

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 157.991 van 27 april 2006
in de zaak A. 120.050/XII-3529.**

In zake : de NV INGENIEURS- EN ARCHITECTENBUREAU ESSA,
die woonplaats kiest bij
advocaat W. Vandyck,
kantoor houdende te Houthalen-Helchteren,
Grote Baan 435

tegen :

de STAD SCHERPENHEUVEL-ZICHEM,
die woonplaats kiest bij
advocaat C. Gysen,
kantoor houdende te Mechelen,
Antwerpsesteenweg 18.

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

Gezien het verzoekschrift dat de NV Ingenieurs- en Architectenbureau Essa op 22 april 2002 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “het besluit van het college van burgemeester en schepenen [...] van 31 december 2001 waarbij de TV Vanuytsel-Gedas [...] wordt aangesteld als ontwerper van het project ‘bouw van een multifunctionele zaal’”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 1 september 2005 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 memorie van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 30 november 2005 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 10 januari 2006;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat W. Vandijck, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat T. Ryckalts, die loco advocaat C. Gysen 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. De gegevens van de zaak.

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

1.1. De verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor de voormelde opdracht voor aanneming van diensten.

1.2. In het toepasselijke bestek nr. 704/2001/V/EP is bepaald onder punt 12 “Gunningscriteria” :

“De gunning zal gebeuren rekening houdend met de volgende criteria :

- de eventuele toepassing van een verminderingspercentage op het te hanteren ereloonpercentage en de kostprijs betreffende de uitvoering van het K.B. d.d. 25.01.2001 (veiligheidscoördinatie)
- de uitvoeringstermijn, op te geven voor de verschillende onderdelen van de opdracht, met name :
 - het voorstel van het bouwprogramma
 - de opmaak van het voorontwerp en de samenstelling van het dossier
 - de opmaak van het ontwerp
 - de samenstelling van het bouwaanvraagdossier
- de schriftelijke toelichtingen van de inschrijver over de wijze waarop hij de opdracht vorm zal geven. Deze toelichtingen kunnen betrekking hebben op :
 - concept - voorstel(len) : concrete benadering van de opdracht en overeenkomstige kostenramingen
 - opmaak van de eindrekening
 - de volgens de ontwerper, noodzakelijk uit te voeren werken; het tijdschema, de noodzakelijke tussenkomsten en samenwerkingsverbanden met andere instanties”.

1.3. De technische dienst stelt op 27 december 2001 een verslag op, waarin de ingediende inschrijvingen genummerd worden. De offerte van de verzoekende partij krijgt nummer 14.

In dat verslag wordt onder andere gesteld :

“Een aantal studiebureaus geven kortingen van 35% en meer op technieken en stabiliteit. Gelet op de te verwachten complexiteit van dit gebouw, voornamelijk voor deze punten, is dit een te groot risico op onvoldoende service. De uiteindelijke multifunctionaliteit van het gebouw hangt namelijk af van deze criteria.

Deze bureaus zijn 3, 6, 11 en 14.

De kostprijs van de veiligheidscoördinatie uitvoering liggen tussen de ‘incl. bij de erelonen’ en de 2.783.000 fr. De erelonen van 1.000.000 fr en meer lijken ons overdreven duur. De duurdere veiligheidscoördinatie vinden wij bij de bureaus 3, 10, 12, 13, 14, 15, 16, en 19. [...]

Uiteindelijk blijft er te kiezen tussen 2-5-8-18 en 20”;

1.4. De dienst adviseert dan de opdracht toewijzen aan nr. 20, de tijdelijke handelsvennootschap Vanuytsel-Gedas.

1.5. Het college beslist op 31 december 2001 zich aan te sluiten bij het verslag van de technische dienst en de opdracht toe te wijzen zoals de dienst voorstelt.

