

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 183.530 van 29 mei 2008
in de zaak A. 137.022/XII-3872.**

In zake : de NV VANSTEENBRUGGHE ELECTRICITEIT,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. Van Hoorne,
kantoor houdende te Oostende,
Prinsenlaan 36

tegen :

de CV INTERGEMEENTELIJKE OPDRACHTHOUDENDE
VERENIGING VOOR HUISVUILVERWERKING
MEETJESLAND,
voorheen de CVBA Intercommunale Vereniging
voor Huisvuilverwerking Meetjesland,
die woonplaats kiest bij
advocaat J. Mertens,
kantoor houdende te Gent,
Bagattenstraat 124.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Vansteenbrugghe Electriciteit op 22 mei 2003 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing van de Intercommunale Vereniging voor Huisvuilverwijdering Meetjesland IVM CVBA dd. 18.03.2003 waarbij

- De electriciteitswerken, gedeelte electriciteit HS, betreffende de aanpassing aan de bestaande verbrandingsovens aan de inschrijver ALSTOM-GTI werd gegund
- Die werken dienvolgens niet aan verzoekster werden gegund”;

Gelet op het arrest nr. 122.885 van 16 september 2003 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting van het geding van 20 oktober 2003 ingediend door de verzoekende partij;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

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

Gelet op de beschikking van 26 november 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 15 januari 2008;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat F. Van Zandijcke, die loco advocaat P. Vanhoorne verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat B. Poelemans, die loco advocaat J. Mertens verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

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

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. Volgens het op 16 april 2002 door haar raad van bestuur goedgekeurd bijzonder bestek nr. 004-073-2 beoogt de verwerende partij haar bestaande huisvuilverbrandingsinstallatie te Eeklo te veranderen, met een opdracht te geven met een algemene offerteaanvraag.

Die veranderingen worden opgesplitst in 4 percelen :

- perceel 1 : het aanpassen van het huidige systeem van rookgaskoeling, namelijk vervanging van de bestaande waterinjectiekoelers door stoomketels en bijhorend water/stoom circuit;
- perceel 2 : het omzetten van stoom in elektriciteit in een turbo-alternator;
- perceel 3 : uitbreiding van de rookgasreiniging met een katalytische deNO_x;
- perceel 4 : onderdelen van de nodige software voor een goede sturing en automatisatie van de installatie (“SCADA”).

2. Het voorliggende beroep betreft perceel 2, namelijk de elektriciteitsproductie met als titel “Aanpassing aan de bestaande verbrandingsovens - Elektriciteitsproductie”.

Dat perceel bevat een deel dat onder meer de alternator en een condens-turbine betreft (“mechanica”) en een deel “hoogspanning en energiebouw” (“E & I”).

3. De gunningscriteria zijn volgens het bestek :

“Financieel criterium (55 %)

[...]

- Technische waarde van de aangeboden materialen en diensten (40 %) het opdrachtgevend bestuur en de ontwerper zullen kwaliteit, onderhoudsvriendelijkheid, standaardisatie en lay-out van de aangeboden installatie beoordelen.
- Presentatie, volledigheid en duidelijkheid van het voorgestelde concept en van de offerte (5 %)”.

4. Er volgt een terechtwijzend bericht nr. 1 waarin bepaald is dat het bestek als volgt wordt gewijzigd :

“De aannemers zijn niet verplicht om voor de totaliteit van het project aan te bieden.

De aannemers hebben volgende mogelijkheden :

1. Aanbieden voor het gedeelte ‘mechanica’, met andere woorden het gedeelte turbine en bijhorigheden. De aannemers vullen enkel de meetstaat ‘mechanica’ in. [...]
2. Aanbieden voor het gedeelte ‘E&I’, met andere woorden het gedeelte hoogspanning. De aannemers vullen enkel de meetstaat ‘E&I’ in. [...]
3. Aanbieden voor het gedeelte ‘mechanica’ en het gedeelte ‘E&I’. De aannemers vullen dan wél de volledige meetstaat in. [...]

5. Op 24 juni 2002 worden de offertes geopend.

De vennootschap Alstom Belgium NV blijkt een offerte te hebben ingediend voor beide gedeelten. Voor het gedeelte “E&I” omvat de offerte twee alternatieven, een eerste opgemaakt door NV GTI Electromechanical- en een tweede door NV Cegelec; in geval van gunning zal Alstom met de door het opdrachtgevend bestuur gekozen aannemer voor het gedeelte “E&I” een tijdelijke handelsvennootschap vormen, volgens het bijgevoegd model.

De prijs is :

- voor alternatief 1 : Alstom-GTI Zele : 4.369.721 euro
- voor alternatief 2 : Alstom - Cegelec : 4.747.294 euro.

Voor het gedeelte “E&I” alleen zijn drie offertes ingediend; onder andere door de verzoekende partij en door de NV GTI Electromechanical. De derde inschrijver komt wegens faillissement hierna niet meer ter sprake.

6. Blijkens de notulen van de raad van bestuur “zijn er met de aanbieders verschillende vergaderingen geweest teneinde antwoorden te krijgen op bijkomende vragen en onduidelijkheden”.

