

Nederlandse tekst (titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973)

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

A R R E S T

Nr. 181.351 van 19 maart 2008

G./A.132.477/VI-16.438

In zake: **de naamloze vennootschap DALKIA,**

die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. François van der MENSBRUGGHE, advocaat,
Franklin Rooseveltlaan nr. 82 bus 8
1050 Brussel,

tegen:

**de coöperatieve vennootschap met beperkte
aansprakelijkheid Centre hospitalier
PELTZER-LA TOURELLE,**

die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. Ann Lawrence DURVIAUX, advocaat,
rue Docteur Haibe nr. 10
5002 Saint-Servais.

DE RAAD VAN STATE, VIe KAMER,

Gezien het op 29 januari 2003 ingediende verzoekschrift, waarbij de naamloze vennootschap DALKIA de nietigverklaring vordert van het besluit van 7 november 2002 waarbij het Centre hospitalier PELTZER-LA TOURELLE de overheidsopdracht voor de uitvoering van een werk, die twee ondeelbare percelen omvat en betrekking heeft op de installatie, de exploitatie en het beheer van een unit voor de productie en de distributie van warmte die nodig is voor de verwarming van de gebouwen, het verschaffen van sanitair warm water en de levering van stoom, aan de naamloze vennootschap AXIMA SERVICES gunt;

Gelet op arrest nr. 124.677 van 27 oktober 2003, waarbij de vordering tot schorsing wordt afgewezen;

Gezien het verzoek tot voortzetting van de procedure dat de verzoekende partij op 28 november 2003 heeft ingediend;

Gezien de regelmatig uitgewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag van de heer THIBAUT, auditeur bij de Raad van State;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen en gezien de laatste memorie van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 12 februari 2008, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij wordt bepaald dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 12 maart 2008;

Gehoord het verslag van de heer NIHOUL, staatsraad;

Gehoord de opmerkingen van Mr. François van der MENSBRUGGHE, advocaat, die voor de verzoekende partij verschijnt;

Gehoord het eensluidend advies van de heer THIBAUT, auditeur;

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

Overwegende dat de volgende feiten dienstig zijn voor het onderzoek van het beroep:

1. Het Centre hospitalier PELTZER-LA TOURELLE is een intercommunale opgericht als een burgerlijke coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.

2. Op 18 april 2002 heeft de verwerende partij besloten een beperkte offerteaanvraag te doen met het oog op de toewijzing van een overheidsopdracht bestaande uit twee onlosmakelijk met elkaar verbonden percelen, met als onderwerp:

" - Perceel 1: de levering en inwerkingstelling van een unit voor de productie en de distributie van warmte die nodig is voor de verwarming van de gebouwen, het verschaffen van sanitair warm water en de levering van stoom voor de keukens en de steriliseerautoclaven van de beide plaatsen (La Tourelle en Peltzer) van het CHPLT.

- Perceel 2: De exploitatie en het beheer (onderhoud, bediening, toezicht en volledige garantie) van die installaties en van de bestaande technische HVAC-installaties.

Het vaststellen en in acht nemen van de hoeveelheid brandstof nodig voor de verwarming van de gebouwen, de productie van stoom voor de keukens en de steriliseerautoclaven en voor het maken van sanitair warm water, waarbij de bouwheer de nodige brandstof voor de exploitatie ter beschikking moet stellen."

De bedoeling van deze opdracht bestond erin te zorgen voor een alternatief als gevolg van het besluit van ELECTRABEL om een einde te maken aan de exploitatie van het stoomdistributienet op het grondgebied van de stad VERVIERS.

3. Op 13 juni 2002 is het bestek van de opdracht goedgekeurd door het vast bureau van de raad van bestuur van de verwerende partij.

Dit zijn de gunningscriteria (art. 2.20):

" 2.20.1. Technische waarde en kwaliteit van de offerte: 45 ptn.

Zo bijvoorbeeld zijn de technische middelen die worden aangewend, het eventuele voorhanden zijn van een commandopost, die toezicht op afstand kan houden, het aantal uren dat daadwerkelijk door het personeel gepresteerd zal worden, de bekwaamheid van het personeel, enz. ... maatstaven aangelegd om de offerte technisch en kwalitatief te evalueren.

2.20.2. Totale prijs: 30 ptn

2.20.3. Vrije varianten: 25 ptn

Deze moeten erop gericht zijn de basisofferte te verbeteren en dus een beter rendement van de installaties te verkrijgen om de exploitatiekosten te drukken."

Wat de vrije varianten betreft, bepaalt het bestek het volgende:

" Op straffe van nietigheid:

- (...)

- de toegestane voorstellen van algemene varianten mogen neergeschreven worden op eigen formulieren, die wel verplicht alle algemene informatie die op het bijgevoegde inschrijvingsformulier staat, moeten bevatten (...)"

4. Het vast bureau heeft op een onbekende datum drie ondernemingen gekozen, namelijk ASEA BROWN BOVERI, DALKIA en AXIMA SERVICES, en heeft deze bij aangetekende brief van 3 juli 2002 verzocht deel te nemen aan de inschrijving.

