

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. 182.272 van 23 april 2008

G./A.145.404/VI-16.620

In zake: **de naamloze vennootschap MAURICE WANTY**,
die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. Eric BALATE, advocaat,
rue du Gouvernement 50
7000 Bergen,

tegen:

**de Société Publique d'Aide à la Qualité de
l'Environnement**, afgekort als SPAQuE,

die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. Jacques PERILLEUX, advocaat,
Brederodestraat 13
1000 Brussel

DE RAAD VAN STATE, VIe KAMER,

Gezien het op 17 december 2003 ingediende verzoekschrift, waarbij de naamloze vennootschap MAURICE WANTY de nietigverklaring vordert van het besluit van 6 november 2003 van de verwerende partij, waarbij een opdracht voor aanneming van werken aangaande de sanering van het terrein "Les Houssus nr. 6" te La Louvière, toegewezen wordt aan de naamloze vennootschap GALERE;

Gezien de regelmatig uitgewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

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

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 7 maart 2008, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij wordt bepaald dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 16 april 2008;

Gehoord het verslag van de heer NIHOUL, staatsraad;

Gehoord de opmerkingen van Mr. Eric BALATE, advocaat, die voor de verzoekende partij verschijnt, en van Mr. Jacques PERILLEUX en Mr. Michaël PILCER, advocaten, die voor de verwerende partij verschijnen;

Gehoord het eensluidend advies van de heer DELVAX, auditeur bij de Raad van State;

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. Op 11 juli 2003 maakt de verwerende partij in het Bulletin der aanbestedingen een bericht bekend over de gunning, bij wege van algemene offerteaanvraag, van een overheidsopdracht voor aanneming van werken betreffende de sanering van het terrein "Les Houssus nr. 6" te La Louvière.

In het bestek dat voor die overheidsopdracht geldt wordt het onderwerp van de opdracht als volgt omschreven:

" De werkzaamheden waarop het onderhavige bestek betrekking heeft, maken deel uit van één en dezelfde opdracht. Ze betreffen de sanering en het veilig maken van het terrein, met de bedoeling later op een gedeelte ervan een gebied voor ambachtelijke bedrijven tot stand te brengen. Dat project bestaat er hoofdzakelijk in het gebied dat grond bevat met een erkende graad van vervuiling die maatregelen vereist, binnen een waterdichte en gecontroleerde omsluiting die ter plaatse moet worden aangelegd, af te zonderen. Ook de grond afkomstig van de afzonderlijke vervuilde plaats die ten noorden van het terrein is ontdekt, moet binnen die omsluiting worden gebracht. Bij de aanleg van dat afgezonderde gebied, wordt ook voorzien in de verwijdering (voor vernietiging in erkende installaties buiten het terrein) van eventuele ophopingen van vloeibaar of halfvloeibaar afval die gevonden worden tijdens de uit te voeren

grondwerkzaamheden. Het project omvat tevens de aanleg van een vergaarbekken voor de opvang van het water dat afvloeit van het af te zonderen gebied, alsook de omheining van, de gelijkmaking van en de beplanting van het gesaneerde terrein."

Wat de varianten betreft is het volgende bepaald:

" Vrije varianten zijn verboden

Naast de basisofferte moet de inschrijver een verplichte variant overleggen betreffende het uitvoeren van de zijkant van de omsluiting waarmee het terrein wordt afgezonderd (zie verder, Deel 2 - punt 4.8).

In de basisofferte moeten de zijkanten van de omsluiting bestaan uit een verticale muur in gewapend beton (op te trekken met behulp van de bouwkuiptechniek). In de verplichte variant moeten de zijkanten van de omsluiting bestaan uit een talud bekleed met een soortgelijk systeem van waterafdichting met drainage als dat waarvoor gekozen wordt voor de aanleg van de bodem van de omsluiting.

Er wordt evenwel uitdrukkelijk bepaald:

- dat de verplichting om voor die verplichte variant een offerte in te dienen de inschrijvers niet vrijstelt van de eerste verplichting, voorgeschreven op straffe van nietigheid van hun offerte, om eerst een offerte in te dienen voor de basisoplossing zoals die nader is omschreven in het bestek (bouwkuiptechniek);
- dat de inschrijvers zich er met het indienen van een offerte toe verbinden de werkzaamheden volledig uit te voeren tegen de voorgestelde prijzen en binnen de voorgestelde termijnen, zowel wat betreft de primaire technische oplossing (bouwkuip) als wat betreft de verplichte variant "bektele taluds".

Dit zijn de gunningscriteria:

" 11. GUNNINGSCRITERIA

11.1 Omschrijving van de criteria

De opdracht wordt toegewezen aan de inschrijver die de laagste offerte of de voordeligste verplichte variant heeft ingediend op basis van de volgende gewogen criteria:

- | | |
|--|------------|
| • kostprijs van de uitvoering van de werkzaamheden | 50 punten; |
| • technische waarde van de offerte | 35 punten; |
| • kwaliteit van de planning | 10 punten; |
| • uitvoeringstermijn | 5 punten; |

11.2 Nadere regels voor de toepassing van de criteria

• Bij de beoordeling van de kostprijs van de uitvoering van de werkzaamheden wordt het totale bedrag van de offerte gedaan door de inschrijver in aanmerking genomen. De puntenwaardering geschiedt als volgt: ieder verschil van één procent ten opzichte van het rekenkundig gemiddelde van de offertes, waarbij abstractie wordt gemaakt van de duurste en de goedkoopste voor zover er meer dan vier offertes zijn, wordt bestraft; indien het gaat om een negatief verschil,

door een vierde punt af te trekken op vijftig, en indien het gaat om een positief verschil, door één punt af te trekken op vijftig.