Relevant in dat verband is de brief van 12 februari 2003 van Alstom waarbij onder verwijzing naar een vergadering van 5 februari 2003 in de kantoren van de verwerende partij, een herziene meetstaat wordt opgezonden, zijnde de ongewijzigde meetstaat voor het deel mechanica van de turbo-alternatorgroep, de gewijzigde meetstaat voor het deel “mechanica : elektriciteit (levering GTI)” en de gewijzigde meetstaat voor het deel “E&I : laagspanning en hoogspanning (levering GTI)”. Het totale bedrag blijft ongewijzigd aangezien er “enkel een verschuiving plaats vindt van zaken die bij de alternator horen”.

7. Het studiebureau NV Belconsulting stelt op 24 februari 2003 een verslag op.

Daarin is onder meer gesteld hetgeen volgt :

“Deel II : Beoordeling van de offertes volgens de gunningscriteria

Bij de beoordeling zal er telkens een onderscheid moeten gemaakt worden voor de volgende delen :

1. Gedeelte 1 : turbine-alternator (mechanica en Electriciteit tribune)
2. Gedeelte 2 : elektriciteit HS

Voor het gedeelte vermeld onder (1 en 2) heeft de firma Alstom aangeboden met als partner GTI of Cegelec voor de delen Elektriciteit (turbine en HS)
Voor het gedeelte vermeld onder 2 kunnen de firma's GTI en VST worden weerhouden.

Bij de beoordeling van de globale installatie zullen de volgende combinaties beschouwd worden (zie punt II.4.1. en II.4.2.)

Basis	Gedeelte 1 en 2 met als aanbieders Alstom - GTI en Alstom-Cegelec.
-------	--

Basis met keuze aannemer elektriciteit HS	Gedeelte 1 met als aanbieder Alstom en gedeelte 2 met als aannemer ofwel GTI ofwel VST.
---	---

[...]

II.4. : Globaal overzicht van de gunningscriteria

II.4.1. Basis

De gunningscriteria waarmee rekening dient gehouden te worden bij de toewijzing van de opdracht zijn hieronder vermeld :

- Administratieve criteria (5 %)
- Technische criteria (40 %)
- Financiële criteria (55 %)

Volgende tabel geeft een overzicht van de beoordelingcriteria weer :

	Alstom-GTI	Alstom-Cegelec
Presentatie en volledigheid van de offerte	4	3
Technische criteria	36	36
Financiële criteria	55	48,2
Totaal	95	87,2

Hieruit volgt duidelijk dat de inschrijver Alstom-GTI beter is dan de inschrijver Alstom-Cegelec.

II.4.2. Basis met keuze aannemer Elektriciteit HS

De mogelijkheid was ook gegeven om afzonderlijk in te schrijven voor het gedeelte turbine (inclusief deel Elektriciteit turbine) en voor het gedeelte Elektriciteit HS;

Dit werd toegelaten omdat er gevreesd werd dat sommige inschrijvers voor de turbine (vooral afkomstig uit het buitenland) geen onderaannemer zouden vinden voor het deel Elektriciteit HS.

Twee inschrijvers zijn weerhouden voor dit gedeelte, namelijk GTI en VST. Als opmerking kan gesteld worden dat GTI ook te samen met Alstom voor het geheel heeft aangeboden.

De beoordeling van het criteria presentatie en volledigheid van de offerte is reeds aangegeven onder punt II.1.4.

II.4.2.1 Technische waarde van de aangeboden waarden

De beoordeling van de technische criteria omvat de volgende punten

- Kwaliteit : Opbouw van de installatiedelen - kwaliteit van het aangeboden materiaal
- Onderhoudsvriendelijkheid
- Standaardisatie

De technische kwaliteit van de installatiedelen kan als gelijkwaardig beschouwd worden.

De onderhoudsvriendelijkheid van de aangeboden materialen en van de installatie kan ook als gelijkwaardig beschouwd worden.

Standaardisatie :

Hieronder dient wel rekening gehouden te worden met een belangrijk punt, namelijk dat het deel Elektriciteit HS een uiterst belangrijk deel is in de installatie dat zijn invloed laat gelden naar de volledige installatie en zekerlijk naar de goede werking van de turbine.

Voor het parallel werken van de turbine met het openbaar stroomnet is uiterst kritisch en kan aanleiding geven voor ernstige problemen wanneer de wisselwerking tussen turbine en algemeen stroomnet niet overeenstemt.

Daarnaast heeft het gedeelte HS een directe link naar de bestaande verbrandingsinstallatie en naar de recuperatieketel (perceel 1).

De aannemers voor het deel turbine en voor het deel elektriciteit dienen nauw samen te werken met de stroomleverende maatschappij.

Omwille van deze redenen is het wenselijk dat er een goede samenwerking en coördinatie bestaat tussen de aannemers voor de recuperatieketel en de aannemer turbine.

Omwille van deze redenen is het ten zeerste wenselijk dat de werken elektriciteit 'Elek Turbine en Elek HS' uitgevoerd worden door dezelfde aannemer.

