

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 186.386 van 19 september 2008

in de zaak A. 189.424/XII-5526.

In zake : de BVBA L3M ARCHITECTENVENNOOTSCHAP,
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 Architectenvennootschap op 23 augustus 2008 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van :

- “1. De expliciete beslissing dd. 27 juni 2008 van het Bestuurscollege van de Hogeschool Gent houdende de toewijzing aan de NV Bureau Bouwtechnieken, Kammenstraat 18 te 2000 Antwerpen van de dienstenoopdracht - 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).
2. en met samenhang: de impliciete beslissing dd. 27 juni 2008 van het Bestuurscollege van de Hogeschool Gent houdende de niet-toewijzing aan de BVBA L3M Architectenvennootschap L3M van de dienstenoopdracht - 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 25 augustus 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 1 september 2008, om 11.00 uur;

Gelet op het faxbericht van 2 september 2008 waarbij de zaak wordt uitgesteld tot de terechtzitting van 9 september 2008 om 11.30 uur;

Gehoord het verslag van staatsraad J. Lust;

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

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur L. Vermeire;

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 tweede gunningscriterium 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.

Op grond van een aanbestedingsverslag van 22 februari 2008, wijst het bestuurscollege van de verwerende partij de opdracht bij beslissing van 14 maart 2008 toe aan de NV Bureau Bouwtechniek.

Die beslissing wordt door de Raad van State met arrest nr. 183.362 van 26 mei 2008 in haar tenuitvoerlegging geschorst omdat “de puntentoekenning voor het tweede gunningscriterium, “Planning”, onbevattelijk en duister is”.

Het bestuurscollege trekt de beslissing van 14 maart 2008 op 27 juni 2008 in.

Op basis van een nieuw, 20 juni 2008 gedateerd, aanbestedingsverslag, beslist het bestuurscollege op 27 juni 2008 opnieuw om de opdracht aan de NV Bureau Bouwtechniek toe te wijzen.

De grondvoorwaarden voor een schorsing

2. Krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de Raad slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging besluiten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten akte of verordening kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden akte of verordening een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

De voorwaarde van de ernstige middelen

Eerste middel

3. Een eerste middel is “genomen 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 het bijzondere bestek nr. IB/KW/07.26 en uit schending van de materiële en de formele motiveringsplicht zoals opgelegd door 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 gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het non-discriminatiebeginsel en het transparantiebeginsel, en uit machtsafwending. Doordat, *eerste en tweede onderdeel*, de verwerende partij in zijn tweede gunningscriterium meerdere

subgunningscriteria hanteert in haar tweede gunningscriterium; Doordat, *derde onderdeel*, de verwerende partij aan de subgunningscriteria van het tweede gunningscriterium een bepaalde weging toekent die de schrijvers zelf na de gunning onbekend is”.

Met betrekking tot het eerste onderdeel wordt in essentie toegelicht dat het bestek in twee gunningscriteria voorziet: de procentuele prijs en de planning, dat, in verband met de planning, het bestek alleen de opdracht geeft om een uitvoeringstermijn voor te stellen en de erbij horende realistische planning te maken, dat het aanbestedingsverslag, bij de bespreking van het tweede gunningscriterium, de inschrijvingen toetst aan onder andere de vormelijke presentatie van de planning, de termijn, de motivering en soms ook aan de samenstelling van het projectteam, en dat de verwerende partij aldus rekening houdt met tal van andere criteria dan de realisatietermijn. Was dat niet gebeurd dan had verzoekster voor het gunningscriterium minstens evenveel punten moeten krijgen als de NV Bureau Bouwtechniek en dan moest zij de opdracht hebben gekregen.

Aangaande het tweede onderdeel zet verzoekster uiteen dat van de gehanteerde subgunningscriteria geen enkele weging is gegeven “dit tot na de eigenlijke opening van de offertes”, dat hierdoor de weging en de beoordeling van het tweede gunningscriterium volledig arbitrair kan geschieden, dat weliswaar de verwerende partij een wegingsmechanisme heeft uitgewerkt “waarbij de inhoudelijke motivatie van de uitvoeringstermijn wordt beoordeeld volgens een schakering van ‘uiterst onvoldoende (0pt)’, ‘onvoldoende (12pt)’, ‘voldoende (20pt)’, over ‘behoorlijk (28pt)’ tot ‘uitmuntend (36pt)’”, maar dat niet geweten is aan welke vereisten of criteria voldaan moet worden om onder deze of gene schakering te vallen.

Wat het derde onderdeel betreft, verklaart verzoekster dat het relatief gewicht van de diverse subcriteria van het tweede gunningscriterium zelfs na de gunning niet duidelijk is, hetgeen totale willekeur toelaat en de gunning volkomen arbitrair maakt.

4. Elk van de drie onderdelen lijkt ervan uit te gaan dat de verwerende partij te dezen bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium gebruik heeft gemaakt van subgunningscriteria. Namelijk zou de verwerende partij zich bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium “Planning” bediend hebben van deelmaatstaven als “vormelijke presentatie van de planning”, “motivering” en “samenstelling van het projectteam”.

5. Een gunningscriterium -ook een subgunningscriterium- is op het eerste gezicht een beoordelingsnorm, een toetssteen, een kenmerk waaraan wordt afgemeten. Opdat daarvan sprake kan zijn, lijkt het te moeten gaan om een vooraf bedacht gegeven waarmee de inschrijvingen min of meer stelselmatig worden vergeleken.

