

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 168.990 van 15 maart 2007
in de zaak A. 128.639/XII-3684.**

In zake : de NV ALLCOMM, thans de NV SPITZ,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. Flamey,
kantoor houdende te Antwerpen,
Jan Van Rijswijcklaan 16

tegen :

de PROVINCIE LIMBURG.

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 Allcomm, thans de NV Spitz, op 28 oktober 2002 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing d.d. 27.06.2002 van de Bestendige Deputatie van de provincie Limburg houdende toewijzing aan de Groep C & Slangen van de opdracht ‘regio marketing concept’, volgens niet nader geïdentificeerd bestek betreffende een overheidsopdracht voor de uitvoering van een dienstverlening, met name de uitwerking van een strategisch regio marketing concept vertaald in een beeld en slogan en een communicatiestrategie”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 4 april 2006 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 7 september 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 17 oktober 2006;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat G. Verhelst, die loco advocaat P. Flamey verschijnt voor de verzoekende partij, en van bestuurssecretaris I. Willems, 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. De gegevens van de zaak.

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

1.1. De verwerende partij schrijft een opdracht van diensten uit voor het uitwerken van een strategisch regiomarketingplan, beeld en slogan en een communicatiestrategie, die zal worden gegund met een algemene offerteaanvraag.

Volgens het toepasselijke bestek omvat de opdracht vier deelopdrachten :

“(1). een regiomarketingplan
(2). een beeld en slogan
(3). een communicatiestrategie
(4). de concrete uitwerking voor de sector cultuur, waarbij de provinciale culturele profilering bij cultuurinitiatieven geoptimaliseerd wordt en waarbij een onderscheid gemaakt wordt tussen eigen initiatieven, platformwerking en gesubsidieerde initiatieven”.

Op voorstel van een jury dient het bestuur de regelmatige offerte die haar het voordeligst lijkt te kiezen met inachtneming van de volgende gunningscriteria :

- prijs 25 punten
- methodologie 25 punten
- expertise van het betrokken personeel 25 punten
- eigen visie op de opdracht 25 punten.

1.2. De opening van de inschrijvingen vindt plaats op 28 mei 2002.

Vier offertes blijken te zijn ingediend, waaronder die van de verzoekende partij.

1.3. Op 10 juni 2002 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Daarin quoteert de werkgroep de offertes als volgt :

Inschrijver	Inschrijvingsprijs	Gunningscriteria				
	Prijs in EURO	Prijs	Methodologie	Expertise van betrokken personeel	Eigen visie op de opdracht	Totaal 100 pt
1. TWBA Brussel Inschrijving exclusief BTW BTW op 21% Totaal	65.900,00 13.839,00 79.739,00	25	10	10	10	55
2. Impuls Genk Inschrijving exclusief BTW BTW op 21% Totaal	154.446,00 32.433,66 186.879,66	23	21	15	17	76
3. Groep C & Slangen Hasselt Inschrijving exclusief BTW BTW op 21% Totaal	171.415,00 30.197,00 201.612,00	22	25	25	25	97

4. Allcomm Leuven Inschrijving exclusief BTW BTW op 21% Totaal Opgemaakt, Hasselt 2002-06-10 Veyfeyken Theo Diensthoofd	119.067,04 25.004,08 144.071,12	24	23	23	20	90
---	---------------------------------------	----	----	----	----	----

Voorgesteld wordt de opdracht toe te kennen aan Groep C & Slangen voor een bedrag van 201.612 euro, BTW inbegrepen.

1.4. De bestendige deputatie beslist op 27 juni 2002 de voormelde inschrijver aan te stellen voor het uitvoeren van de opdracht.

Bij brief van 28 augustus 2002 wordt aan de verzoekende partij kopie van het gunningsverslag gezonden;

2. De gegrondheid van het beroep.

2.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een eerste middel betoogt hetgeen volgt :

“schending van artikel 115 K.B. 8 januari 1996, op zichzelf genomen en verdragsconform gelezen uit de schending van de in het bestek bepaalde gunningscriteria, en uit de schending van de materiële en formele motiveringsplicht zoals opgelegd door de Wet van 29 juli 1991 op de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en de algemene beginselen ter zake, uit schending van het gelijkheids-, transparantie- en patere legembeginsel, het verbod van willekeur en uit machtsoverschrijding.