Hierbij dient ook vermeld te worden dat :

- GTI voor de recuperatieketel (perceel 1) de aannemer is voor de elektriciteitswerken
- Alstom en GTI zullen voor het deel turbine een tijdelijke vereniging vormen
- VST zal indien hij wordt aangewezen geen tijdelijke vereniging vormen met Alstom

Dit laatste punt impliceert dat de coördinatie bij de studie en bij de uitvoering zal moeten uitgevoerd worden door de opdrachtgever; het inbrengen van een extra 'schakel' zal het verloop van de werken zekerlijk niet gemakkelijker maken.

Volgend besluit kan dan ook genomen worden i.v.m. de technische waarde van het aangeboden materiaal en diensten.

	Alstom-GTI met GTI voor Elek HS	Alstom-GTI met VST voor Elek HS
Technische waarde van het aangeboden materiaal (32 punten)	30	30
Onderhoudsvriendelijkheid (4 punten)	3	3
Standaardisatie (4 punten)	3	1
Totaal (max. 40 punten)	36	34

II.4.2.2. Financiële criteria :

[...]

II.4.2.3. Samenvatting

De samenvatting van de beoordelingscriteria is weergegeven in onderstaande tabel :

	Alstom-GTI met GTI voor Elek HS	Alstom-GTI met VST voor Elek HS
Presentatie en volledigheid van de offerte	4	3
Technische criteria	36	36
Financiële criteria	54,5	55
Totaal	94,5	93

Hieruit blijkt ook dat de inschrijving Alstom met GTI als partner voor alle elektriciteitswerken als de meest logische combinatie naar voor komt.

[...]

Deel III :

Op basis van de conclusies hierboven wordt er voorgesteld om de werken te gunnen aan de inschrijver Alstom-GTI voor een globale prijs van :

- Turbine-alternator-mechanica : 3.280.080,00 euro
- Elektriciteit turbine : 388.143,50 euro
- Elektriciteit HS : 701.498,00 euro
- Levering en montage rolweg voor de rolkraan : 10.500,00 euro
- Totaalprijs (excl. BTW) 4.380.221,50 euro

Totaalprijs (incl. BTW)

5.300.068,20 euro”.

8. De raad van bestuur neemt op 18 maart 2003 de bestreden beslissing die onder meer luidt als volgt :

“[...]

Gelet op de beslissing van de Raad van Bestuur dd/ 26.11.2002 inzake de toewijs van perceel 1 houdende het aanpassen van het huidig systeem van rookgaskoeling, nl. de vervanging van de bestaande waterinjectiekoelers door stoomketels en bijhorend water/stoomcircuit;

[...]

Gelet op het beoordelingsverslag van de offertes dd/ 12.03.2003 opgemaakt door Belconsulting NV waaruit blijkt dat de firma Alstom Belgium NV de voordeligste offerte heeft ingediend met haar alternatief Alstom Belgium NV - G.T.I. NV;

[...]

Overwegende dat de Raad van Bestuur van oordeel is dat uit het voorgaande blijkt dat Alstom Belgium NV de voordeligste offerte heeft ingediend, rekening houdend met de kwalitatieve selectie en de gehanteerde criteria. De motivatie aangehaald in het beoordelingsverslag van het studiebureau dd/ 12.03.2003 wordt volledig onderschreven door de Raad van Bestuur;

[...]

Besluit

Artikel 1 : Het volledige perceel elektriciteitsproductie, bestaande uit én het gedeelte ‘mechanica’ én het gedeelte ‘E&I’ wordt toegewezen aan de firma Alstom Belgium NV uit Muizen refererend naar het totale bedrag volgens de meetstaat van 4.369.721 EUR (excl. B.T.W.), voor het ‘alternatief 1 Alstom-G.T.I.’.

[...]

Artikel 3 : Er is kennis genomen dat ingeval van gunning Alstom een tijdelijke vereniging naar Belgisch recht zal vormen met, in dit geval, de firma G.T.I. De oprichting van die tijdelijke vereniging mag in geen geval enige nadelige invloed hebben op de contractuele verbintenis tussen Alstom en de Opdrachtgever. Alle waarborgen ten voordele van de I.V.M. blijven integraal ten laste van Alstom. De waarborggevende bank dient daarover geïnformeerd te worden en er mee akkoord te gaan.”.

De excepties

9.1. De verwerende partij werpt in haar memorie van antwoord op dat de verzoekende partij niet het rechtens vereiste belang heeft bij haar beroep, aangezien ze wel beweert doch niet bewijst dat zij met de economisch voordeligste offerte zou zijn geëindigd, mochten de door haar beweerde -doch betwistewetschendingen niet zijn begaan, en aangezien bovendien uit het door de verzoekende partij voorgelegde stuk 2 blijkt dat zij enkel zinnens is, en van meet af aan enkel zinnens was, om voor de bevoegde burgerlijke rechtbank een vordering tot schadevergoeding in te stellen wegens beweerde onrechtmatigheid van de bestreden beslissing, doch dat zij geenszins een herstel in natura nastreeft. In haar

laatste memorie meent de verwerende partij in de arresten van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, NV Boucher, nr. 152.172 en NV Amec Spie, NV Belgium, nr. 152.174 van 2 december 2005 voor die stelling steun te vinden en er op algemene wijze te mogen uit afleiden dat “de verzoekende partij, die elke kans om de opdracht in de wacht te slepen heeft verloren, ook geen belang meer heeft bij het door haar met het oog op dat rechtsherstel nagestreefd annulatieberoep”. In die memorie stelt de verwerende partij nog dat de verzoekende partij nooit enig moreel belang aanvoerde, en dat een moreel belang in hoofde van de verzoekende partij niet kan bestaan.