1.6. Bij brief van 4 maart 2002 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mede dat beslist is de opdracht toe te wijzen aan de voormelde tijdelijke handelsvennootschap Vanuytsel-Gedas;

2. De ontvankelijkheid.

2.1. Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord in een exceptie opwerpt dat elke verwijzing naar het belang van de verzoekende partij in het inleidend verzoekschrift ontbreekt en om die reden het beroep niet ontvankelijk is;

Overwegende dat de Raad van State geen regelgeving bekend is waaruit zou kunnen en moeten worden afgeleid dat het ontbreken van een uiteenzetting van het belang op zichzelf een annulatieberoep niet ontvankelijk zou maken; dat de exceptie niet wordt aanvaard;

2.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar laatste memorie in een exceptie betoogt dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het voorliggende annulatieberoep;

2.2.1. Overwegende dat zij daartoe in de eerste plaats doet gelden dat herstel in natura, namelijk het zelf uitvoeren van de opdracht door de verzoekende partij, niet meer mogelijk is zodat geen rechtstreeks belang meer voorhanden is;

Overwegende dat het belang van een verzoekende partij om bij de Raad van State een beslissing inzake de toewijzing van een overheidsopdracht te bestrijden, er idealiter in bestaat opnieuw op zijn minst kans te maken om die opdracht toegewezen te krijgen en die zelf uit te voeren; dat echter het enkele feit dat het voormelde doel onbereikbaar is geworden niet noodzakelijk tot gevolg moet hebben dat een verzoekende partij elk rechtstreeks belang bij de vordering tot nietigverklaring verliest; dat het beroep immers strekt tot de nietigverklaring van een toewijzingsbeslissing, afsplitsbare bestuurshandeling waardoor de verzoekende partij is voorbijgegaan; dat een verzoekende partij aan dat voorbijgaan in principe een gekwalificeerd moreel belang ontleent dat gediend wordt en, spijs de uitvoering van de overeenkomst betreffende de opdracht, gediend blijft door een nietigverklaring van de toewijzingsbeslissing; dat de exceptie in zoverre niet wordt aanvaard;

2.2.2. Overwegende dat de verzoekende partij betreffende het belang ook nog betoogt dat dit verloren is gegaan omdat de verzoekende partij nagelaten heeft om juridische acties te ondernemen teneinde zelf de opdracht te kunnen uitvoeren, zoals een schorsingsberoep bij de Raad van State en omdat zij evenmin de impliciete weigeringsbeslissing bestreed om haar de opdracht toe te wijzen;

Overwegende dat het voornoemde moreel belang ter ondersteuning van het annulatieberoep volstaat; dat de verwerende partij te dezen het verlies van het belang niet aantoon, louter omdat geen schorsingvordering is ingesteld of de impliciete weigeringsbeslissing niet is bestreden; dat de kans van de verzoekende partij om in dit laatste beroep te slagen overigens op zijn minst twijfelachtig is, nu de opdracht met de procedure van de offerteaanvraag werd gegund; dat ook dit onderdeel van de exceptie niet wordt aanvaard;

3. De gegrondheid.

3.1. Overwegende dat de verwerende partij opwerpt dat de verzoekende partij geen belang heeft bij de ingeroepen middelen omdat zij middels het gegrond bevinden van een middel of de middelen nooit als laagste/voordeligste kan worden gekwalificeerd; dat de verwerende partij dan uitvoerig de gunningscriteria bespreekt met inbegrip van de offerte van de verzoekende partij teneinde zulks duidelijk te maken; dat de verwerende partij daarbij de gunningscriteria koppelt aan een puntendeling en de offerte van de verzoekende partij 58 punten toekent, hetzij minder dan aan de offertes van drie andere inschrijvers, zodat volgens de verwerende partij aangetoond is dat de offerte van de verzoekende partij niet als de voordeligste kan worden gekwalificeerd met het gevolg dat zij geen belang heeft bij de ingeroepen middelen;