- Bij de beoordeling van de technische waarde wordt rekening gehouden met de kwaliteit en de nauwkeurigheid van de stukken gevoegd bij de offerte van de inschrijver die betrekking hebben op de uit te voeren werkzaamheden, namelijk de plannen, het werkprogramma, het bijzonder plan "veiligheid-gezondheid", de berekeningsaantekeningen, de technische beschrijvingen van de installaties en de voorgestelde uitvoeringsmethodes. Bijzondere aandacht zal gaan naar het concept van en de techniek aangewend bij de bouw van een betonnen ommuring, en naar de middelen die worden voorgesteld om te zorgen voor een goede waterdichtheid van de omsluiting. Een minimaal waarderingscijfer (0 punten) wordt toegekend wanneer de stukken gevoegd bij de offerte onduidelijk blijken te zijn, wanneer geen informatie wordt gegeven of wanneer geen voorstel wordt gedaan door de inschrijver. Een maximaal waarderingscijfer (35 punten) wordt gegeven aan het zorgvuldigst uitgewerkte, volledigste en meest gedetailleerde dossier. De overige dossiers worden beoordeeld in verhouding tot die twee uitersten.

- De beoordeling van de kwaliteit van de voorgestelde plannings (type PERT en type GANT) geschiedt als volgt: een minimaal beoordelingscijfer (0 punten) wordt toegekend wanneer de planning gevoegd bij de offerte onduidelijk blijkt te zijn, wanneer geen informatie wordt gegeven of geen voorstel wordt gedaan door de inschrijver. Een maximaal waarderingscijfer (10 punten) kan worden gegeven aan de zorgvuldigst uitgewerkte, de volledigste en meest gedetailleerde planning. De overige dossiers worden beoordeeld in verhouding tot die twee uitersten.

- De beoordeling van de uitvoeringstermijn geschiedt als volgt:

- ofwel di de verplichte uitvoeringstermijn (uitgedrukt in kalenderdagen), bepaald in het bestek (zie Deel 1 - infra, punt 16)
- ofwel dp de uitvoeringstermijn waartoe de inschrijver zich verbindt (uitgedrukt in kalenderdagen)

Mogelijkheden	Waarderingscijfer
indien $d_p/d_i = 1$	0
indien $0,95 \# d_p/d_i < 1$	1
indien $0,90 \# d_p/d_i < 0,95$	2
indien $0,85 \# d_p/d_i < 0,90$	3
indien $0,80 \# d_p/d_i < 0,85$	4
indien $d_p/d_i < 0,80$	5

„

2. Op 18 augustus 2003, de dag waarop de offertes geopend worden, worden zeven inschrijvingen geteld.

3. Tijdens zijn vergadering van 11 september 2003 besluit de raad van bestuur van de SPAQuE, na de zeven ingediende offertes te hebben onderzocht, het volgende:

- " Punt 7. Opdracht A.1.2.2 - civieltechnische werkzaamheden - Gunning van een opdracht voor aanneming van werken: - Afgedankte bedrijfsruimte "Les Houssus nr. 6" te La Louvière.

De administrateur-directeur geeft toelichting bij dit dossier, dat gefinancierd wordt door FEDER.

Deze opdracht omvat een basisofferte en een verplichte variant.

Er zijn zeven offertes ingediend. Na onderzoek wordt de offerte van de aannemerscombinatie AERTSEN-AERTSEN onontvankelijk bevonden omdat er stukken ontbreken en één van de stukken in het Nederlands is gesteld.

De overige zes offertes worden ontvankelijk, geschikt, conform en regelmatig bevonden.

Na toepassing van de gunningscriteria die de SPAQuE gewoonlijk hanteert bij offerteaanvragen, wordt de aannemerscombinatie ECOTERRE DREDGING het best gerangschikt; deze zou dus de opdracht toegewezen moeten krijgen.

De raad van bestuur vraagt of de raming inclusief BTW is.

De administrateur-directeur antwoordt bevestigend.

De raad van bestuur is van oordeel dat in de best gerangschikte offerte een prijs wordt voorgesteld die onaannemelijk is in vergelijking met de raming. De raad van bestuur besluit dan ook, gezien het verslag van beoordeling van de offertes dat hem is voorgelegd, af te zien van de offerteaanvraagprocedure, die ertoe zou leiden dat de opdracht gegund zou worden aan een inschrijver wiens prijs onaannemelijk is gezien de ramingen van de diensten van de SPAQuE. Dat gelet op de financiële belangen die in het geding zijn en op het beginsel van goed bestuur, het wenselijk is een nieuwe procedure te starten met het oog op een snelle plaatsing van de opdracht en de eerbiediging van de dwingende termijnen die opgelegd zijn door het FEDER-Fonds.