5. Op 6 september 2002 zijn op de vergadering waarop de offertes geopend werden, twee offertes ontvangen, namelijk die van de verzoekende partij en die van de naamloze vennootschap AXIMA SERVICES.

6. Op 3 november 2002 is door het onderzoeksbureau PIERRE BERGER een verslag opgemaakt waarin de offertes onderzocht worden. In dat verslag, dat 16 bladzijden vergelijkingen bevat en 10 bladzijden tabellen, wordt aan het einde voorgesteld de overheidsopdracht toe te wijzen aan de naamloze vennootschap AXIMA SERVICES, waarvan de offerte 85,5/100 behaald heeft; de offerte van de verzoekende partij heeft 77/100 behaald.

7. Op 4 november 2002 hebben de diensten van de verwerende partij een verslag opgemaakt voor het vast bureau, dat luidt als volgt:

" NOTA VOOR HET VAST BUREAU VAN 7 NOVEMBER 2002

Betreft : Omschakeling van energie.
Levering en inwerkingstellen van een unit voor de productie van warmte en voor de exploitatie en het beheer van technische HVAC-installaties.
Aanwijzing van de aannemer.

Naar aanleiding van de bekendmaking van de beperkte offerteaanvraag (toegestaan bij besluit van het vast bureau d.d. 18 april 2002) hebben 5 vennootschappen hun kandidatuur ingediend, namelijk:

- nv ASEA BROWN BOVERI (A.B.B.) - 1930 ZAVENTEM
- AXIMA Services nv - 1000 Brussel
- nv CLOSE - 4920 AYWAILLE
- DALKIA nv - 1070 Brussel
- Technical Equipment Maintenance nv - 1190 Brussel

Na de procedure voor de kwalitatieve selectie van de gegadigden, zijn drie van de vijf gegadigden verzocht in te schrijven op basis van het bestek dat goedgekeurd is door het vast bureau van 13 juni 2002: ABB, AXIMA Services en DALKIA; de overige twee zijn niet in aanmerking genomen omdat ze niet voldeden aan de voorwaarden van erkenning en personeelsbestand.

De kandidatuur van de nv AXIMA Services is in aanmerking genomen, maar enkel onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat haar zustervennootschap, de nv AXIMA Contracting, in haar inschrijving uitdrukkelijk en exclusief aangewezen wordt als vennootschap die de werkzaamheden betreffende de levering en de

inwerkingstelling van de installaties moet uitvoeren. Die voorwaarde is opgelegd om redenen van erkenningsniveau.

Slechts twee van de drie kandidaten aan wie verzocht is in te schrijven, hebben een offerte ingediend: AXIMA Services et DALKIA, ABB heeft niet meer gereageerd.

De offertes zijn op 6 september openbaar geopend zonder voorlezing van de prijzen.

De twee inschrijvers hebben grondig uitgewerkte en volledige offertes ingediend met talrijke varianten tot en met een variant die betrekking heeft op de installatie en de exploitatie van een volledig warmtekrachtkoppelingssysteem, als extra systeem.

De offertes zijn zeer grondig onderzocht door de vertegenwoordiger van het onderzoeksbureau Pierre BERGER nv, M. MARCHAL, en de ingenieur die aan het hoofd staat van de technische dienst en de onderhoudsdienst van het CHPLT, C. JUNGERS samen. Dat onderzoek heeft geleid tot een aantal vragen bedoeld om bepaalde zaken uit te klaren of kennelijke dubbelzinnigheden weg te werken, waarvan een lijst schriftelijk naar de twee inschrijvers is gestuurd, respectievelijk voor wat hen betrof.

De heren MARCHAL en JUNGERS hebben samen het verslag van het onderzoek van de offertes opgemaakt en hieraan punten toegekend, volgens de weging vermeld in het bestek voor de drie criteria voor de gunning van de opdracht, namelijk:

- Technische waarde en kwaliteit van de offerte:	45 punten
- Totale prijs:	30 punten
- Vrije varianten	<u>25 punten</u>
Totaal :	100 punten

Dat verslag ligt ter inzage bij de technische diensten voor de leden van het vast bureau.

De aanpak van de twee inschrijvers was niet altijd dezelfde. De ene heeft in zijn basisofferte voorstellen opgenomen die de andere als variant aanbood, en omgekeerd, zodat het, om de twee offertes te kunnen vergelijken, nodig is geweest uit te gaan van de offerte aangaande de basisbehoeften van het CHPLT, en daar vervolgens één na één de diverse varianten bij te voegen die nodig werden geacht voor het dekken van de voorzienbare toekomstige behoeften van de instelling, en de varianten die een duidelijke besparing opleverden over een exploitatieperiode van tien jaar.

Zodra de rangschikking van de beide offertes op basis daarvan was opgemaakt, kwam de kwestie van de financiering door een derde investeerder aan bod, die evenwel niet geleid heeft tot een wijziging van de rangschikking, aangezien de rentevoet prime rate + 1,25 % bedraagt bij DALKIA en prime rate + 1,35 % of 1,40 % bij AXIMA.