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

Van de verzoekende partij mag, in tegenstelling tot hetgeen de verwerende partij betoogt, niet worden gevraagd dat zij ter staving van haar belang ook nog eens zou aantonen zelf de economisch meest voordelige offerte te hebben ingediend. Ook de omstandigheid dat al dan niet een vordering tot schadevergoeding voor de gewone rechter wordt ingesteld doet aan het voormelde en aanvaarde belang geen afbreuk.

In de voornoemde arresten waar de verwerende partij naar verwijst wordt enkel aan die verzoeker belang ontzegd die geen belangstelling meer blijkt te vertonen voor het zelf nog uitvoeren van de opdracht, doordat hij onder meer de beslissing waarbij de opdracht aan een concurrent wordt toegewezen niet betwist, of verzuimt aan een nieuwe gunningsprocedure deel te nemen - hypothesen die te dezen niet van toepassing zijn : de verzoekende partij vocht de

toewijzingsbeslissing aan en het is niet aan haar toedoen te wijten dat zij heden de opdracht niet meer kan uitvoeren.

Voorts moet een zoals te dezen aangenomen moreel belang worden geacht van bij den beginne te zijn vervat in een beroep tot nietigverklaring van de toewijzingsbeslissing zodat de verzoekende partij dit belang niet expliciet te berde moest brengen.

Ten slotte kan wel degelijk inzake overheidsopdrachten in hoofde van een verzoekende partij die een rechtspersoon is, een gekwalificeerd moreel belang bestaan.

10. In haar laatste memorie brengt de verwerende partij een nieuwe exceptie aan, namelijk dat de offerte van de verzoekende partij onregelmatig zou zijn wegens de niet-ondertekening van de samenvattende opmetingsstaat.

Ongeacht de vraag of dit gebrek te dezen tot een substantiële onregelmatigheid van de offerte moet leiden, wordt de nieuwe exceptie inzake het belang niet aanvaard. Er anders over oordelen zou de Raad van State ertoe verplichten zich vóór zijn beurt over die onregelmatigheid uit te spreken. De reden die in de laatste memorie wordt aangedragen om thans de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig aan te merken, is immers niet in rekening gebracht door de verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing.

De gegrondheid van het beroep

Het standpunt van de partijen

11. De verzoekende partij voert in een eerste middel schending aan van :

“artikel 16 en andere van de wet betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten” [...]

en van

“Artikel 115 en andere van het K.B. dd. 08.01.1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken” [...]

Zij betoogt daartoe :

“Verweerster heeft bij haar besluitvorming betreffende de meest voordelige offerte de voorwaarden van haar Bijzonder Bestek zelf doorbroken door te stellen dat het aangewezen is de volledige opdracht Electriciteitsproductie, zowel het deel ‘Turbine’, als het deel ‘electriciteit - hoogspanning’, aan één aannemer te gunnen.

Het bijzonder Bestek en meer bepaald het terechtwijzend bericht nr 1 dd. 21.03.2002 stelt uitdrukkelijk dat de aannemers niet verplicht zijn om voor de totaliteit van het project aan te bieden.

Bovendien stelt NV Belconsulting in het verslag van nazicht betreffende de technische waarde van de offertes :

De technische kwaliteit van de installatiedelen kan als gelijkwaardig beschouwd worden

De onderhoudsvriendelijkheid van de aangeboden materialen en van de installatie kan ook als gelijkwaardig beschouwd worden.

Door na opening van de offertes een bijkomende voorwaarde c.q. criterium te hanteren, nl de uitvoering van de volledige opdracht Electriciteitsproductie aan één aannemer te gunnen, heeft verweerster de gelijkheid tussen de inschrijvers verbroken en de inhoud van haar terechtwijzend bericht nr 1 miskend. Verzoekster, die overeenkomstig het Bijzonder Bestek, slechts voor het gedeelte electriciteit - hoogspanning een offerte heeft ingediend, wordt hierdoor benadeeld. Dit geldt des te meer, daar verzoekster, misleid door het terechtwijzend bericht nr 1, verzaakt heeft aan het indienen van een offerte voor het gedeelte ‘Mechanica’ (=turbine), terwijl zij dit wel had kunnen doen, minstens in samenwerkingsverband met een ander vennootschap”.

12. In haar memorie van antwoord doet de verwerende partij daartegen gelden :

“Immers werd weliswaar ingevolge het terechtwijzend bericht nr. 1 aan de inschrijvers toegelaten om enkel aan te bieden of voor het gedeelte ‘Mechanica’ of voor het gedeelte ‘E&I’, doch daardoor werd niets gewijzigd aan het bepaalde in artikel 115 bijzonder bestek m.b.t. de gunningscriteria die bij de beoordeling van de meest voordelige offerte in aanmerking zouden worden genomen.