Overwegende dat de verzoekende partij terecht tegenwerpt dat de toekenning van punten zoals de verwerende partij doet in haar memorie, nergens voorkomt in de bestreden beslissing en in het verslag van de technische dienst waarop de beslissing is gesteund zodat de puntentoekenning een motivering post factum is waarmee geen rekening mag worden gehouden; dat inderdaad in het technisch verslag geen punten zijn toegekend om de offertes op basis van de drie gunningscriteria te evalueren en te onderscheiden; dat de offerte van de verzoekende partij zelfs de fase van toetsing aan de gunningscriteria niet heeft gehaald en de vijf offertes die deze fase wel hebben gehaald, niet met een puntensysteem zijn getoetst; dat voorts het aanvaarden van de exceptie er te dezen zou op neerkomen dat de Raad van State in de plaats van de overheid zou beslissen, in het kader van een offerteaanvraag waarbij de overheid over appreciatieruimte beschikt om de offertes te rangschikken en om de meest voordelige offerte te kiezen, hetgeen de Raad van State niet toekomt; dat de exceptie betreffende het belang bij de middelen niet wordt aanvaard;

3.2.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een eerste middel betoogt wat volgt :

“Schending van art. 110 § 1 en 115 van het K.B. 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken

Doordat de bestreden beslissing nalaat de offerte van verzoekster te vergelijken met overige ingediende offertes wat betreft alle opgegeven gunningscriteria onder de motieven

enerzijds 'een aantal studiebureaus geven kortingen van 35 % en meer op technieken en stabiliteit. Gelet op de te verwachten complexiteit van dit gebouw, voornamelijk voor deze punten, is dit een te groot risico op onvoldoende service. De uiteindelijke multifunctionaliteit van het gebouw hangt namelijk af van deze criteria. Deze bureaus zijn...14 (verzoekster)...'

anderzijds 'de kostprijs van de veiligheidscoördinatie uitvoering liggen tussen de 'incl. bij de erelonen' en de 2.783.000 fr. De erelonen van 1.000.000 fr en meer lijken ons overdreven duur. De duurdere veiligheidscoördinatie vinden wij bij de bureaus...14 (zijnde verzoekster)...'

Terwijl art. 110 § 1 bepaalt dat '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' en art. 115 lid 1 bepaalt dat 'de aanbestedende overheid de regelmatige offerte kiest die haar het voordeligst lijkt op grond van de criteria die verschillend kunnen zijn naargelang de opdracht' en art. 115 lid 2 bepaalt dat 'de aanbestedende overheid in het bestek en eventueel in de aankondiging van de opdracht al de gunningscriteria, zo mogelijk in volgorde van afnemend belang (vermeldt)... Zo niet hebben de gunningscriteria dezelfde waarde'.

Zodat de offerte van verzoekster niet werd beoordeeld op haar intrinsieke waarde zijnde een toetsing aan alle gunningscriteria in vergelijking met de overige ingediende offertes.

Toelichting van het middel

Het bestek 'ontwerp van een multifunctionele zaal' stelde het navolgende :

'12.Gunningscriteria

De gunning zal gebeuren rekening houdend met volgende criteria :

- De eventuele toepassing van een verminderingspercentage op het te hanteren ereloonpercentage en de kostprijs betreffende de uitvoering van het K.B. dd. 25.01.2001 (veiligheidscoördinatie)
- De uitvoeringstermijn, op te geven door de ontwerper voor de verschillende onderdelen van de opdracht, met name :...
- De schriftelijk toelichtingen van de inschrijver over de wijze waarop hij de opdracht vorm zal geven. Deze toelichtingen kunnen betrekking hebben op : ...'

Deze motivering waarbij verzoekster niet verder betrokken wordt in de vergelijking van de kandidaten betrekking hebbend op alle voormelde gunningscriteria door middel van de opstelling van een rangschikking tussen de offerteindieners impliceert een duidelijke schending van art. 110 en 115 vermits het Bestuur kennelijk een gunningscriterium (meer bepaald ereloon, zijnde het eerste gunningscriterium) aanwendt als een soort selectiecriterium.

Dat uiteraard een grondig onderscheid dient gemaakt te worden tussen enerzijds gunningscriteria en selectiecriteria.