Samengevat ziet de situatie er als volgt uit:

	AXIMA	DALKIA
Basisbehoeften	€ 1.014.318.-	€ 1.089.000.-
Variant dekken van toekomstige behoeften	Begrepen in basis	€ 102.405.-
Variant wijziging van regelsysteem	€ 125.000.- (goed voor € 469.607.- aan brandstofbesparing over 10 jaar - cf. infra*)	Niet voorgesteld
Variant isolatie van buizen onderstation B	Begrepen in basis	€ 7.878.- (levert brandstofbesparing op - cf. infra***)
Variant afstandsbeheer metingen	€ 10.200.- (levert besparing op op het onderhoud - cf. infra**)	
Bedrag van te financieren investering	€ 1.149.518.-	€ 1.199.283.-
Onderhoud Kostprijs over 10 jaar	€ 980.180.- **	€ 1.070.750.-
Totale garantie Kostprijs over 10 jaar	€ 487.396.-	€ 337.750.-
	€ 1.467.576.-	€ 1.408.500.-
Totale kostprijs over 10 jaar	€ 2.617.094.-	€ 2.607.783.-
Gasverbruik voor verwarming/ECS/waarde over 10 jaar bij ongewijzigde prijs	€ 3.393.314.-	€ 3.497.916.-
	€ 469.607.-	€ 87.770.-
Besparingen door investeringen	€ 2.923.707.-	€ 3.410.146.-
Totale kostprijs over 10 jaar	€ 5.540.801.-	€ 6.017.929.-
Verschil: € 477.128.-		

Het einddocument, opgemaakt op basis van de drie gunningscriteria, ziet eruit als volgt:

CRITERIA	Maximum aantal punten	AXIMA	DALKIA
Criterium1 - Technische kwaliteiten	45	40,0	44,0
Criterium 2 - Totale prijs	30	30,0	26,0
Criterium 3 - Varianten	25		
Diverse varianten		0,5	2,5
Varianten verwarming		15,0	0
Variant warmtekrachtkoppeling		0	0
Variant warmtelevering		0	4,5
Variant warmte- en elektriciteitslevering		0	0
Totaal criteria 1 tot 3	100	85,5	77

Wat warmtekrachtkoppeling betreft, zijn wij van oordeel dat we alle redenen hebben om de investering uit te stellen en een gunstig moment af te wachten. De steunmaatregelen zullen immers evolueren, de energieproducenten zullen interesse hebben voor het systeem omdat ze dan groene certificaten krijgen, gelet op de quota inzake certificaten die de overheid hieraan als gevolg van de milieunormen zal opleggen. Bovendien verandert het elektrische en thermische profiel van de instelling, maar die situatie zou zich binnen twee à drie jaar moeten stabiliseren. Daardoor bestaat er thans grote onduidelijkheid omtrent de optimale afmetingen van de installatie, waardoor het milieurendement en het behalen van groene certificaten, die onontbeerlijk zijn wil de hele onderneming rendabel zijn voor het CHPLT, niet gewaarborgd kunnen worden. Die plannen kunnen dus beter uitgesteld worden.

De gunstige financiële gevolgen van de omschakeling worden geïllustreerd in de bijgevoegde tabellen. Op te merken valt dat deze ingreep dubbel zo rendabel is, aangezien onze HVAC-kosten dalen, ondanks het feit dat de HVAC-sector steeds technischer wordt als gevolg van de investeringen van de laatste jaren.

AANBEVELING

Ondergetekenden bevelen aan dat het vast bureau de firma AXIMA Services nv aanwijst als opdrachtnemer, en deze beperkt wordt tot de basisbehoeften van het CHPLT inzake omschakeling van energie plus de varianten

- "inaanmerkingneming van de toekomstige behoeften van de instelling",
 - "wijziging van het regelsysteem - vervanging van het huidige Honeywellmateriaal door rendabeler materiaal van Siemens",
 - "isolatie van de buizen van onderstation B", en
 - "beheer op afstand van de "metingen"",
- voor een investeringsprijs van € 1.149.518 excl. BTW.

Daarbij komen nog de exploitatie en het beheer van de technische HVAC-installaties, samen met het onderhoud en de totale garantie voor een periode van 10 jaar.

Ten slotte wordt aanbevolen gebruik te maken van het systeem van de derde investeerder, tegen een vast tarief gebaseerd op de "prime rate" (BIBOR) van de dag van de bestelling, verhoogd met een rentevoet tussen 1,25 en 1,40 % (te bedingen), dat wil zeggen een totaal tussen 6,60 en 6,75 % per jaar."

8. Op 7 november 2002 heeft het vast bureau het volgende besluit genomen, dat de bestreden handeling vormt:

- " 13.2. Omschakeling van energie: levering en inwerkingstelling van een unit voor de productie van warmte en de exploitatie en het beheer van de technische HVAC-installaties.
Aanwijzing van de aannemer.

De heer DOPPAGNE bevestigt aan de heer M. CHARLIER, gedelegeerd bestuurder, dat met de nieuwe structuur rekening is gehouden in het vooruitzicht van de omschakeling van energie.