Aldus bleef, niettegenstaande de geboden mogelijkheid om voor elk van de voornoemde delen afzonderlijk in te schrijven, dan wel gezamenlijk voor de twee delen te bieden, het in artikel 115 bijzonder bestek vermelde criterium van ‘standaardisatie’ volkomen van toepassing, tevens het ook in artikel 115 vermelde in aanmerking te nemen voordeel, dat de coördinatietaak en dito kost, die zou spelen ingeval van gunning aan diverse aannemers, ingeval van uitvoering door dezelfde aannemer zou wegvallen.

Uit het door de verzoekende partij in haar verzoekschrift aangehaalde citaat uit het verslag van NV Belconsulting blijkt niet meer of minder dan dat men met voormelde wel degelijk in artikel 115 bijzonder bestek vermelde criteria rekening heeft gehouden.

Uiteraard heeft het criterium ‘standaardisatie’ als voorwerp : een zo groot mogelijke uniformisering of eenheid qua inhoud van het gehele uit te voeren werk bekomen. Dat impliceert vanzelfsprekend dat inschrijvers, wiens offerte inhoudelijk het meest aansluit bij de andere percelen of delen, hier een betere beoordeling krijgen. Uiteraard hebben de inschrijvers, die tegelijkertijd voor diverse percelen of delen inschrijven hier aldus een voordeel, want sluiten hun

diverse offertes voor de diverse percelen/delen vanzelfsprekend 100 % aan elkaar aan en voldoen zij dus aan de beoogde eenheid of uniformiteit. De inschrijvers wisten dat op voorhand, nu zulks hen expliciet ter kennis was ingevolge dit in artikel 115 bijzonder bestek uitdrukkelijk opgenomen criterium.

Bovendien was in artikel 115 bijzonder bestek bij de gunningscriteria ook uitdrukkelijk voorzien dat bij uitvoering van diverse percelen en delen door dezelfde aannemer, de anders noodzakelijk coördinatietaak en -kost wegvalt, en dus als voordeel bij het beoordelen van de economisch meest voordelige offerte in aanmerking te nemen was.

Van enige misleiding ingevolge het terechtwijzend bericht nr. 1 en de geboden mogelijkheid afzonderlijk te bieden voor het gedeelte 'mechanica' of het gedeelte 'E&I', zoals de verzoekende partij voorhoudt, is evenmin sprake, nu er voor het overige aan het bijzonder bestek, in het bijzonder artikel 115, niet werd geraakt.

De gelijkheid tussen de inschrijvers werd evenmin verbroken, nu alle inschrijvers én de inhoud van het bijzonder bestek én de inhoud van het terechtwijzend bericht kenden, en aldus wisten dat zij, ofwel voor één der delen afzonderlijk, dan wel voor beide delen samen konden inschrijven, doch hen daarbij ter kennis was dat 'standaardisatie' één der gunningscriteria bleef, tevens het voordeel dat bij uitvoering door een aannemer van meerdere percelen/delen de coördinatietaak en -kost wegviel.

[...]

Ook in casu is het minstens duidelijk dat de motivering, zoals door de verzoekende partij geciteerd uit het beoordelingsverslag, duidelijk een besparing aantoonde ingeval eenzelfde aannemer diverse delen/percelen uitvoert, en dus een gunstige weerslag heeft op de prijs".

13. De verzoekende partij betoogt in haar memorie van wederantwoord :

"Verweerster beweert ten onrechte dat zij de opdracht gegund heeft op grond van criteria vermeld in artikel 115 van het Bijzonder Bestek, meer bepaald het criterium van de 'standaardisatie'. In de optiek van verweerster zou dit criterium een verwijzing naar de coördinatie tussen de verschillende percelen inhouden.

Het criterium 'standaardisatie' heeft niets te maken met het feit dat de coördinatie tussen de verschillende percelen van de opdracht, zoals verweerster het poogt voor te stellen. In het prijsberekening heeft elk van de inschrijvers reeds de kost voor de coördinatie ingecalculeerd. Dit was immers uitdrukkelijk voorzien in het Bijzonder Bestek (p. 10 Bijzonder Bestek) : elke aannemer diende een verantwoordelijke voor de coördinatie aan te duiden. Bijgevolg, indien één aannemer twee percelen zou uitvoeren, zou dit helemaal geen kostenbesparing meebrengen, gezien de kostprijs reeds in de prijs opgenomen is.

In het Bijzonder bestek wordt overigens niet vermeld dat de gunning aan één aannemer als criterium zal gehanteerd worden : het Bijzonder Bestek vermeldt enkel dat, in geval van samenvoeging der percelen, de taken i.v.m. coördinatie, zoals opgelegd door het Bijzonder Bestek aan de aannemers, voor de samengevoegde percelen wegvallen (p. 10) :

De vier percelen van het project worden tegelijkertijd uitgevoerd en hebben eenzelfde einddatum. Indien meerdere percelen worden uitgevoerd

door dezelfde aannemer, vallen de taken i.v.m. coördinatie tussen de betreffende percelen weg.

Bovendien bepaalt het Bijzonder Bestek uitdrukkelijk (P. 10) :

De evaluatie van de offertes wordt uitgevoerd per perceel.

Door bij de beoordeling van de offertes rekening te houden met het feit dat bepaalde inschrijvers ook voor een ander perceel hadden ingeschreven, heeft verweerster gehandeld in strijd met haar eigen bepalingen. In het verslag vermeldt verweerster of haar aangestelde (verslag p. 14) :

Als opmerking kan gesteld worden dat GTI ook te samen met Alstom voor het geheel heeft aangeboden.

