

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 183.362 van 26 mei 2008
in de zaak A. 188.029/XII-5425.**

In zake : de BVBA L3M ARCHITECTEN-VENNOOTSCHAP,
die woonplaats kiest bij
advocaat K. De Puydt,
kantoor houdende te 1080 Brussel,
Ninoofsesteenweg 153

tegen :

de HOGESCHOOL GENT,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. Devers,
kantoor houdende te Gent,
Kouter 71-72.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de BVBA L3M Architecten-vennootschap op 3 mei 2008 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van :

- “1. De beslissing van ongekende datum tot vaststelling van het Bijzonder bestek nr. IB/KW/07/26/Hogeschool Gent.
2. en met samenhang: de expliciete beslissing dd. 14 maart 2008 van het Bestuurscollege van de Hogeschool Gent houdende de toewijzing aan de NV Bureau Bouwtechnieken van de dienstenopdracht - met name studie en opvolging van diverse projecten architectuur op diverse campussen van de Hogeschool Gent te 9000 Gent (Bijzonder bestek IB/KW/07/26/Hogeschool Gent).
3. en met samenhang: de impliciete beslissing dd. 14 maart 2008 van het Bestuurscollege van de Hogeschool Gent houdende de niet-toewijzing aan de BVBA L3M Architectenvennootschap L3M van de dienstenopdracht - met name studie en opvolging van diverse projecten architectuur op diverse campussen van de Hogeschool Gent te 9000 Gent (Bijzonder bestek IB/KW/07/26/Hogeschool Gent)”.

Gezien het administratief dossier van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 6 mei 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 20 mei 2008, om 11.00 uur;

Gelet op de beschikking van 14 mei 2008 waarbij de terechtzitting uitgesteld wordt tot de terechtzitting van 22 mei 2008, om 15.00 uur;

Gehoord het verslag van staatsraad J. Lust;

Gehoord de opmerkingen van advocaat K. De Puydt, die verschijnt voor verzoekster, en van advocaat P. Devers, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur P. Barra;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De relevante feiten

1. Op 21, respectievelijk 22, december 2007 wordt door de verwerende partij, als aanbestedende overheid, in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Publicatieblad van de Europese Unie de overheidsopdracht “Studie en opvolging van diverse projecten architectuur op diverse campussen van de Hogeschool Gent te 9000 Gent” aangekondigd. De opdracht wordt gegund na een algemene offerteaanvraag.

Het bestek voorziet in de gunningscriteria “Procentuele prijs”, op 60 punten, en “Planning”, op 40 punten. Wat het laatste betreft bepaalt het bestek dat de uitvoeringstermijn van de opdracht in een realistische planning dient te worden uitgestippeld zodat de opdrachtgever verzekerd is van een vlotte opvolging, dat de planning blijkt geeft van een efficiënte werking die essentieel is voor een professionele samenwerking, dat de inschrijver per project een planning dient voor te stellen rekening houdend met de uiterlijke einddatum opgegeven door het bestuur in de technische bepalingen, dat de inschrijver per project de duur opgeeft tussen het eerste overleg met het bestuur (in verband met het programma van het project) en het indienen van de eerste versie van de studie, en dat deze termijn eveneens dient te worden gemotiveerd.

Er dienen zich acht inschrijvers aan, onder wie verzoekster.

2. In het aanbestedingsverslag van 22 februari 2008 wordt onder punt 4 “Rekenkundig nazicht van de inschrijvingen”, met betrekking tot de opgegeven realisatietijd per project in functie van gunningscriterium 2, per inschrijver de “gemiddelde realisatietijd” van al de opdrachten berekend. “Om na te gaan of de realisatietijd realistisch is”, wordt dan berekend hoeveel elke inschrijver afwijkt van het gemiddelde van de “gemiddelde realisatietijd” van de inschrijvers. In de “Voorlopige rangschikking naar afwijking gemiddelde realisatietijd” scoort verzoekster het best.

In punt 6 van het aanbestedingsverslag, “Nazicht van de gunningscriteria”, wordt uiteengezet dat het gunningscriterium “planning” belang hecht aan :

“Inhoudelijke motivatie van de uitvoeringstermijn.
De planning dient te worden gemotiveerd dmv tijdsaanduiding of situering van de verschillende fasen tijdens de studie.
Een realistische realisatietijd
Er wordt vooral gekeken naar de rangschikking t.o.v. het gemiddelde van de gemiddelde realisatietijd”.

Verzoekster krijgt voor dat gunningscriterium “totaal: 29 punten”: voor het aspect “motivatie” wordt zij “als voldoende gequoteerd”; wat de rangschikking van de afwijking van de gemiddelde realisatietermijn betreft, eindigt zij op de eerste plaats.