Doordat, de opdracht volgens het bestek gegund zou worden op grond van vier gunningscriteria (tezamen 100 punten waard), te weten : (1) prijs, (2) methodologie, (3) expertise van betrokken personeel, en (4) eigen visie op de opdracht). Dat deze criteria gelijkwaardig waren. Dat voor elk van deze criteria immers maximum 25 punten te verdienen waren.

[...]

Dat daarenboven, in feite, de punten voor wat betreft de prijs niet gelegen zijn tussen 10 en 25, zoals dit voor de andere criteria wel het geval is, doch tussen 22 en 25.

[...]

Terwijl, tweede onderdeel, een correcte toepassing van het puntensysteem vóóronderstelde dat voor elk criterium daadwerkelijk punten werden toegekend die varieerden van 0 tot 25 punten.

Welnu, van zulk een puntentoekenning op een vooropgestelde schaal tussen 0 en 25 is in casu geenszins sprake. Dat voor de criteria : (2) methodologie, (3) expertise van betrokken personeel, en (4) eigen visie op de opdracht, in feite telkens punten werden toegekend tussen 10 en 25. Dat voor wat betreft het criterium van de prijs de puntenschaal in feite zelfs slechts varieerde tussen 22 en 25 punten.

Dat meer bepaald, de Groep C & Slangen voor haar ‘abnormaal hoge offerte’ (in vergelijking tot de andere offertes, zie tweede middel) toch nog 22 punten verkreeg. Daar waar TWBA voor haar slechtst scorende methodologie, expertise en visie telkens maar 10 punten kreeg en Impuls voor de op één na slechtst scorende expertise zelfs maar 15 punten kreeg.

Dat aldus dient vastgesteld te worden dat de aanbestedende overheid voor wat betreft het criterium van de prijs een -wat de overige gunningscriteria betreft, van het bestek afwijkende- puntenschaal heeft toegepast die varieerde tussen 22 en 25. Waarbij alle inschrijvers vervolgens werden gerangschikt volgens hun prijs. Groep C & Slangen 22 punten; Impuls 23 punten; Allcomm 24 punten en TWBA 25 punten.

Dat precies door deze handelswijze de aanbestedende overheid het belang van het prijscriterium -dat volgens het bestek gelijkwaardig was met de andere criteria- in feite -door manipulatie van de puntenschaal voor de prijs- van zeer ondergeschikt belang heeft gemaakt in haar uiteindelijke toekenning van de punten. Dat precies door deze verregaande ‘marginalisatie’ van de prijs -in weerwil van het bestek- de Groep C & Slangen -met veruit de duurste offerte- toch nog kon winnen.”;

2.2. Overwegende dat de verwerende partij tegenwerpt :

“Overwegende dat ons college [...] erop wenst te wijzen dat het door de verzoekende partij ingeroepen principe -namelijk het principe dat eenmaal de aanbestedende overheid een waarde heeft toegekend aan een gunningscriterium, zij deze waarde achteraf niet kan wijzigen- in casu helemaal niet geschonden werd;

dat in tegenstelling tot wat het geval was in de zaak N.V. Projektbureau Signa (R.v.St., nr. 80.694, 8 juni 1999) ons college bij de beoordeling van de offertes deze immers aan de vier in het bestek opgegeven gunningscriteria heeft getoetst en dat het de offertes gequoteerd heeft rekening houdend met het eveneens in het bestek opgegeven maximum van de voor elk van de criteria te behalen aantal punten (nl. 25 voor elk van de criteria);

dat er dan ook geconcludeerd moet worden dat er in casu absoluut geen sprake was van een schending van het door de verzoekende partij ingeroepen principe en dat dit tweede onderdeel bijgevolg elke feitelijke grondslag mist;