Met deze opmerking is de toon voor het verslag gezet en heeft verweerster duidelijk haar keuze laten beïnvloeden door de inschrijver voor het geheel, dit terwijl :

- De inschrijvers voor één perceel mochten inschrijven en dit onvoorwaardelijk
- De offertes duidelijk voor elk perceel afzonderlijk dienden te worden geëvalueerd, zonder rekening te houden of deze inschrijver voor nog een perceel ingeschreven had

Verweerster heeft Alstom van meetaf aan willen begunstigen bij de beoordeling van de offertes.

Cijfermatig betreffend de puntenscores

De installatie opgenomen in de offerte van concludante bleek op technisch gebied van dezelfde kwaliteit als de door Alstom aangeboden installatie. De installatie van concludante voldeed bijgevolg aan alle vereisten van het Bijzonder Bestek en voldeed bijgevolg aan de norm van de standaardisatie. Ten onrechte heeft de aangestelde van verweerster de offerte van concludante op technisch gebied ondergewaardeerd ten aanzien van de offerte van Alstom.

Gezien de installaties van beide inschrijvers volkomen gelijkwaardig zijn, dienen ze gelijkwaardig te worden beoordeeld. De installatie van concludante verdient bij de technische beoordeling bijgevolg eenzelfde puntenscore voor standaardisatie als de installatie van Alstom, nl. 3 punten, zodat het totale puntenaantal bij de technische beoordeling voor beide inschrijvers 36 punten bedraagt. Na beoordeling van de financiële criteria, behaalt concludante een totale score van 95 punten ten aanzien van 94,5 voor Alstom.

Verweerster had de opdracht bijgevolg aan concludante dienen te gunnen”.

14. De verwerende partij stelt nog in haar laatste memorie :

“Vanuit technisch oogpunt was het aldus geheel logisch dat men, zowel voor de turbine als voor de recuperatiestoomketels, als nieuw in te voegen mechanische onderdelen in de bestaande installatie, voor het bekomen van de beoogde standaardisatie keek naar de aansluiting ervan op de reeds aanwezig zijnde apparaten en materialen van de installatie.

Voor het deel ‘electriciteit Hoogspanning’ was het evenwel technisch gezien evenzeer de logica zelf, nu deze nieuwe aan te leggen electriciteitsvoorzieningen en aan te leggen electriciteitsnet aansloot op de te leveren turbine en eveneens op de leveren en plaatsen recuperatieketels, uitgevoerd als perceel 1, dat men onder ‘standaardisatie’ ging kijken naar zoveel mogelijk uniforme aansluiting bij zowel de turbine in perceel 2 als bij perceel 1, en zo mogelijk naar een zelfde aannemer (maximale eenheid) voor de electriciteit van perceel 1 en de electriciteit van perceel 2. Een zelfde installateur geeft zekerheid van uniformiteit, wat voor de verwerende partij ook grotere bedrijfszekerheid van haar installatie meebrengt : de percelen 1 en 2 zijn immers onafscheidelijk met elkaar verbonden : het uitvallen van de alternator

doet de turbine uitvallen, zodat ook de stoom niet meer kan worden afgevoerd etc.

In het gunningsverslag wordt uitdrukkelijk niet alleen overwogen dat GTI, als onderaannemer van Alstom, ook zou instaan voor de (beperkte) electriciteitswerken voor het deel Turbine, wat alleen al belangrijk is in het kader van eenheid en uniformiteit binnen het perceel 2 zelf, maar bovendien dat GTI ook de aannemer was van electriciteitswerken voor perceel 1, recuperatieketel.

De inschrijvers kenden dit gunningscriterium van ‘standaardisatie’ dat integraal van toepassing bleef, niettegenstaande de bij terechtwijzend bericht geboden mogelijkheid aan de aannemers om afzonderlijk voor de twee delen van perceel 2 in te schrijven, en wisten dus dat deze inschrijvers die voor meerdere percelen (en na het terechtwijzend bericht voor de twee delen) inschreven hier een voordeel zouden hebben omdat zij beter konden scoren wat betreft de beoogde eenheid of uniformiteit. Zeker wat perceel 2 betreft, wist elke inschrijver bij het lezen van het bijzonder bestek dat het deel electriciteit HS technisch onafscheidelijk was verbonden met het deel Turbine en bijhorende electriciteit.

De stelling van de heer Eerste Auditeur dat het onlogisch zou zijn het begrip ‘standaardisatie’ zo in te vullen, omdat de keuze dan mee bepaald wordt door de (eerdere) keuze voor de andere percelen, kan evenmin worden aanvaard.

Heel vaak wordt toch bij offerteaanvragen en opdrachten die gesplitst zijn in diverse percelen aan de inschrijvers de mogelijkheid gegeven om bijv. kortingen te geven ingeval van gunning van diverse percelen, en ook dan kan de eerdere beslissing voor het eerste perceel mee bepalend zijn voor de keuze van toewijzing voor een later perceel.

[...]

In tegenstelling tot wat in het auditorsverslag wordt gesteld, kan de verwerende partij zich bovendien ook wel degelijk met gunstig gevolg beroepen op de besteksbepalingen inzake coördinatie, die expliciet onder ‘artikel 115 Gunningscriteria’ zijn vermeld.