NV Bureau Bouwtechnieken krijgt voor het gunningscriterium “planning” in totaal 39 punten: het aspect “motivatie” wordt “als uitmuntend gequoteerd” en zij eindigt in de rangschikking van de afwijking van de gemiddelde realisatietermijn op de tweede plaats.

Waar verzoekster en NV Bureau Bouwtechnieken voor het eerste gunningscriterium respectievelijk 60 en 55 punten toebedeeld kregen, behalen zij finaal 89 en 94 punten, waarmee zij in de eindrangschikking onderscheidenlijk de tweede en de eerste plaats innemen.

3. Het bestuurscollege van verwerende partij beslist op 14 maart 2008 de overheidsopdracht aan de NV Bureau Bouwtechnieken toe te wijzen. Dat wordt verzoekster meegedeeld met een brief van 19 maart 2008. Aan de vraag van 21 maart

2008 van verzoekster om een kopie van het aanbestedingsverslag, wordt door verwerende partij op 22 april 2008 gevolg gegeven.

Afstand

4. Ter terechtzitting verklaart verzoekster afstand te doen van haar vordering in zoverre zij het eerste voorwerp betreft. Akte wordt daarvan genomen.

De ontvankelijkheid

5. Naar verzoekster in verband met het derde voorwerp van de vordering betoogt, staat het impliciete karakter van de beslissing om niet aan haar te gunnen, niet de aanvechtbaarheid van de beslissing in de weg. Door ook de impliciete rechtshandeling nietig te verklaren maakt, volgens haar, de Raad van State duidelijk dat er voor de overheid geen discretionaire bevoegdheid bestond om een keuze te maken en dat de verwerende partij de rechtsplicht heeft om de opdracht aan verzoekster te gunnen.

6. Terecht meent verzoekster dat een impliciete weigering wel degelijk vatbaar is voor vernietiging. Niet bijgevalen evenwel wordt de populaire maar verkeerde opvatting dat uit de eventuele vernietiging van de impliciete weigering dan van de weeromstuit voor het bestuur de rechtsplicht zou volgen om het geweigerde alsnog te geven of toe te laten. Wat de overheid na de vernietiging van de weigeringsbeslissing -weze ze impliciet of expliciet- op grond van het arrest inhoudelijk al dan niet moet doen, of niet meer mag doen, hangt af van het vernietigingsmotief, met andere woorden van het gegrond bevonden middel.

Is de vordering tegen de derde bestreden beslissing weliswaar ontvankelijk *ratione materiae*, verzoekster heeft er op het eerste gezicht geen toereikend belang bij. Het nadeel waarvoor de vordering verzoekster moet behoeden, betreft in wezen “de toewijzing van de overeenkomst aan de NV Bureau Bouwtechnieken” en, dus, de tweede bestreden beslissing. Dit nadeel wordt voldoende afgewend door de hierna uitgesproken schorsing van die beslissing.

De vordering is niet-ontvankelijk wat het derde voorwerp ervan betreft.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

7. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden, dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen, en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is.

Hierna wordt het onderzoek van de grondvoorwaarden beperkt tot de tweede bestreden beslissing.

De voorwaarde van de ernstige middelen

8. Verzoekster leidt een tweede middel af uit “de schending van artikel 115 van het Koninklijk Besluit dd. 8 januari 1996, op zichzelf genomen en richtlijnconform gelezen, van artikel 53, lid 2 van de overheidsopdrachtenrichtlijn 2004/14/EG, van de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 op de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en de algemene beginselen ter zake, uit schending van het zorgvuldigheids-, het gelijkheidsbeginsel, het non-discriminatiebeginsel, het transparantiebeginsel, het patere legem-beginsel en het redelijkheidsbeginsel”.

In een tweede onderdeel bekritiseert zij dat “voor de evaluatie van de criteria ‘motivatie’ en ‘realisatietijd’ naderhand - na de opening van de offertes - punten werden toegekend op grond van een formule die ‘voorafgaandelijk’ in het geheel niet werd bekendgemaakt, noch werd aangenomen vóór de opening van de ingediende offertes; Dat zelf[s] op heden niet duidelijk is hoe die formule eruit ziet”. Onder meer licht zij toe “Dat het volkomen ontbreken van ook maar enige (voorafgaandelijke) transparantie omtrent de puntentoekenning voor wat betreft de planning, de wettigheid van de evaluatie van dit criterium heeft gehypothekerd”.

9. Met verzoekster wordt in de huidige stand van de procedure aangenomen dat de puntentoekenning voor het tweede gunningscriterium, “Planning”, onbevattelijk en duister is.