BESLUIT:

Gezien de bekendmaking van de beperkte offerteaanvraag toegestaan door het vast bureau tijdens zijn zitting van 18 april 2002,

Gelet op het onderzoek verricht door de vertegenwoordiger van het onderzoeksbureau Pierre BERGER en door de ingenieur die aan het hoofd staat van de technische dienst en de onderhoudsdienst van het CHPLT,

Overwegende dat de offerte van het bedrijf AXIMA de voordeligste is bevonden, rekening houdend met de offerte aangaande de basisbehoeften van het CHPLT en met de varianten die noodzakelijk worden geacht in het vooruitzicht van de voorzienbare toekomstige behoeften van de instelling, en met de varianten die een duidelijke besparing opleveren over een exploitatieperiode van 10 jaar,

Dat immers AXIMA, volgens de weging vermeld in het bestek voor de drie gunningscriteria van de opdracht, 85,5 punten heeft behaald (40 voor de technische kwaliteit, 30 voor de totale prijs, en 15,5 voor de varianten), terwijl DALKIA 77 punten heeft behaald (44 voor de technische kwaliteit, 26 voor de totale prijs, en 7 voor de varianten),

Het vast bureau wijst met eenparigheid van stemmen van de aanwezige leden de firma AXIMA aan als opdrachtnemer, een opdracht die beperkt wordt tot de basisbehoeften van het CHPLT inzake omschakeling van energie, plus de varianten:

- "inaanmerkingneming van de toekomstige behoeften van de instelling",
- "wijziging van het regelsysteem"
- "isolatie van de buizen van onderstation B", en
- "beheer op afstand van de metingen,

voor een investeringsprijs van € 1.149.518 excl. BTW.

Daarbij komen de exploitatie en het beheer van de technische HVAC-installaties, samen met het onderhoud en de totale waarborg voor een periode van 10 jaar.

Er zal gebruik worden gemaakt van het systeem van de derde investeerder, tegen een vast tarief gebaseerd op de "prime rate" (BIBOR) van de dag van de bestelling verhoogd met een rentevoet tussen 1,25 en 1,40 % (te bedingen), dat wil zeggen een totaal tussen 6,60 en 6,75 % per jaar."

9. Op 27 november 2002 heeft de verzoekende partij de verwerende partij laten weten dat ze vernomen had dat ze geweerd was en gevraagd haar "het verslag van gemotiveerde beslissing en het volledige en gedetailleerde gunningsverslag toe te zenden".

Op 4 december 2002 heeft de verzoekende partij aan de verwerende partij uiteengezet dat, uit een gesprek met haar diensten over een eventuele interpretatie van de overgelegde cijfers in verband met het gewaarborgde verbruik bleek dat, gelet op de bepalingen van het bestek, geen interpretatie mogelijk was.

Op 5 december 2002 heeft de verzoekende partij de verwerende partij gevraagd de gegevens op basis waarvan de omstreden overheidsopdracht is gegund, te herzien.

Op 6 december 2002 hebben de diensten van de verwerende partij de verzoekende partij "de redenen waarom de opdracht niet aan uw bedrijf is gegund, zoals ze in het besluit van het vast bureau van 7 november 2002 staan" toegezonden. Bij die zending is het bestreden besluit van 7 november 2002 van het vast bureau gevoegd; het staat niet vast dat er andere bijlagen waren.

Op 16 december 2002 heeft de verzoekende partij de verwerende partij om het volgende verzocht:

" Wij zouden graag de feiten willen kennen die in aanmerking genomen zijn voor het toekennen van de verschillende punten, namelijk:

- de technische waarde
- de prijs voor het leveren van een unit voor warmteproductie
- de prijs voor het onderhoud en de totale waarborg
- andere gegevens die een rol zouden hebben gespeeld in de prijscomponent.

Kunt u, wat de puntenwaardering van de varianten betreft, ons de in aanmerking genomen varianten opgeven, en de punten die aan elk daarvan zijn toegekend.".

10. Op 26 november 2002 heeft de verwerende partij aan de naamloze vennootschap AXIMA SERVICES ter kennis gebracht dat haar de opdracht gegund werd.

Op 9 december 2002 heeft de naamloze vennootschap AXIMA SERVICES de genoemde kennisgeving, behoorlijk ondertekend voor akkoord, teruggestuurd.

Op 30 december 2002 heeft de verwerende partij die vennootschap de opdracht gegeven de werkzaamheden te beginnen;

Overwegende dat de verwerende partij in een eerste exceptie de onontvankelijkheid ratione temporis van het beroep opwerpt op de grond dat uit het administratief dossier blijkt dat de verzoekende partij "vanaf 27 november 2002 kennis had van het gunningsbesluit", zodat het beroep tot nietigverklaring, ondertekend op 28 januari 2003, te laat komt, vermits de beroepstermijn op 27 januari 2003 verstreek;

Overwegende dat de omstreden opdracht, een opdracht is voor de uitvoering van een werk, gegund volgens de procedure van de beperkte offerteaanvraag; dat artikel 25, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken luidt als volgt:

" Art. 25. § 2. Bij beperkte aanbesteding, bij beperkte offerteaanvraag en bij onderhandelingsprocedure met bekendmaking bij de aanvang van de procedure in de zin van artikel 17, § 3, van de wet, worden de niet-geselecteerde kandidaten onverwijld en ten laatste wanneer de uitnodiging tot het indienen van de offerte verstuurd wordt door de aanbestedende overheid van dit feit op de hoogte gebracht. Anderzijds deelt de aanbestedende overheid binnen een termijn van vijftien dagen na ontvangst van het schriftelijk verzoek aan elke niet-geselecteerde kandidaat de motieven voor zijn niet-selectie mee.