Vermits de prijzen voorgesteld door de inschrijvers onaannemelijk zijn, besluit de raad van bestuur, zoals toegestaan wordt door artikel 17, § 2, van de wet op de overheidsopdrachten, gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure. De inschrijvers die een ontvankelijke en geschikte offerte hebben ingediend worden geraadpleegd.

Hij belast de administrateur-directeur met de tenuitvoerlegging van dit besluit."

4. Op 23 september 2003 stuurt de verwerende partij de verzoekende partij de volgende brief:

- " Na onderzoek van de offertes betreffende de bovengenoemde opdracht, blijkt dat de aanbestedende overheid enkel onaannemelijke prijzen heeft ontvangen.

Daarom is overeenkomstig artikel 17, § 2, d, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten besloten gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure. Ik verzoek u derhalve om mij, uiterlijk tegen vrijdag 26 september om 14.00 uur, uw beste prijsbieding voor de opdracht betreffende de sanering van "Les Houssus nr. 6" toe te sturen, waarbij al het overige

ongewijzigd blijft en in overeenstemming met de stukken uitgaande van de Spaque (bestek en bijlagen) en met de offerte die u op 18/08/2003 heeft ingediend.

Als bijlage gaan een nieuw inschrijvingsformulier en een prijsopgave."

5. Op 26 september 2003 geeft de verzoekende partij gevolg aan dit verzoek in deze bewoordingen:

" Als bijlage gaat, als antwoord op uw verzoek, onze nieuwe prijsbieding voor de bovengenoemde offerte.

Deze offerte stemt overeen met de stukken uitgaande van de SPAQUE (bestek en bijlagen) en met onze offerte ingediend op 18/08/03.

Bij deze willen wij u er graag op wijzen dat wij, in het kader van de onderhandelingsprocedure waartoe u besloten hebt, bereid zijn u technische varianten voor te stellen waarmee de kostprijs van de werkzaamheden gedrukt kan worden."

6. Op 30 september 2003 stuurt de verwerende partij de verzoekende partij de volgende brief:

" Na onderzoek van de offertes ontvangen aan het einde van de eerste ronde van de onderhandelingsprocedure die op 23/09/2003 is gestart, vragen wij u, in het kader van een tweede ronde, uw laatste offerte, die wij op 26/09/2003 ontvangen hebben, opnieuw te willen bekijken en ons tegen uiterlijk 6 oktober e.k. om 16.00 uur uw beste prijsbieding te bezorgen voor de opdracht betreffende de sanering van "Les Houssus nr. 6", waarbij al het overige ongewijzigd blijft en in overeenstemming met de stukken uitgaande van de Spaque (bestek en bijlagen) en met de offerte die u op 18/08/2003 heeft ingediend.

Als bijlage gaan een nieuw inschrijvingsformulier en twee prijsopgaven. Wij verzoeken u die nieuwe stukken in te vullen en te ondertekenen. Zo niet wordt uw offerte niet in aanmerking genomen."

7. Op 3 oktober 2003 stelt de verwerende partij het volgende:

" Gezien de talrijke vragen die worden gesteld naar aanleiding van de onderhandelingsprocedure die loopt met het oog op de gunning van de opdracht voor aanneming van werken "Les Houssus nr. 6", laat ik u weten dat uw prijsbieding beoordeeld zal worden op basis van het criterium van de laagste prijs, rekening houdend met de technische kwaliteit van de diensten zoals die worden aangeboden in uw offerte die op de zitting van 18/08/2003 is ingediend."

8. Op 6 oktober 2003 bezorgt de verzoekende partij de verwerende partij een nieuwe prijsbieding, in de volgende bewoordingen:

" Als bijlage gaat onze beste prijsbieding voor de opdracht betreffende de sanering van "Les Houssus nr. 6".

Deze offerte stemt overeen met de stukken uitgaande van de SPAQUE (bestek en bijlagen) en met onze offerte ingediend op 18/08/03, die aanvullende technische informatie bevatte (punt 1.6), bedoeld om u ervan te verzekeren dat de opdracht zou worden uitgevoerd met de beste waarborgen voor de inachtneming van de opgelegde technische voorschriften, het vermelde budget en de voorgestelde minimumtermijn.

Aangezien u de opdracht wenst te gunnen aan de laagste bidder, rekening houdend met de kwaliteit van de aangeboden diensten, lijkt het ons nuttig u hier de financiële weerslag van de technische voorstellen gedaan in onze oorspronkelijke offerte in detail uiteen te zetten: de extra prestaties die deze bevatten zijn bedoeld om de kwaliteit van de werkzaamheden te verbeteren ten opzichte van de kwaliteit die gehaald moet worden door de voorschriften van het bestek naar de letter te volgen.

1.6.3: Onze eenheidsprijzen omvatten:

- Voorafgaande peilingen om na te gaan hoe diep de bodem verontreinigd is.
- Bepalen van het profiel van de bodem van het omhulsel.
- Controle van het draagvermogen van de bodem van het omhulsel.

Aannemingssom:

€ 11.000

Overzicht procedure P.6.5: Inwerkingstelling van de drains in PE-HD en aanbrengen van een drainerende laag.