De verwerende partij meent dat in het auditorsverslag ten onrechte wordt gesteld dat deze bepalingen inzake coördinatie enkel gelden voor wat betreft de coördinatie tussen de vier percelen, doch niet tussen de twee delen van perceel 2, omdat er in het bestek alleen sprake is van ‘percelen’ en het bestek terzake niet werd gewijzigd door het terechtwijzend bericht.

Veeleer dan zich te houden aan de letterlijke tekst van de besteksbepaling, waar inderdaad sprake is van ‘percelen’, nu op het ogenblik van de redactie van het bestek nog geen sprake was van 2 delen in perceel 2, moet men toch rekening houden met de werkelijke bedoeling van de kwestieuze besteksbepaling: dat is toch duidelijk dat bij uitvoering door dezelfde aannemer van diverse onderdelen van de globale geplande veranderingswerken (of dat nu om percelen of delen binnen een perceel gaat) de coördinatietaak en dito kost wegviel en zulks als voordeel bij de gunning in aanmerking kwam.

Het zou toch volstrekt onlogisch zijn geen rekening te houden met de coördinatietaak en dito kost tussen de twee delen perceel 2, en enkel tussen de percelen onderling. De verwerende partij meent aldus dat zij terecht ook op die bepalingen inzake coördinatie beroep kan doen voor wat betreft de twee delen van perceel 2 onderling.

Bovendien en alleszins aanvaardt de heer Eerste Auditeur in zijn verslag dat deze besteksbepalingen inzake coördinatie wel gelden voor wat betreft de coördinatie tussen de verschillende percelen onderling. Aldus kon de verwerende partij zich daarop alleszins met gunstig gevolg beroepen wat betreft de vaststelling dat GTI ook de aannemer is voor perceel 1 ‘recuperatieketel’.

Inderdaad wordt in het gunningsverslag precies als gunstiger voor GTI aangevoerd dat zij ook de aannemer is van perceel 1 recuperatieketel, zodat hier onbetwistbaar terecht werd aanvaard dat de offerte van GTI beter scoorde dan die van de verzoekende partij.

Zeker voor wat betreft de werken van electriciteit zou het toevertrouwen van deze werken aan verschillende aannemers voor perceel 1 en perceel 2 voor het bestuur heel wat extra coördinatie betekenen, alsook belangrijke kosten (bijv. het betalen van extra coördinatoren etc.) : de regeling van de electriciteit voor perceel 1 en perceel 2 moest perfect op elkaar worden afgestemd om de hele energierecuperatie, via stoomketels en omzetten van stoom in electriciteit via de turbine, zeker te maken”.

Bespreking van het middel

15. Initieel heeft de verwerende partij een offerteaanvraag uitgeschreven voor het geheel van perceel 2 : in het bestek is bij het gunningscriterium van de technische waarde (40 %) bepaald dat “kwaliteit, onderhoudsvriendelijkheid, standaardisatie en lay-out van de aangeboden installatie” zullen worden beoordeeld.

De verwerende partij wijzigt vervolgens het bestek met het terechtwijzend bericht nr. 1 in die zin dat de inschrijvers niet verplicht zijn voor de totaliteit van het perceel 2 een offerte in te dienen maar zij de mogelijkheid hebben een offerte in te dienen ofwel voor het geheel, ofwel voor het deel mechanica, ofwel voor het deel elektriciteit-hoogspanning. Blijkens II.4.2. van het verslag van de ontwerper werd afzonderlijk inschrijven toegelaten “omdat er gevreesd werd dat sommige inschrijvers voor de turbine (vooral afkomstig uit het buitenland) geen onderaannemer zouden vinden voor het deel elektriciteit HS”.

Enkel NV Alstom Belgium schrijft in voor de beide gedeelten. Voor het deel elektriciteit bevat haar inschrijving twee prijzen, al naargelang op onderaannemer NV GTI Electromechanical of onderaannemer NV Cegelec een beroep zal worden gedaan.

Voor dat deel elektriciteit zijn er ook twee andere inschrijvingen waaronder deze van de verzoekende partij.

Wat het deel elektriciteit betreft, wordt de offerte van Alstom gecombineerd met deze van GTI, vergeleken met de offerte van Alstom gecombineerd met deze van de verzoekende partij.

De punten worden toegekend als volgt :

- Alstom met GTI : 94,5
- Alstom met de verzoekende partij : 93.

De verschillen zijn gesitueerd in :

- het financieel criterium : Alstom met GTI 54,5 punten en Alstom met de verzoekende partij 55 punten.
- het technisch criterium, evenwel in het “subcriterium” van de standaardisatie, met een maximum van 4 punten, waar Alstom met GTI 3 punten krijgt en Alstom met de verzoekende partij 1 punt. De motivering voor dat verschil is “dat de aannemers voor het deel turbine en voor het deel elektriciteit [nauw] dienen samen te werken met de stroomleverende maatschappij” en dat het daarom “wenselijk is dat er een goede samenwerking en coördinatie bestaat tussen de aannemers voor de recuperatieketel en de aannemer turbine” en dat het omwille van deze redenen “ten zeerste wenselijk [is] dat de werken elektriciteit ‘Elek Turbine en Elek HS’ uitgevoerd worden door dezelfde aannemer” en dat “GTI voor de recuperatieketel (perceel 1) de aannemer [is] voor de electriciteitswerken”, “Alstom en GTI voor het deel turbine een tijdelijke vereniging vormen [zullen]” en de verzoekende partij indien ze wordt aangewezen, “geen tijdelijke vereniging [zal] vormen met Alstom”.