De inschrijvers van wie de offerte als niet-regelmatig werd beschouwd of waarvan de offerte niet werd uitgekozen worden door de aanbestedende overheid onverwijld van dit feit op de hoogte gebracht.

De aanbestedende overheid deelt binnen een termijn van vijftien dagen na ontvangst van het schriftelijk verzoek, mede :

1/ aan elke inschrijver van wie de offerte als niet regelmatig werd beschouwd, de motieven voor de verwerping;

2/ aan elke inschrijver van wie de offerte niet werd uitgekozen en aan de aannemer, de gemotiveerde toewijzingsbeslissing van de opdracht.";

Overwegende dat, los van de vraag of artikel 19 van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, in casu van toepassing is, volstaan kan worden met de vaststelling dat de verzoekende partij in november 2002 kennis gehad heeft van het feit dat niet voor haar offerte was gekozen, dat ze bij brieven van 27 november en 5 december 2002 gevraagd heeft dat haar de motieven van het bestreden besluit werden overgezonden en ze bij een brief van 6 december 2002 het besluit van 7 november 2002 van het vast bureau heeft ontvangen; dat daaruit volgt dat de motieven van het gunningsbesluit haar pas op

6 december 2002 zijn meegedeeld, samen met het gunningsbesluit; dat aangezien de beroepstermijn pas op 7 december 2002 is beginnen te lopen, het verzoekschrift, dat op 29 januari 2003 is ingediend, ratione temporis ontvankelijk is; dat de beroepstermijn immers ingaat wanneer de verzoekende partij kennisneemt van het bestreden besluit en van de motieven daarvan nu ze, toen ze op de hoogte is gebracht van haar afwijzing, binnen een redelijke termijn van vijftien dagen gevraagd heeft dat haar die redenen werden meegedeeld; dat de exceptie niet opgaat;

Overwegende dat de verwerende partij in een tweede exceptie van niet-ontvankelijkheid uiteenzet dat uit de inventaris van het dossier van de verzoekende partij blijkt dat deze verscheidene malen contact zou hebben opgenomen met de leden van het ziekenhuis en in het bezit zou zijn geweest van informatie waardoor ze perfect de omstreden keuze kon begrijpen; dat het beroep "enkel is ingesteld om vertrouwelijke informatie te verkrijgen over de offerte van de vennootschap AXIMA", en dat des te meer geldt daar "ondanks de voorwaarden die duidelijk vermeld staan in de procedureregeling en de gecoördineerde wetten op de Raad van State, de partij geen enkel stuk heeft ingediend om de schade die de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de handeling haar berokkent, te staven", zodat haar belang onrechtmatig is;

Overwegende dat, wanneer een onderneming deelgenomen heeft aan de procedure voor de gunning van een overheidsopdracht, geselecteerd is en een inschrijving heeft ingediend, ze blijk geeft van een wettig belang om een beroep in te stellen tot nietigverklaring van het besluit waarbij die opdracht aan een mededinger wordt toegewezen; dat bovendien, in casu, de beweringen van de verwerende partij door geen enkel procedurestuk gestaafd worden; dat het betoog van de verwerende partij betreffende de schade berokkend door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden handeling niet deugdelijk is, aangezien het betrekking heeft op het bewijs van de kans op een moeilijk te herstellen ernstig nadeel, dat een voorwaarde is die eigen is aan het kort geding; dat de exceptie zowel wettelijk als feitelijk alle grondslag mist;

Overwegende dat de verwerende partij in een derde exceptie opwerpt dat de Raad van State om twee redenen onbevoegd is; dat ze er in de eerste plaats op wijst dat de Raad van State niet bevoegd is om aan het overheidsbestuur aanmaningen te geven, en dat de Raad van State luidens het verzoekschrift niet verzocht wordt de nietigverklaring van de bestreden handeling uit te spreken, "waarvoor hij uiteraard wel bevoegd is"; dat ze voorts aanvoert dat "bij de huidige

stand van de rechtspraak van het Hof van Cassatie betreffende de buitencontractuele aansprakelijkheid van de overheid, de leer van het werkelijke onderwerp van het beroep ons in deze context onvermijdelijk lijkt in te houden dat de Raad van State onbevoegd is zodra de opdracht is gegund"; dat ze het volgende stelt:

" i. Een nietigverklaring van wat (de Raad van State) ooit om loutere redenen van opportuniteit heeft kunnen beschouwen als een administratief besluit, kan immers geen enkel rechtsgevolg hebben, noch voor de afgesloten overeenkomst, noch voor het gunningsbesluit, AANGEZIEN DE OVEREENKOMST GESLOTEN IS.

ii. Dat "besluit", dat slechts de neerslag is van de instemming van de overheidspartij, heeft, zodra de overeenkomst gesloten is, geen gevolgen meer, doordat het als het ware de vorm aanneemt van een bilaterale rechtshandeling, waarbij één partij geen overheidsinstantie is.

iii. Vanaf dat tijdstip kan het werkelijke onderwerp van een betwisting enkel nog ofwel de geldigheid van de overeenkomst zijn, ofwel een buitencontractuele aansprakelijkheid van het overheidsbestuur of van de andere partij bij de overeenkomst of van een inschrijver die een fout zou hebben gemaakt bij het afsluiten van de overeenkomst.

iv. In België kennen de jurisprudentie en de heersende rechtsopvatting inschrijvers het recht toe op herstel van een nadeel berokkend door een overheidsinstantie, namelijk schadevergoeding, die volgens vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie, enkel toegewezen kan worden door gewone hoven en rechtbanken.

