanteren van het tweede gunningscriterium, zowel wat het materiaal als wat het personeel betreft; dat daardoor niet vaststaat dat de gekozen inschrijver de voordeligste offerte heeft geboden; dat dienvolgens de beslissing genomen is met schending van het voormelde artikel 16 van de wet van 24 december 1996 en artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, krachtens welke bepalingen bij een offerteaanvraag de opdracht dient te worden toegewezen aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria; dat het middel waarin de schending van de voormelde bepalingen is ingeroepen in die mate gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van de minister van Binnenlandse Zaken van 11 maart 1999 waarbij kavel 10 en kavel 11 van de opdrachten voor het onderhoud van militaire begraafplaatsen en militaire graven in ereperken, voorwerp van het bestek nr. III/24/0001/98, worden toegewezen aan de SA G. Balaes.

Artikel 2.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
negenentwintig april 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.