Om alle risico's verbonden aan de eventuele aanwezigheid van kalkdeeltjes te voorkomen, hebben wij u een steenlaag bestaande uit porfier type ballast 25/50 voorgesteld. Door de voorschriften van het bestek na te leven kunnen wij u voorstellen steenslag van zandsteen te gebruiken afkomstig uit de kwartsietgroeven van Neutremont, die ons waarborgen dat in hun steenslag 25/50 geen kalk aanwezig is (zie technische beschrijving als bijlage).

Het gebruik van dat materiaal levert een besparing op van 6,00 euro per geplaatste m³, dat is € 81.360 voor post 11 (6 x 0.40 x 33 900).

Zo gezien kan het bedrag van onze offerte, die uitgewerkt is met het oog op gunning aan de laagste bidder en met strikte inachtneming van de voorschriften van het bestek, verminderd worden met € 92.360,00, waardoor het bedrag vastgesteld wordt op € 5.709.314,50 voor de basisofferte en € 3.651.167,50 voor de variant.

Bovendien hebben wij, aangezien de termijn voor de uitvoering van de geplande werkzaamheden dwingend en cruciaal is, ons ertoe verbonden u een kortere uitvoeringstermijn voor te stellen dan die welke vereist wordt in het bestek: dat betekent dat we ook de kosten moeten dragen die veroorzaakt worden doordat in ploegendienst of met uitgebreide ploegen wordt gewerkt, waardoor het bedrag van onze offerte ook hoger ligt dan wat het zou zijn geweest indien gewoon de voorgeschreven termijn was gevolgd."

9. Op zijn vergadering van 6 november 2003 besluit de raad van bestuur van de SPAQuE de opdracht te gunnen aan de naamloze vennootschap GALERE.

Dat besluit, dat het bestreden besluit is, luidt als volgt:

- " Punt 6. Opdracht A.1.2.2 - Civieltechnische werkzaamheden - Gunning van de opdracht voor aanneming van werken: - Afdankte bedrijfsruimte "Les Houssus nr. 6" te La Louvière: voortzetting van de procedure

De administrateur-directeur licht het dossier toe.

Na afloop van de offerteaanvraag zijn enkel onaannemelijke prijzen ingediend. De raad van bestuur heeft bijgevolg op een vorige vergadering besloten gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure, waarop een uitvoerig debat is gevolgd waaruit het volgende blijkt:

Aangezien Spaque een algemene offerteaanvraag heeft gedaan met het oog op de gunning van een opdracht voor aanneming van werken met als onderwerp de sanering van het terrein "Les Houssus nr. 6", gelegen aan de rue de Queniau te La Louvière (Haine Saint-Paul);

Aangezien het bedrag van de opdracht geraamd is op € 3.378.496;

Aangezien er zeven offertes zijn ingediend; aangezien de offerte van de aannemerscombinatie Aertsen Terrassements en Aertsen Aannemingsbedrijf onontvankelijk is gebleken omdat de bankverklaring van één van de vennootschappen ontbrak, het oorspronkelijke attest van de RSZ van één van de vennoten in het Nederlands was, en de beoordelingsstaat "veiligheid" ontbrak bij de inschrijving, terwijl al die stukken van wezenlijk belang zijn;

Aangezien uit het onderzoek van de ontvankelijke offertes gebleken is dat, volgens de gunningscriteria vastgesteld in het bestek, de voordeligste regelmatige offerte met het oog op de uitvoering van de werkzaamheden de variant is waarbij de zijwanden afgesloten worden met taluds, uitgaande van de aannemerscombinatie Ecoterres-Dredging voor een totaalbedrag van € 4.462.316,35 excl. BTW (zie de nota voor de raad van bestuur Doc. C.A. 11/09/2003-7);

Aangezien die prijs onaannemelijk is; dat hij de raming immers ruim overschrijdt;

Aangezien daaruit volgt dat alleen onaannemelijke prijzen zijn aangeboden;

Aangezien de raad van bestuur besloten heeft af te zien van de offerteaanvraagprocedure en op grondslag van artikel 17, §2, 1^o (d) van de wet van 24 december 1993 een onderhandelingsprocedure te starten;

Aangezien iedere inschrijver die in aanmerking kwam aldus is verzocht zijn prijsbieding te herzien, waarbij al het overige ongewijzigd bleef;

Aangezien de zes in aanmerking genomen inschrijvers naar aanleiding van dat verzoek allemaal nieuwe prijzen hebben ingediend;

Aangezien de prijsbiedingen na onderhandeling als volgt gerangschikt zijn:

Vennootschap	Basisofferte of verplichte variant	Totaalbedrag van de inschrijving (€ excl. BTW)
Galère	Verplichte variant (talud)	3713807,66
Wanty	Verplichte variant (talud)	3743527,5
A.M. Ecoterres- Dredging	Verplichte variant (talud)	3853136,1
Danheux en Maroye	Verplichte variant (talud)	4517190,6
Socogetra	Verplichte variant (talud)	4543296,2
Tramo	Verplichte variant (talud)	4678118,43
Wanty	Basisofferte (muur)	5801674,5
A.M. Ecoterres- Dredging	Basisofferte (muur)	5876915,25
Galère	Basisofferte (muur)	6084047,75
Danheux et Maroye	Basisofferte (muur)	6352623,71
Socogetra	Basisofferte (muur)	6520147,5
Tramo	Basisofferte (muur)	6748644,05