De omweg via Uw Raad is dus zinloos zodra de overeenkomst gesloten is, hij verhoogt de achterstand in de rechtsbedeling van dit rechtscollege en kan tot geen enkel rechtsgevolg leiden, daar de uiting van de instemming van de overheidspartij als het ware opgegaan is in een overeenkomst. Buitencontractuele geschillen tussen de overheid en deelnemers aan procedures voor de gunning van overheidsopdrachten, behoren overeenkomstig de artikelen 144 en 145 van de Grondwet uitsluitend tot de bevoegdheid van de gewone hoven en rechtbanken, die als enige bevoegd zijn om zich uit te spreken over de voorwaarden voor de toepassing van artikel 1380 van het Burgerlijk Wetboek, net zoals dat bij de huidige stand van de rechtspraak van het Hof van Cassatie het geval zou zijn voor een hypothetisch geschil betreffende de geldigheid van de overeenkomst die opgeworpen wordt door een derde.

De verzoekende partij vraagt uitdrukkelijk dat het Hof van Cassatie overeenkomstig artikel 158 van de Grondwet en de gecoördineerde wetten op de Raad van State uitspraak zou doen over de exceptie van onbevoegdheid".

Overwegende, wat het eerste argument betreft, dat het beroep ingesteld door de verzoekende partij "beroep tot nietigverklaring" heet; dat de verzoekende partij weliswaar op de eerste bladzijde van het verzoekschrift de Raad van State vraagt de nietigverklaring van de bestreden handeling te bevelen, maar ze, in het dispositief ervan vordert dat de Raad van State die handeling vernietigt; dat het argument niet opgaat;

Overwegende, wat het tweede argument betreft, dat de bestreden handeling, met als onderwerp de gunning van een overheidsopdracht, een eenzijdige bestuurshandeling is die los gezien kan worden van de overeenkomst die vervolgens tussen de verwerende partij en de begunstigde van de opdracht tot stand is gekomen; dat de omstandigheid dat het eenzijdige besluit tot gunning van de opdracht gevolgd is door het afsluiten van een overeenkomst, niet tot gevolg heeft dat de bestreden handeling onttrokken wordt aan de bevoegdheid van de Raad van State; dat de bestreden handeling immers geen contractuele verhoudingen in het leven roept tussen de overheid en de verzoekende partij, en geen betrekking heeft op de contractuele verhoudingen tussen de overheid en de vennootschap waaraan de opdracht is gegund; dat daaruit volgt dat het onderwerp van het beroep niet de geldigheid is van de overeenkomst die tot stand is gekomen als gevolg van de daarvan los staande handeling; dat het onderhavige beroep bovendien niets uit te staan heeft met geschillen inzake de buitencontractuele aansprakelijkheid van de overheid, aangezien de verzoekende partij niet haar recht op een schadevergoeding aanvoert wegens een eventuele fout van de aanbestedende overheid; dat de Raad van State bevoegd is om handelingen van bestuursoverheden nietig te verklaren wanneer daartegen een objectief beroep kan worden ingesteld, in tegenstelling tot het beroep waarvan het echte en rechtstreekse onderwerp erin bestaat het bestaan van een subjectief - burgerlijk of politiek - recht vast te leggen, of de eerbiediging van zulk een recht te laten waarborgen; dat het beroep tot nietigverklaring van de verzoekende vennootschap, een derde bij de overeenkomst die gevolgd is op de bestreden handeling, geen betrekking heeft op de schending van een subjectief recht, maar ertoe strekt het recht te doen naleven, gezien het nadeel dat haar, naar eigen zeggen, berokkend wordt door de bestreden handeling voor zover die haar de mogelijkheid ontnemt de omstreden opdracht gegund te krijgen; dat de exceptie moet worden afgewezen;

Overwegende dat de verzoekende vennootschap een middel, het tweede van het verzoekschrift, ontleent aan "ontstentenis van afdoende motivering"; dat ze uiteenzet dat uit het besluit dat haar ter kennis is gebracht niet opgemaakt kan worden waarom één van de inschrijvers meer punten verdient dan de andere, inzonderheid wat het criterium totaalprijs betreft, dat een begin van antwoord terug te vinden is in de nota van 4 november 2002, dat "het feit dat er twee onbekende factoren zijn, namelijk een eerste eenzijdige wijziging van de waarde voorgesteld door de verzoekende partij, en een omzetting van de verwarmingsseenheden naar de totale kostprijs, tot gevolg hebben dat onmogelijk kan worden nagegaan hoe de

punten voor die post aan de respectieve inschrijvers zijn toegekend", zodat het bestreden besluit niet afdoende gemotiveerd is;