Overwegende dat ons college, voor zover uw Raad van oordeel is dat het tweede onderdeel toch op een op basis van een juist feitelijke weergave werd geconcipieerd, nog erop wenst te wijzen dat de verzoekende partij geen belang heeft bij dit onderdeel [...]

dat immers ook een andere wijze van quotering op het criterium ‘prijs’ noch de rangschikking voor dat criterium, noch de globale rangschikking van de offertes gewijzigd zou hebben;

dat immers, indien er bij de beoordeling van het criterium prijs toepassing zou gemaakt zijn van de alom aanvaarde en objectieve quoteringwijze die erin bestaat de verhouding van de laagste offerte ten opzichte van de beoordeelde offerte in het totaal te bepalen punten weer te geven, of anders gesteld, indien de volgende formule zou toegepast zijn

prijs laagste offerte

X 25 punten

prijs te beoordelen offerte

dit dan toch tot de volgende quotering op het criterium prijs zou leiden :

C TBWA : 65 900 EUR x 25 = 25 punten

65 900 EUR

C Impuls : 65 900 EUR x 25 = 10,667

154 446 EUR

= 11 punten

C Groep C & Slangen : 65 900 EUR x 25 = 9,6111

171 415 EUR

= 10 punten

C Allcomm : 65 900 EUR x 25 = 13,8367

119 067,04 EUR

= 14 punten;

dat dit, samengevat met de andere gunningscriteria tot de volgende globale rangschikking van de offertes zou geleid hebben :

[...]

1. TWBA Totaal	[...]					55
2. Impuls Genk Totaal	[...]					64
3. Groep C & Slangen Hasselt Totaal	[...]					85
4. Allcomm Leuven Totaal	[...]					80

[...]

Overwegende dat ons college ten slotte er in de marge nog op wenst te wijzen dat de verzoekende partij ons college weliswaar verwijt het criterium 'prijs' te marginaliseren doch dat net vastgesteld moet worden dat de verzoekende partij het criterium ten onrechte tracht te maximaliseren;

dat immers niet uit het oog verloren mag worden dat het in casu geen aanbestedingsprocedure doch wel een algemene offerteaanvraag betrof, waarbij de prijs slechts één van de gunningscriteria was en deze ook slechts op dezelfde wijze gewogen werd als de andere criteria;

dat indien het de bedoeling van ons college was geweest het criterium prijs een prominenter rol toe te bedelen -quod non- ons college dan dit criterium bij de vaststelling van het bestek wel hoger zou hebben gewogen doch dat ons college dit echter bewust niet heeft gedaan, omdat het uit te werken strategisch regiomarketingconcept een belangrijk beleidsvoorbereidend document is voor het bestuur, waarvan uiteindelijk de inhoud en de kwaliteit van primordiaal belang zijn;

dat ons college dan ook, krachtens de discretionaire bevoegdheid die het ter zake bezit (zie R.v.St., nr. 29.329, 12 februari 1988), doch in alle objectiviteit en rekening houdend met de aard van de opdracht, heeft beslist de prijs slechts op dezelfde wijze te wegen als de andere criteria;

dat vertrekkend vanuit dit uitgangspunt de verzoekende partij van ons college bezwaarlijk kan verwachten dat het criterium prijs een hogere inschatting zou geven dan deze die het volgens de bestekvoorwaarden moest en kon krijgen;

dat bijgevolg dit tweede onderdeel van het eerste middel geen aanleiding kan geven tot de nietigverklaring van het bestreden besluit d.d. 27 juni 2002 van ons college;

dat bijgevolg, concluderend bij dit eerste middel, moet gesteld worden dat het eerste door de verzoekende partij ingeroepen middel niet enkel ongegrond is doch dat zij bovendien geen belang heeft bij het inroepen van dit middel, nu

door ons college aangetoond werd dat zelfs een andere, zogenaamd meer objectieve, quoteringswijze op het criterium prijs de rangschikking niet zou gewijzigd hebben”;

2.3. Overwegende dat de verwerende partij in haar laatste memorie de voormelde argumentatie betreffende het belang van de verzoekende partij herneemt;