Aangezien uit het onderzoek van de offertes blijkt dat de technische waarde, de kwaliteit van de planning en de uitvoeringstermijn van de offerte van de vennootschap Galère volstrekt bevredigend zijn; dat de prijs van die vennootschap voor de variant na onderhandeling de laagste is en niet als abnormaal kan worden beschouwd;

OM DIE REDENEN,

BESLUIT DE RAAD VAN BESTUUR DE OPDRACHT VOOR AANNEMING VAN WERKEN MET ALS ONDERWERP DE SANERING VAN HET TERREIN "LES HOUSSUS NR. 6" GELEGEN AAN DE RUE DE QUENIAU TE LA LOUVIÈRE (HAINE-SAINT-PAUL) AAN DE VENNOOTSCHAP GALERE TOE TE WIJZEN, VOLGENS DE VERPLICHTE VARIANT, VOOR EEN BEDRAG (NA ONDERHANDELING) VAN € 3.713.807,66 (excl. BTW)."

10. Diezelfde dag brengt de verwerende partij het gunningsbesluit ter kennis van de vennootschap GALERE in de volgende bewoordingen:

" Na onderzoek van uw offerte overeenkomstig de wetsbepalingen betreffende de overheidsopdrachten, en na toepassing van de selectiecriteria zoals die bepaald zijn in het bestek, hebben wij het genoegen u te laten weten dat de raad van bestuur van de SPAQuE op zijn vergadering van 6 november 2003 besloten heeft u de bovengenoemde opdracht te gunnen wat de verplichte variant betreft, waarbij de zijkanten met taluds worden omsloten (...).".

11. Op 7 november 2003 deelt de verwerende partij de verzoekende partij mee dat haar offerte "overeenkomstig de bepalingen van de wetgeving op de overheidsopdrachten en vanwege de criteria bepaald in het bestek" niet in aanmerking is genomen.

12. Op 12 november 2003 vraagt de verzoekende partij de verwerende partij haar de motivering van haar keuze over te zenden.

13. Op 26 november 2003 stuurt de verwerende partij de verzoekende partij een brief met een uittreksel uit de notulen van de vergadering van de raad van bestuur van 6 november 2003, waarin het bestreden besluit vervat is.

Overwegende, wat betreft de ontvankelijkheid van het beroep, dat de auditeur-rapporteur bij een brief van 7 november 2007 de raadsman van de verzoekende partij gevraagd heeft hem (1) de statuten van de verzoekende partij te bezorgen, (2) het bewijs dat de statuten bekendgemaakt zijn in het Belgisch Staatsblad, (3) de akten van benoeming van de bestuurders zomede (4) het bewijs van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad, en (5) het bewijs dat de statuten neergelegd zijn bij de griffie van de bevoegde rechtbank van koophandel overeenkomstig de artikelen 2, § 4, en 68 van het wetboek van Vennootschappen; dat die stukken op de dag waarop het verslag is ingediend, 19 december 2007, niet aan de auditeur-rapporteur waren overgezonden; dat ze overgezonden zijn op 20 december 2007; dat uit de overgezonden stukken blijkt dat het besluit om het onderhavige beroep in te stellen genomen is door het orgaan dat daartoe overeenkomstig de statuten bevoegd is en dat regelmatig was samengesteld; dat het beroep ontvankelijk is;

Overwegende dat de verzoekende vennootschap een enig middel ontleent aan "schending van artikel 17 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, aan schending van het beginsel van goed bestuur en het beginsel dat alle gegadigden voor de

opdracht die aangezocht zijn in het kader van de onderhandelingsprocedure gelijk zijn, alsook aan ontstentenis van een daadwerkelijke vergelijking van de sterke punten van de offertes"; dat ze uiteenzet dat een overheidsdienst bij een onderhandelingsprocedure geen absolute discretionaire bevoegdheid heeft, inzonderheid wanneer hij, zoals hier het geval is, een oproep doet tot de gegadigden en van plan is de offertes op economisch, financieel en technisch vlak te beoordelen, dat die overheid in dat geval zelf haar in ruime mate discretionaire bevoegdheid inperkt, dat hoe dan ook het gebruik van een onderhandelingsprocedure, zodra verscheidene gegadigden geraadpleegd worden, de aanbestedende overheid er niet van vrijstelt de regels van "goed bestuur" in acht te nemen, namelijk de verplichting om het gelijkheidsbeginsel te eerbiedigen, de offertes daadwerkelijk te vergelijken en de respectieve sterke punten ervan daadwerkelijk te onderzoeken, door zo nodig een beroep te doen op experts; dat ze meer in het bijzonder een eerste onderdeel opwerpt, waarin ze aanvoert dat "de verwerende partij, terwijl ze in de kennisgeving waarin ze laat weten dat ze de offerte van de verzoekende partij niet in aanmerking had genomen, stelde dat ze de opdracht had gegund 'op basis van de criteria bepaald in het bestek', in werkelijkheid alleen de prijzen vergeleken heeft, alsof ze handelde in het kader van een aanbesteding", dat dat af te leiden valt uit de motivering van het gunningsbesluit, dat, wat betreft de overige gunningscriteria bepaald in het bestek, namelijk de technische waarde van het project, de kwaliteit van de planning en de uitvoeringstermijn, de verwerende partij zich er in de motivering van het bestreden besluit toe bepaalt te stellen "dat de offerte van de vennootschap GALERE qua technische waarde, kwaliteit van de planning en uitvoeringstermijn volstrekt bevredigend is", dat de motivering van de verwerende partij op dat punt neerkomt op een holle frase; dat de verzoekende partij voorts nog stelt dat, aangezien het bestek vier gunningscriteria vaststelt en het criterium kostprijs van de opdracht slechts 50% van de punten uitmaakt, de beoordeling van de overige criteria des te meer geboden was, aangezien de verzoekende partij, door voorrang te geven aan de technische waarde van de offerte, de kwaliteit van de planning en de uitvoeringstermijn, drie criteria die samen ook 50% van de punten vertegenwoordigden, een offerte heeft kunnen doen, voor een weliswaar hogere prijs dan de offerte die ze had kunnen doen door minder belang te hechten aan die criteria, maar een offerte met een hogere technische kwaliteit dan die van de gekozen gegadigde;

Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord tegen het eerste onderdeel inbrengt dat het niet ontvankelijk is, dat "bij het

onderzoek van haar beroep tot nietigverklaring (...) duidelijk blijkt dat wat verzoekster wil betwisten niet het besluit van de SPAQuE d.d. 6 november 2003 is tot gunning van de omstreden opdracht, maar haar besluit van 11 september 2003 om af te zien van de offerteaanvraagprocedure, en een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking te starten", dat "de verzoekende partij de SPAQuE verwijt dat ze, ondanks de wijziging van de procedure, de regels en beperkingen van de offerteaanvraag niet is blijven volgen, van welke aanvraag ze nochtans net had afgezien", dat "ze dus eigenlijk probeert het beginsel zelf om gebruik te maken van de onderhandse procedure ter discussie te stellen, een beginsel dat vastgelegd is in het besluit van de raad van bestuur van de SPAQuE d.d. 11 september 2003, en nader toegelicht is in haar brieven van 23 september en 3 oktober 2003", dat dat besluit niet binnen de wettelijke termijn is aangevochten en bijgevolg definitief is geworden, en dat de verzoekende partij "hoe dan ook, aangezien ze geselecteerd is om deel te nemen aan de nieuwe onderhandelingsprocedure en ze zonder voorbehoud aanvaard heeft daaraan deel te nemen op de vastgestelde voorwaarden, er geen belang bij heeft ter adstructie van haar beroep tegen het uiteindelijke gunningsbesluit, een middel aan te voeren dat rechtstreeks te maken heeft met de wettigheid van het besluit waarbij de procedure gewijzigd wordt"; dat ze ten gronde aanvoert dat haar besluit van 11 september 2003 "de offerteaanvraag definitief afsloot en [haar] onthief van alle beperkingen verbonden aan die procedure (met name de gunningscriteria van het bestek en het bijbehorende wegingssysteem), dat "de houding aangenomen door de aanbestedende dienst tijdens de nieuwe gunningsprocedure, en de overeenstemming daarvan met de beginselen van goed bestuur en gelijkheid van de inschrijvers, alleen beoordeeld kunnen worden in het licht van de beginselen die golden voor die nieuwe procedure", dat "er twee beginselen waren: beperking van het onderwerp van de onderhandelingen tot enkel en alleen de prijs van de offertes zoals die waren ingediend naar aanleiding van de eerste gunningsprocedure (...); gunning van de opdracht op basis van het criterium van de laagste prijs (...) en van de technische kwaliteit van de aangeboden diensten", en dat ze overeenkomstig die beginselen "dus over een grote vrijheid beschikte, inzonderheid op het stuk van het bepalen van datgene waarover de onderhandelingen moesten gaan [en] het vaststellen van de criteria op basis waarvan ze voortaan de offertes wilde onderzoeken en de opdracht wilde gunnen"; dat ze voorts stelt dat artikel 17, § 2, 1/, d, van de wet van 24 december 1993 bepaalt dat alle inschrijvers die voldaan hebben aan de minimumvereisten op professioneel, economisch en technisch vlak, en die een offerte hebben ingediend die aan de vormvereisten van de eerste procedure voldeed, geraadpleegd worden, wat in casu