Enerzijds heet het, in punt 4 van het aanbestedingsverslag, dat de door verzoekster in het kader van de planning voorgestelde realisatietijd “het meest realistisch” lijkt. Namelijk wordt geschreven: “De inschrijvers die het dichtst bij het gemiddelde van de ‘gemiddelde realisatietijd’ lijkt ons dan ook het meest realistisch daar zal dan ook later rekening worden mee gehouden bij het beoordelen van het betreffende gunningscriterium”. Met een afwijking van slechts 2,2 kalenderdagen zit verzoekster het dichtst bij die “realistische realisatietijd”. De NV Bureau Bouwtechnieken volgt met een afwijking van 5 kalenderdagen.

Anderzijds, als het er dan om gaat onder punt 6 van het aanbestedingsverslag verzoekster te quoteren voor het gunningscriterium “Planning”, kent verwerende partij haar slechts 29 punten op 40 toe, tegen 39 op 40 voor de NV Bureau Bouwtechnieken. Dat aanzienlijke verschil en de omkering qua volgorde vloeien hieruit voort dat verwerende partij met betrekking tot de “Planning” twee “aspecten” (“Motivatie” en “Realisatietijd”) onderscheidt en dat verzoekster voor het aspect “Motivatie” “voldoende” krijgt, wijl de NV Bureau Bouwtechnieken daarvoor als “uitmuntend” wordt gekwalificeerd

Ervan uitgaande dat, zoals verwerende partij ter terechtzitting uiteenzet, het aspect “Motivatie” verband houdt met de “credibiliteit” van de voorgestelde planning, lijkt aldus de meest realistische planning, die “voldoende” geloofwaardig is, toch verre te moeten onderdoen voor een minder realistische planning die dan wel bijzonder goed gemotiveerd is. Dat laat zich moeilijk begrijpen, alleszins bij gebrek aan nadere toelichting over de precieze manier waarop de verwerende partij bij het waarderen en verrekenen van de twee “aspecten” van het tweede gunningscriterium is tewerk gegaan.

Het tweede onderdeel van het tweede middel is in de besproken mate ernstig.

De voorwaarde van de uiterst dringende noodzakelijkheid en van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel

10. Verzoekster betoogt in substantie dat een schorsing volgens de gewone procedure te laat dreigt te komen omdat het contract met de NV Bureau Bouwtechnieken ondertekend zal zijn en verzoekster hierdoor definitief in de onmogelijkheid zal verkeren om de opdracht zelf uit te voeren, ofschoon die opdracht

voor haar van groot belang is voor haar verdere ontwikkeling en vanwege de financiële omvang van de opdracht, de draagwijdte en het prestige van het project.

11. De uiteenzetting van verzoekster overtuigt, mede gelet op het feit dat het om een opdracht gaat waarvoor de Europese bekendmaking is voorgeschreven en gebeurd.

De uiteenzetting blijft overtuigen, ook al zou het verzoekschrift, zoals verwerende partij ter terechtzitting beweert, zijn ingediend één dag buiten de termijn van tien dagen waarvan sprake in het artikel 21bis, § 2, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. Immers volhardt de Raad van State terzake vooralsnog in de zienswijze die hij eerder in het arrest NV CH Cleaning Services, nr. 157.418 van 6 april 2006 aannam, namelijk dat “die termijn niet als een bijzondere beroepstermijn voor de Raad van State lijkt te moeten worden beschouwd voor potentieel verzoekende partijen maar daarentegen enkel een termijn waarbinnen het bestuur de toewijzingsbeslissing niet mag betekenen”. De beweerde termijnoverschrijding is niet van aard de diligentie die in hoofde van verzoekster vereist is, tegen te spreken.

Ook de voorwaarden met betrekking tot het moeilijk te herstellen ernstig nadeel en de uiterst dringende noodzakelijkheid zijn vervuld.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

De afstand wordt vastgesteld van de vordering tot schorsing tegen de “beslissing van ongekende datum tot vaststelling van het Bijzonder bestek nr. IB/KW/07/26/Hogeschool Gent”.

Artikel 2.

De schorsing van de tenuitvoerlegging wordt bevolen van de beslissing van 14 maart 2008 van het bestuurscollege van de Hogeschool Gent om de opdracht “Algemene offerteaanvraag nr. IB/KW/07.26; Studie en opvolging van

diverse projecten architectuur op diverse campussen van de Hogeschool Gent” toe te wijzen aan de NV Bureau Bouwtechnieken.

Artikel 3.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt voor het overige verworpen.

Artikel 4.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zesentwintig mei 2008, door :

de H. J. LUST,
Mevr. S. DOMS,

wnd. kamervoorzitter, staatsraad,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. LUST.