De verzoekende partij blijkt aldus 2 punten minder te krijgen op het subcriterium standaardisatie omdat zij niet samenwerkt met Alstom of anders gezegd verkrijgt Alstom met GTI 2 punten meer dan de verzoekende partij omdat GTI de aannemer is van perceel 1.

Door het begrip standaardisatie in te vullen zoals de verwerende partij heeft gedaan, is echter een nieuw (sub)criterium ingevoegd in de door haar in het bestek vastgestelde gunningscriteria. Hoewel in het bestek niet bepaald is hoe het begrip ‘standaardisatie’ dient te worden begrepen, mag het te dezen zeker niet worden ingevuld zoals de verwerende partij heeft gedaan. Onder punt “II.2.1.5.-standaardisatie”, van het verslag van de ontwerper blijkt hoe dat begrip dient te worden begrepen, zijnde “rekening gehouden met de reeds voorhanden types van apparaten en materialen op de huisvuilverbrandingsinstallatie voor zover deze aangewend zijn voor analoge doeleinden”, anders gezegd het aansluiten op de reeds aanwezig zijnde -en aanwezig blijvende- types van apparaten en materialen en niet het aansluiten bij de aangeboden types van apparaten of materialen door inschrijvers

voor een ander perceel of voor een ander deel aan wie dat respectieve perceel of deel wordt toegewezen. Immers, die laatste optie zou gevaar voor willekeur inhouden aangezien dan de puntentoekenning voor standaardisatie afhankelijk zou zijn van en bepaald zou worden door de volgorde waarin besloten wordt tot de keuze van de meest voordelige offerte voor de onderscheiden percelen of delen.

De verwerende partij kan zich ook niet met gunstig gevolg beroepen op de bepalingen in het bestek inzake coördinatie. In het initieel bestek, vóór het terechtwijzend bericht, is bepaald (blz. 10) dat indien de percelen aan verschillende aannemers worden gegund, er een “coördinatie [zal] moeten gebeuren tussen de aannemers, onder leiding van het opdrachtgevend bestuur”, hetgeen betekent een coördinatie tussen de vier percelen, indien ze zouden worden toegewezen aan verschillende aannemers. Het bestek is op dat punt niet gewijzigd door het terechtwijzend bericht zodat de bepalingen inzake coördinatie niet kunnen gelden voor de mogelijkheid geboden door dat bericht om een offerte in te dienen ofwel voor de totaliteit ofwel voor het deel mechanica ofwel voor het deel elektriciteit, hetgeen inhoudt dat het hier niet gaat om een splitsing in twee gedeelten van perceel 2.

Het hanteren van de gunningscriteria is dus niet deugdelijk gebeurd. Het eerste middel is gegrond.

16. De gegrondheid van het middel houdt in dat de bestreden toewijzingsbeslissing is genomen met schending van het in het middel aangevoerd artikel 16, nu niet vaststaat dat de gekozen inschrijver deze is met de voordeligste regelmatige offerte.

De eerste bestreden beslissing dient dus te worden nietigverklaard.

17. Wat de tweede bestreden -impliciete- beslissing betreft om de in het geding zijnde opdracht niet aan de verzoekende partij toe te wijzen, moet worden vastgesteld dat te dezen de gevolgde procedure deze van de algemene offerte-aanvraag is. De opdrachtgevende overheid beschikt daarbij krachtens artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, over enige beslissingsvrijheid bij haar keuze van de meest voordelige offerte op grond van de gestelde gunningscriteria. Aldus is het in principe eerst aan haar om te

beslissen over de punten die moeten worden toegekend bij de toetsing aan de hand van het subcriterium “standaardisatie”. Zij zal daartoe ook moeten uitmaken -dit alles in voorkomend geval virtueel- of de offerte van Alstom, doordat ze een alternatief inhiel met twee verschillende prijzen, regelmatig was. In het auditoraatsverslag wordt alvast van een nietigheid van die offerte uitgegaan.

Het blijkt niet dat er te dezen bijzondere redenen zijn die de Raad van State ertoe verplichten op dat oordeel vooruit te lopen, laat staan om vast te stellen, zoals de verzoekende partij vraagt, dat het bestuur de opdracht aan haar had “dienen te gunnen”.

Het beroep wordt afgewezen in zoverre het de tweede bestreden beslissing betreft.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van 18 maart 2003 van de Intercommunale Vereniging voor Huisvuilverwijdering Meetjesland IVM CV waarbij het gedeelte “E&I” van het perceel elektriciteitsproductie, betreffende de aanpassing aan de bestaande verbrandingsovens, aan de inschrijver NV Alstom-Belgium wordt toegewezen.

Artikel 2.

Het beroep wordt voor het overige verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 350 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
negenentwintig mei 2008, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.