geschied is, aangezien de onderhandelingen over de prijs met alle oorspronkelijk geselecteerde deelnemers hebben plaatsgevonden, dat "van de grote vrijheid waarover de SPAQuE beschikte in het kader van de nieuwe gunningsprocedure, overigens niet willekeurig gebruik is gemaakt", dat "het enige doel van de onderhandelingen begonnen in het kader van de nieuwe gunningsprocedure erin bestond de prijzen van de offertes ingediend bij de offerteaanvraag naar beneden te krijgen", dat "de opdracht gegund moest worden op grondslag van de laagste prijs, verkregen na afloop van de voornoemde onderhandelingen en op grondslag van de technische waarde van de diensten zoals aangeboden in de offertes ingediend tijdens de oorspronkelijke gunningsprocedure", dat "wat de prijs betreft, in het bestreden besluit en in het verslag van onderzoek van de offertes de beste prijsbiedingen gedaan door de verschillende inschrijvers zijn opgenomen en daarin wordt vastgesteld dat de vennootschap GALERE de beste prijs heeft aangeboden voor de verplichte variant", dat "wat de technische kwaliteit van de diensten betreft, in het bestreden besluit staat dat 'de technische waarde (...) van de offerte van de vennootschap Galère volstrekt bevredigend is'", wat bevestigd wordt in het verslag van onderzoek van de offertes, zodat, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij aanvoert "de offertes wel degelijk onderzocht zijn, met elkaar vergeleken zijn en de sterke punten ervan beoordeeld zijn", dat "zelfs door de resultaten van de puntenwaardering "technische kwaliteit", gegeven in de offerteaanvraag in aanmerking te nemen (wat de SPAQuE niet hoefde te doen), [ze] er rechtmatig van uit is kunnen gaan dat de offerte van GALERE het best beantwoordde aan haar eisen", dat het voorstel van WANTY immers op het stuk van technische kwaliteit 2,60 punten meer had gekregen dan het voorstel van GALERE, een onbeduidend verschil in puntenwaardering, terwijl, op het stuk van de prijs, de offerte van GALERE, ingediend in het kader van de onderhandse procedure, lager lag dan die van WANTY; dat ze ten slotte aanvoert dat "de uitdrukkelijke motivering van het bestreden besluit op alle punten beantwoordt aan de vereisten gesteld door de Raad van State" en de "redenen van de keuze gemaakt door de SPAQuE wel degelijk vermeld worden en uitdrukkelijk bevestigd worden in het administratief dossier";

Overwegende dat de verwerende partij in haar laatste memorie voorts stelt dat de verplichting tot uitdrukkelijke motivering een specifiek karakter heeft en minder sterk is bij een onderhandelingsprocedure, doordat de beslissing volgt uit een vergelijking van de offertes, maar ook uit latere besprekingen met één van de geraadpleegde ondernemingen, dat er ook grond is om te verwijzen naar het verslag van onderzoek van de offertes, dat daaruit blijkt dat ook rekening is

gehouden met de overige criteria en in het bestreden besluit uitdrukkelijk naar dat verslag wordt verwezen;

Overwegende, wat de ontvankelijkheid van het eerste middel betreft dat, in tegenstelling tot wat de verwerende partij aanvoert, de verzoekende partij niet het besluit aanvecht dat op 11 september 2003 is genomen en waarbij wordt afgezien van de procedure van algemene offerteaanvraag en besloten wordt gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure voor de gunning van de omstreden overheidsopdracht, maar kritiek uit op het feit dat de verwerende partij niet alle voorwaarden voor de gunning van de opdracht, die ze zichzelf zou hebben opgelegd bij de onderhandelingsprocedure, in acht zou hebben genomen, doordat ze slechts oog heeft gehad voor één daarvan, namelijk de prijs; dat daaruit volgt dat het eerste onderdeel ontvankelijk is;

Overwegende, wat de grond van het onderdeel betreft, dat de aanbestedende overheid uit de procedures die in de wet zijn vastgesteld vrij de gunningsprocedure kiest die op de opdracht wordt toegepast; dat zulks niet geldt voor de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, waarvan alleen gebruik kan worden gemaakt in de gevallen die op limitatieve wijze worden opgesomd in artikel 17, § 2, van de wet van 24 december 1993; dat aangezien die procedure afwijkt van het mededingings- en het openbaarheidsbeginsel, de gevallen waarin daarvan gebruik mag worden gemaakt in enge zin geïnterpreteerd moeten worden en niet uitgebreid mogen worden, en de bewijslast die erin bestaat aan te tonen dat er werkelijk uitzonderlijke omstandigheden zijn die de afwijking wettigen, berust bij diegene die zich erop wil beroepen;

Overwegende dat artikel 17, § 2, 1^o, d), van de voornoemde wet van 24 december 1993, toen het besluit van 6 november 2003 is uitgevaardigd, als volgt luidde:

" Art. 17. § 2. Er kan bij onderhandelingsprocedure gehandeld worden zonder naleving van bekendmakingsregels bij de aanvang van de procedure doch, indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstenverleners wanneer :

1/in het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken, leveringen of diensten :

(...)

d) enkel onregelmatige offertes ingediend werden ingevolge aanbesteding of offerteaanvraag, of indien slechts onaanvaardbare prijzen voorgesteld werden, voor zover :

- de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk gewijzigd werden en
- de aanbestedende overheid alle inschrijvers raadpleegt die voldoen aan de minimeisen op beroeps-, economisch en technisch vlak, zoals bepaald door de Koning, en die een offerte indienden die aan de formele eisen van de eerste procedure voldeed";