Overwegende dat de verwerende partij in algemene zin antwoordt dat "resultaatgerichte" opdrachten en een grote vrijheid voor de inschrijvers voorts een zekere soepelheid van de aanbestedende overheid onderstellen bij de interpretatie van de antwoorden gegeven door de ondernemingen om de daadwerkelijke toewijzing van zulk een complexe opdracht mogelijk te maken"; dat ze bovendien aanvoert dat het zakengeheim aan bod moet komen bij de vereisten inzake uitdrukkelijke motivering van de bestreden handeling en een aanvullend stuk overlegt, namelijk het verslag van vergelijking van de offertes, doch ontdaan van alle vermeldingen welke door de opdrachtnemer geacht worden onder het bedrijfsgeheim te vallen; dat ze voorts uiteenzet dat de ontstentenis van uitdrukkelijke motivering niet als gegrond kan worden beschouwd aangezien de verzoekende partij erkent dat ze telefonisch contact heeft gehad en ze over bevoorrechte informatiekanalen beschikt, en gezien het beroep tot nietigverklaring, waaruit blijkt dat de verzoekende partij ontegenzeggelijk kennis heeft gehad van en inzicht heeft gehad in de juridische en feitelijke motieven die de aanbestedende overheid ertoe gebracht hebben de opdracht te gunnen, aangezien ze niet betwist dat ze voorhanden zijn, maar wel dat ze deugdelijk zijn, dat enkel de inhoud van de offerte van de gekozen aannemer nog niet bekend is, dat uitdrukkelijke motivering van het gunningsbesluit zulks ook niet vergt, dat "artikel 139 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 een rechtsgrond oplevert voor het verdedigen van een engere interpretatie van de verplichting tot uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen in het kader van het plaatsen van overheidsopdrachten, wegens de informatie die commercieel gezien gevoelig is en die op regelmatige wijze aan de aanbestedende overheden wordt meegedeeld";

Overwegende dat de verwerende partij voorts in haar laatste memorie het volgende stelt:

- " Enerzijds wordt (in de conclusie van het verslag van de auditeur) volledig abstractie gemaakt van de precieze omstandigheden van de gunning van die opdracht, en in het bijzonder van de gevoeligheid van de informatie vervat in de offertes. De verzoekende partij heeft tijdens de gunningsprocedure overigens, op grond van het zakengeheim, geweigerd te antwoorden op sommige vragen die door de verwerende partij zijn gesteld. De raadsman van de opdrachtnemer heeft wegens datzelfde zakengeheim uitdrukkelijk verboden informatie vervat in diens offerte te verspreiden.

Anderzijds blijft het verslag van de auditeur uiterst vaag over de gegevens die zouden voorkomen in het verslag en niet in de overgezonden stukken, gegevens die niet onder het zakengeheim zouden vallen, en die samen met het gunningsbesluit meegedeeld hadden moeten worden.

Ten slotte staat in het verslag van de auditeur niet of de informatie die volgens hem ontbreekt, in het verslag van de vergelijking van de offertes staat dat samen met de memorie van antwoord is overgelegd (dat wil zeggen met doorgehaalde vermeldingen) of in het volledige verslag van vergelijking, dat nadien vertrouwelijk is overgezonden aan de Raad van State, onder aanvoering van de rechtspraak van het Arbitragehof (CA.2007/118).

(...)

Kortom, indien de Raad van State zijn eisen inzake uitdrukkelijke motivering van de gunningsbesluiten niet aanpast met de uitspraak van arrest 118/2007 van 19 september 2007 van het Arbitragehof [sic]. Immers, zodra stukken overgezonden worden onder voorwaarde van vertrouwelijkheid, houdt dat automatisch in dat de gegevens die onder de vertrouwelijkheid vallen, niet opgeëist kunnen worden om redenen van uitdrukkelijke motivering van het gunningsbesluit.";

Overwegende dat met het middel de ontoereikendheid van de uitdrukkelijke motivering van het bestreden besluit wordt gelaakt; dat het vereiste van uitdrukkelijke motivering van een bestuurshandeling in verhouding staat tot de mate waarin de steller van die handeling over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid beschikt; dat hoe ruimer die bevoegdheid, hoe preciezer de motivering moet zijn en de stappen van de redenering van de overheid moet weergeven en rechtvaardigen; dat aldus, bij overheidsopdrachten, de uitdrukkelijke motivering van het gunningsbesluit, waarmee de aanbestedingsprocedure wordt afgesloten, meestal bestaat uit een gewone vergelijking van de prijs van de regelmatige offertes die zijn uitgekozen; dat de uitdrukkelijke motivering van het gunningsbesluit bij een prijsaanvraagprocedure afhankelijk is van het meer of minder open karakter van de gunningscriteria en de vereisten van het bestek;