Alvorens te kunnen overgaan tot de gunning van een overheidsopdracht aan de inschrijver die volgens het Bestuur de voordeligste (in geval van offerteaanvraag) regelmatige inschrijving heeft ingediend moet het opdrachtgevend bestuur eerst de inschrijvers elimineren die niet aan bepaalde kwalitatieve minimumvoorwaarden voldoen, m.a.w. een selectie op grond van de voor ieder kandidaat geldende selectiecriteria (waarin wordt nagegaan of de inschrijvers zich 1. niet in een uitsluitingspositie bevinden 2. over voldoende financiële en economische draagkracht beschikken 3. over voldoende technische bekwaamheid beschikken).

Het spreekt voor zich dat kwalitatieve selectiecriteria nooit kunnen aangewend worden als gunningscriteria vermits eens de doorlichting (en eventuele eliminatie) van de kandidaten of inschrijvers middels de kwalitatieve selectie is doorgevoerd, de eigenlijke inschrijving van de niet-geëlimineerde kandidaten of inschrijvers getoetst wordt aan de hand van de gunningscriteria,

welke tot doel hebben de intrinsieke waarde van de ingediende offerte te beoordelen.

Verzoekster wordt uitgesloten en niet verder betrokken in de verdere vergelijking (m.b.t. de gunningscriteria, nl. de intrinsieke waarde van de ingediende offerte) op basis van de omvang van de honoraria terwijl dit geen selectie criterium is maar onmiskenbaar een gunningscriterium.

Volledigheidshalve kan hieraan nog toegevoegd worden dat het Bestuur volkomen onregelmatig na uitsluiting van diverse kandidaten (waaronder verzoekster onder de motieven hiervoor vermeld) dan slechts verder vijf kandidaten weerhoudt en vergelijkt (door opstelling van een rangschikking) onder voorwendsel dat het de gunningscriteria beoordeelt teneinde de meest voordelige offerte te weerhouden vermits

- 'omzet' en 'aantal personeelsleden' worden vergeleken terwijl dit duidelijk geen gunningscriteria zijn
- 'uitvoeringstermijn' niet in de beoordeling betrokken wordt terwijl dit een gunningscriterium is
- uiteindelijk gesteld wordt dat de vijf weerhouden kandidaten in mekaars buurt blijven maar omwille van 'dit grote, multifunctionele project' het aangewezen lijkt 'het grotere' (studiebureau) te kiezen terwijl de omvang van een kandidaat niet eens een gunningscriterium is";

3.2.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord tegenwerpt, dat uit het verslag van de technische dienst die oordeelt over de inschrijvingen met betrekking tot het project, duidelijk blijkt dat, vooraleer een beoordeling aan de hand van de gunningscriteria is verricht, een selectie is doorgevoerd tussen de verschillende inschrijvers en hierbij niet de gunningscriteria als selectiecriteria werden aangewend, zoals de verzoekende partij beweert, dat de gehanteerde criteria van de kwalitatieve selectie het opdrachtgevend bestuur alleszins in staat moeten stellen te beoordelen of de kandidaten of de inschrijvers bekwaam zijn om de opdracht uit te voeren door na te gaan of ze zich niet in een toestand van uitsluiting bevinden en of ze wel degelijk over voldoende financiële, economische en technische bekwaamheid beschikken, dat het dan ook duidelijk is dat de verwerende partij te dezen niet de gunningscriteria, die inderdaad een beoordeling dienen te zijn van de inhoudelijkheid van de offerte, heeft toegepast om tussen de inschrijvers te selecteren, dat, integendeel, voorafgaandelijk aan de gunningsprocedure de verwerende partij een selectie heeft gemaakt aan de hand van de mogelijk toepasselijke kwalitatieve selectiecriteria, dat aldus in eerste orde werd vastgesteld dat er een aantal onregelmatige inschrijvingen waren tussen de 21 inschrijvers die de intentie hadden om mee te dingen naar de opdracht, dat studiebureaus 9, 17 en 21 bijgevolg op grond van deze onregelmatige inschrijving geweerd werden uit de vergelijking, dat vervolgens geselecteerd werd op de financiële en economische bekwaamheid, dat studiebureaus 1, 7, 9 en 12 bijgevolg werden uitgesloten wegens hun financiële en economische onbekwaamheid, dat tot slot de verwerende partij ook nog de technische bekwaamheid heeft nagegaan van elk der inschrijvers, waardoor

elke onzekerheid op technisch vlak werd vermeden, dat daarom de verwerende partij melding maakt van de kortingen op de technieken en stabiliteit, die zouden worden aangewend bij het ontwerp van de multifunctionele zaal;