Overwegende dat deze bepaling twee voorwaarden stelt voor het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking in de gevallen die in deze bepaling worden genoemd, namelijk onregelmatige offertes of onaanvaardbare prijzen, waarvan één betrekking heeft op de voorwaarden van de opdracht; dat terwijl de aanbestedende overheid bij een onderhandelingsprocedure in principe vrij de bescheiden van de opdracht mag vaststellen, het voornoemde artikel 17, § 2, 1/, d), van dat beginsel afwijkt door op te leggen dat de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet "wezenlijk" gewijzigd mogen worden; dat deze bepaling uitgelegd moet worden in het licht van de doelstellingen die ermee worden nagestreefd, namelijk een zekere graad van mededinging behouden met bescherming evenwel van de belangen van de inschrijvers die deelgenomen hebben aan de eerste aannemingsprocedure; dat daaruit volgt dat de verwerende partij in casu, bij de onderhandelingsprocedure, de essentie van de voorwaarden van de opdracht die ze oorspronkelijk had vastgelegd voor de offerteaanvraag, waaronder de gunningscriteria, moest behouden, en deze, na ze behouden te hebben, ook in acht moest nemen bij de gunning van de opdracht;

Overwegende dat de verwerende partij op 23 september 2003, wanneer ze de verzoekende partij op de hoogte brengt van het besluit dat ze op 11 september 2003 heeft genomen om gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure, haar een "betere prijsbieding" vraagt, waarbij ze aangeeft dat ze van plan is te onderhandelen over de prijzen die de inschrijvers ten tijde van de offerteaanvraagprocedure hadden geboden, maar onmiddellijk preciseert dat dat verzoek gedaan wordt met dien verstande dat "al het overige ongewijzigd blijft en in overeenstemming met de stukken uitgaande van de Spaque (bestek en bijlagen) en met de offerte die u op 18/08/2003 heeft ingediend"; dat de verwerende partij op 30 september 2003, tijdens de tweede onderhandelingsronde over de prijs, in dezelfde bewoordingen bevestigd heeft dat ze de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht, waaronder de gunningscriteria, bij de onderhandelingsprocedure zou behouden;

Overwegende dat uit artikel 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993 en uit de twee verzoeken tot onderhandeling van de verwerende

partij blijkt dat laatstgenoemde de gunningscriteria die ze aanvankelijk had vastgesteld in het bestek voor de offerteaanvraagprocedure, heeft behouden en moest behouden; dat gememoreerd zij dat het ging om vier gunningscriteria, die betrekking hadden op de kostprijs van de uitvoering van de werkzaamheden (50 punten), de technische waarde van de offerte (35 punten), de kwaliteit van de planning (10 punten) en de uitvoeringstermijn (5 punten);

Overwegende, enerzijds, dat de verwerende partij op 3 oktober 2003, net vóór het indienen van een nieuwe prijsbieding in het kader van de tweede onderhandelingsronde, laten weten heeft dat deze "beoordeeld zal worden op basis van het criterium van de laagste prijs, rekening houdend met de technische kwaliteit van de diensten zoals die worden aangeboden in uw offerte die op de zitting van 18/08/2003 is ingediend"; dat de verwerende partij zodoende besloten heeft geen rekening meer te houden met het derde en het vierde gunningscriterium en dus zowel het bepaalde van artikel 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993, als de regels die ze zichzelf had opgelegd bij het opstarten van de onderhandelingsprocedure, naast zich heeft neergelegd;

Overwegende, anderzijds, dat de verwerende partij op 26 november 2003 de verzoekende vennootschap enkel het uittreksel uit de notulen van de vergadering van 6 november 2003 van haar raad van bestuur heeft overgezonden, waarin het bestreden besluit weergegeven wordt, zonder het verslag van het onderzoek van de offertes over te leggen; dat wat de uitdrukkelijke motivering van het bestreden besluit betreft er bijgevolg grond is zich te bepalen tot dat ene stuk; dat uit de motivering van het bestreden besluit niet blijkt dat de verwerende partij de opdracht gegund heeft na vergelijking van de offertes in het licht van alle gunningscriteria; dat de verwerende partij immers, nadat ze de prijzen die na de onderhandeling door de inschrijvers waren geboden uiteengezet en vergeleken had, zich ertoe heeft bepaald het volgende te stellen:

" Dat uit het onderzoek van de offertes blijkt dat de technische waarde, de kwaliteit van de planning en de uitvoeringstermijn van de offerte van de vennootschap Galère volstrekt bevredigend zijn; dat de prijs van die vennootschap voor de variant na onderhandeling de laagste is en niet als abnormaal kan worden beschouwd";

dat zulk een motivering onvoldoende is om te achterhalen waarom de offerte van de vennootschap GALERE "bevredigend" is bevonden uit het oogpunt van drie van de vier gunningscriteria, noch hoe die offerte, wat die drie criteria betreft, zich verhoudt tot de overige offertes"; dat ze neerkomt op een holle frase; dat bovendien

daaruit niet blijkt dat alle offertes beoordeeld en vergeleken zijn op basis van die drie criteria;

Overwegende dat het eerste onderdeel gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van 6 november 2003 van de raad van bestuur van de SPAQuE, waarbij de opdracht voor aanneming van werken aangaande de sanering van het terrein "Les Houssus nr. 6" te La Louvière toegewezen wordt aan de naamloze vennootschap GALERE.

Artikel 2.

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

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

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

De Griffier,

De Voorzitter,

K. LAUVAU

M.-L. WILLOT-THOMAS

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