Overwegende dat in casu, de betwiste overheidsopdracht gegund is na een procedure van beperkte offerteaanvraag; dat het bovendien, zoals de verwerende partij onderstreept, ging om een complexe opdracht voor ontwerp-uitvoering-exploitatie en een opdracht "op basis van prestaties"; dat de gekozen gunningscriteria bijzonder open waren; dat vrije varianten waren toegestaan, en het waarderingscijfer daarvan 25% van de punten bedroeg; dat vanwege de onmiskenbare moeilijkheid voor een aanbestedende overheid om in die omstandigheden de offertes te vergelijken, de elementen van vergelijking en de beoordeling daarvan des te klaarder en duidelijker moeten worden gewettigd, meer bepaald door middel van een waarderingscijfer; dat, wat dat betreft, het toekennen

van een waarderingscijfer aan een element op zich niet voldoende is om het te verantwoorden of te objectiveren; dat het vereisen van zulk een motivering niet neerkomt op een inmenging in de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de aanbestedende overheid, maar slechts tegemoetkomt aan de wil van de wetgever, en ertoe strekt besluiten genomen door een bestuurlijke overheid doorzichtig en begrijpelijk te maken, welke zich niet mag verschuilen achter moeilijk te begrijpen technische taal of cijfergegevens, of achter de hulp van specialisten;

Overwegende dat de verwerende partij op 6 december 2002 aan de verzoekende vennootschap een kopie van het bestreden besluit van 7 november 2002 van het vast bureau heeft overgezonden, zonder bijlagen; dat in dat besluit enkel de offerte wordt genoemd die als de voordeligste wordt beschouwd en de punten worden vermeld die door de beide inschrijvers zijn behaald op basis van de drie gunningscriteria en de in aanmerking genomen vrije varianten, alsook een financieringsformule; dat er geen grond is om acht te slaan op de nota van 4 november 2002 van de diensten van de verwerende partij aan het vast bureau (zie punt 7 van het feitenrelaas), die de verzoekende partij weliswaar ontvangen heeft, maar die niet officieel uitging van de verwerende partij;

Overwegende dat in de bestreden handeling verwezen wordt naar het verslag van het onderzoek van de offertes; dat de verzoekende vennootschap evenwel geen kennis heeft gekregen van dat verslag van 3 november 2002, opgesteld door het onderzoeksbureau PIERRE BERGER; dat uitdrukkelijke motivering, bij wege van verwijzing, van een bestuurshandeling aanvaardbaar is in zoverre datgene waarnaar in de bestreden handeling wordt verwezen bekend is aan degene voor wie de handeling bestemd is, ongeacht of dat zo is vóór of gelijktijdig met de kennisgeving van de bestreden handeling, maar niet na die kennisgeving; dat dat hier niet het geval is met het voornoemde verslag van 3 november 2002;

Overwegende dat de informatie in het bestreden besluit onvoldoende is om te begrijpen welke concrete redenen ten grondslag liggen aan de keuze die de overheid heeft gemaakt voor de concurrerende offerte; dat namelijk geen uitleg wordt gegeven omtrent de waarderingscijfers die aan de beide meedingende offertes zijn toegekend voor criterium 1 "Technische kwaliteiten", noch omtrent de verdeling van de 25 punten voorgeschreven voor criterium 3 "Varianten" over de verschillende voorgestelde varianten, noch wat betreft de al dan niet toekenning van punten aan sommige varianten, bovenop de neutralisering van de variant "warmtekrachtkoppeling"; dat de gegevens waarmee de

waarderingscijfers voor de varianten of de neutralisering ervan, en de waarderingscijfers voor de technische kwaliteiten begrepen kunnen worden, in het verslag van het onderzoek van de offertes staan;

Overwegende dat het niet duidelijk is in welk opzicht artikel 139 van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 kan afwijken van de wettelijke verplichting tot uitdrukkelijke motivering, en de aanbestedende overheid veroorloofd zou hebben puntenwaarderingen waarvan zij alleen de grondslag kent, niet toe te lichten of niet concreet weer te geven; dat de vertrouwelijkheid van sommige stukken aangehaald door de opdrachtnemer, de verwerende partij niet belet heeft om, als bijlage bij haar memorie van antwoord, het genoemde verslag van onderzoek van de offertes, met weglating van de als zodanig aangemerkte passages, in te dienen en dus voor procesvoering op tegenspraak aan de partijen voor te leggen;

Overwegende dat daaruit volgt dat het besluit tot gunning van de opdracht niet afdoende gemotiveerd is; dat het tweede middel gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van 7 november 2002, waarbij het Centre hospitalier PELTZER-LA TOURELLE de overheidsopdracht voor de uitvoering van een werk, die twee ondeelbare percelen omvat en betrekking heeft op de installatie, de exploitatie en het beheer van een unit voor de productie en distributie van warmte die nodig is voor de verwarming van de gebouwen, het verschaffen van sanitair warm water en de levering van stoom, aan de naamloze vennootschap AXIMA SERVICES gunt.

Artikel 2.

De kosten, bepaald op 350 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van de
VIe kamer, op negentien maart tweeduizend acht door:

Mevr.	WILLOT-THOMAS,	kamervoorzitter,
de HH.	LEWALLE,	staatsraad,
	NIHOUL,	staatsraad,
Mevr.	SCHMITZ,	griffier.

De Griffier,

De Voorzitter,

V. SCHMITZ

M.-L. WILLOT-THOMAS

VERTALING OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 63,
EERSTE LID, VAN DE WETTEN OP DE RAAD VAN STATE,
GECOÖRDINEERD OP 12 JANUARI 1973.