Overwegende dat de verwerende partij voorts nog betoogt dat zij bij het selecteren van de inschrijvers de mening was toegedaan dat de toegepaste technieken en stabiliteit de fundamentele pijlers zijn van een geslaagd concept, dat een bijzonder grote korting op deze punten, “voor verwerende partij de technische bekwaamheid [uitsluit]”, omdat deze pijlers van cruciaal belang zijn, dat geen enkel risico kan worden genomen op deze vlakken, dat de vrees dat de eisen van verwerende partij en de samenwerking met de inschrijver niet vlot kunnen verlopen indien op deze punten een verregaand afwijkend standpunt wordt ingenomen, ertoe leidt dat ook hier geselecteerd wordt, dat hetzelfde geldt voor wat betreft het aspect van de veiligheidscoördinatie, dat de betrouwbaarheid en de verwachte samenwerking met de inschrijvers daarbij de doorslaggevende selectiecriteria zijn, dat in tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partij betoogt, de selectie niet doorgevoerd werd aan de hand van gunningscriteria, doch wel aan de hand van kwalitatieve selectiecriteria, dat een dergelijke kwalitatieve selectie in het kader van een algemene offerteaanvraag steeds dient te geschieden ook al wordt zulks niet vermeld in het bestek of de aankondiging, dat geheel volgens de haar toekomstende discretionaire bevoegdheid de verwerende partij deze selectie heeft doorgevoerd en tevens heeft gemotiveerd in haar verslag omtrent de ingediende offertes, dat de selectiecriteria die werden toegepast toelaatbaar zijn en regelmatig, waardoor ook werd tegemoetgekomen aan de uitdrukkelijke motiveringsverplichting, dat de Raad van State dan ook met betrekking tot deze beslissing inzake de kwalitatieve selectie niet in de plaats kan treden van de discretionair bevoegde overheid, dat de Raad van State zich aldus niet mag “positioneren in de opportuniteitstoetsing” zoals door de verzoekende partij wordt nagestreefd;

3.2.3. Overwegende dat overeenkomstig artikel 110, §1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, de gunning plaats vindt 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;

Overwegende dat de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij heeft uitgesloten wegens het bieden van een te grote korting op technieken en stabiliteit en het overdreven duur karakter van de kostprijs van de veiligheidscoördinatie; dat deze twee gegevens volledig inpasbaar zijn in het eerste gunningscriterium “de eventuele toepassing van een verminderingspercentage op het te hanteren ereloonpercentage en de kostprijs betreffende de uitvoering van het K.B. dd. 25.01.2001 (veiligheidscoördinatie)”; dat de verwerende partij derhalve het eerste gunningscriterium gebruikte als een selectiecriterium; dat de verwerende partij in haar memorie -tevergeefs- tracht het zo voor te stellen alsof zij een selectie doorgevoerd heeft op basis van de technische bekwaamheid van de inschrijvers : het geven van een te grote korting en van een te hoge prijs zou dan een teken zijn van technische onbekwaamheid; dat zulks echter niet in overeenstemming is met artikel 71 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 inzake de mogelijkheden tot het aantonen van de technische bekwaamheid van een dienstverlener; dat ereloonbedragen niet zijn begrepen in de gegevens op grond waarvan volgens dat artikel die bekwaamheid kan worden aangetoond; dat aldus de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij had dienen te toetsen aan de drie gunningscriteria, wat zij niet gedaan heeft; dat het eerste middel zoals voorgebracht door de verzoekende partij derhalve gegrond is in zoverre het schending inroept van artikel 110, § 1, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de stad Scherpenheuvel-Zichem van 31 december 2001 waarbij “de TV Vanuytsel-Gedas [...] wordt aangesteld als ontwerper van het project ‘bouw van een multifunctionele zaal’”.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zevenentwintig april 2006, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.