2.4.1. Overwegende, wat het belang van de verzoekende partij betreft, dat de verwerende partij op grond van een simulatie aan de hand van “de alom aanvaarde en objectieve quoteringswijze[...]prijs laagste offerte/prijs te beoordelen offerte x 25 punten” poogt aan te tonen dat de globale rangschikking aldus niet zou worden gewijzigd; dat te dezen echter een dergelijke beoordelingswijze niet is gevolgd zodat die puntentoekenning een motivering post factum is waarmee geen rekening mag worden gehouden; dat de exceptie bij het middelonderdeel niet wordt aanvaard;

2.4.2. Overwegende dat te dezen :

- TWBA met de laagste prijs, 65.900 euro, 25 punten ontvangt;
- de verzoekende partij met de tweede laagste prijs, 119.067,04 euro, 24 punten;
- Impuls met de derde laagste prijs, 154.446 euro, 23 punten;
- Groep C & Slangen met de hoogste prijs, 171.415 euro, 22 punten;

dat de verwerende partij gewerkt heeft, telkens met een verschil van slechts één punt van de laagste tot de hoogste prijs; dat dergelijke werkwijze te dezen, bij een criterium dat op 25 punten is gewaardeerd, met zich meebrengt dat grote prijsverschillen tussen de verschillende offertes niet op een evenredige wijze worden omgezet in een toekenning van verschillende punten; dat aldus de offerte met de hoogste prijs slechts 3 punten minder ontvangt dan de offerte met de laagste prijs, hoewel het verschil tussen beide offertes -zonder BTW- 105.515 euro bedraagt hetgeen op zijn minst een aanzienlijk verschil is, gelet op de inschrijvingsprijzen; dat de verzoekende partij dan ook terecht stelt dat de verwerende partij door aldus te werk te gaan het belang van het prijscriterium zeer ondergeschikt heeft gemaakt in de uiteindelijke toekenning van de punten, hoewel dat gunningscriterium één van de vier gunningscriteria was en gelijkwaardig aan de drie andere; dat inderdaad in het bestek het criterium van de prijs dezelfde weging heeft als de drie andere criteria maar in de evaluatie het criterium van de prijs niet op dezelfde wijze gewogen heeft als de drie andere criteria doordat er bij het criterium van de prijs slechts een spreiding was van 22 tot 25, terwijl er bij de andere criteria een spreiding was van 10 tot 25; dat aldus de verwerende partij niet kan worden bijgevalen waar zij stelt

dat de prijs “op dezelfde wijze gewogen werd als de andere criteria”; dat het daarbij van geen belang is dat, zoals de verwerende partij als argument hanteert, te dezen geen aanbesteding maar een offerteaanvraag in het geding is; dat de verwerende partij eveneens dwaalt waar zij ook nog repliceert dat “de inhoud en de kwaliteit” van het regiomarketingsconcept van primordiaal belang was en het criterium van de prijs een minder prominente rol toebedeeld was; dat zulks onjuist is, aangezien er vier gelijkwaardige gunningscriteria waren waarbij de prijs even “prominent” was als de methodologie, als de expertise van het betrokken personeel en als de eigen visie op de opdracht, nu de prijs eenzelfde puntenwaarde werd toebedeeld in het bestek; dat aldus, door in concreto en, gegeven de vier concrete prijsverschillen, de punten toe te kennen zoals vermeld voor het criterium van de prijs, de verwerende partij haar eigen bestek en de gelijkheid onder de inschrijvers geschonden heeft; dat dienvolgens het tweede onderdeel van het eerste middel in de aangegeven mate gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van 27 juni 2002 van de Bestendige Deputatie van de provincieraad van Limburg houdende toewijzing aan de Groep C & Slangen van de opdracht voor de uitvoering van de opdracht, “uitwerking van een strategisch regiomarketingconcept, vertaald in een beeld en slogan en een communicatiestrategie” voor een bedrag van 201.612,00 euro, BTW inbegrepen.

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
vijftien maart 2007, 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.