Het tweede gunningscriterium is, blijkens het bestek, een realistische planning, waardoor een vlotte opvolging verzekerd is en die blijk geeft van een efficiënte werking, essentieel voor een professionele samenwerking. In het aanbestedingsverslag bespreekt verwerende partij de planning die de verschillende inschrijvers hebben voorgesteld, om finaal elke planning te waarderen met: uitmuntend, behoorlijk, voldoende, onvoldoende of uiterst onvoldoende, hetzij met, respectievelijk: 36, 28, 20, 12 of 0 punten.

In die besprekingen, of motiveringen van de toegekende score, komt onder andere ter sprake hoe de betrokken planningen per project eruit zien en omschreven zijn, of en hoe zij verantwoord worden, in welke termijnen wordt voorzien en wat het bestuur daarvan vindt, welk projectteam eventueel wordt voorgesteld. Voor de NV Bureau Bouwtechniek concludeert verwerende partij dat duidelijk is gemaakt dat de planning, die doet blijken van een efficiënte werking, realistisch is en dat een vlotte opvolging wordt verzekerd. In het geval van verzoekster is de conclusie dat “het realistisch zijn van de planning nog net als goed kan worden beoordeeld”. De NV Bureau Bouwtechniek krijgt de quotering “uitmuntend” en dus 36 punten; verzoekster de quotering “behoorlijk” en dus 28 punten.

6. Vooralsnog blijkt niet met een minimale zekerheid dat de verwerende partij de beoordeling en quotering van de inschrijvingen wat het gunningscriterium “Planning” betreft, zou hebben uitgevoerd door de ingediende offertes volgens een soort van vast patroon te onderzoeken op van tevoren vastgestelde kenmerken.

Zoals vereist, vermeldt de verwerende partij de gunstige of minder gunstige elementen die haar ertoe gebracht hebben om de merites van de ingediende offertes, op het stuk van een realistische planning, getuigend van een efficiënte werking, als uiterst onvoldoende, onvoldoende, voldoende, behoorlijk of uitmuntend te waarderen. Maar tenminste in de huidige stand van zaken lijken die elementen niet terug te gaan op een enigszins planmatige toetsing -weze het eventueel heimelijk- van de offertes aan een of meer vooropgezette voorwaarden of subcriteria.

Verwerende partij lijkt zich bij de quotering voor het tweede gunningscriterium “Planning” niet te hebben bediend van subgunningscriteria.

7. Voorts -en onder het voorbehoud dat het derde middel niet ernstig is- lijken de elementen die de verwerende partij in haar motivering van de toegekende scores heeft opgenomen, relevant ter appreciatie in welke mate de inschrijver -zoals het bestek vergt- heeft voorzien in een realistische planning die aan het bestuur een vlotte opvolging waarborgt en doet blijken van een efficiënte werking, en vermogen deze elementen de uitgebrachte quoteringen op het eerste gezicht voldoende te verantwoorden. Inzonderheid doet de verwerende partij, door met die elementen rekening te houden, geen afbreuk aan het arrest nr. 183.362 van 26 mei 2008, dat in wezen enkel hierop steunt “dat de puntentoekenning voor het tweede gunningscriterium, “Planning”, onbevattelijk en duister is”.

8. Het eerste middel is, onder het voormelde voorbehoud, in zijn drie onderdelen niet ernstig.

Tweede middel

9. Verzoeker 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 het bijzondere bestek nr. IB/KW/07.26, 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. Doordat, *eerste onderdeel*, verwerende partij in haar motivering stelt dat de NV Bureau Bouwtechnieken voor het tweede gunningscriterium gequoteerd dient te worden als uitmuntend, nu de planning is weergegeven in een weekkalender, de termijnen als goed moeten worden bestempeld, een projectteam wordt voorgesteld en er sprake is van een ‘verantwoorde’ motivering die de planning realistisch maakt en een efficiënte werking garandeert[t]; Doordat, *tweede onderdeel*, voor de evaluatie van het tweede gunningscriterium ‘Planning’ naderhand -na de opening van de offertes- punten werden toegekend op grond van een formule/wegingsmechanisme die ‘voorafgaandelijk’ in het geheel niet werd bekendgemaakt, noch werd aangenomen vóór de opening van de ingediende offertes; Dat zelf op heden niet duidelijk is hoe die formule/wegingsmechanisme eruit ziet”.

Aangaande het eerste onderdeel doet verzoekster vier ongerijmdheden gelden: de NV Bureau Bouwtechniek krijgt voor het tweede criterium de quoterings “uitmuntend” niettegenstaande zij een fout maakte in de planning “door bij iedere opgegeven termijn de duur van het nazicht door het bestuur te vergeten”; de NV Bureau Bouwtechniek en verzoekster scoren evengoed wat de voorgestelde uitvoeringstermijn betreft, maar de eerste krijgt meer punten; de CVBA Architectenbureau Van Acker & Partners krijgt dezelfde quoterings als verzoekster ofschoon de termijn die de eerste vooropstelde voor project 3 “extreem lang” werd beschouwd en verzoeksters planning geen dergelijk opmerking opliep; de NV Bureau Bouwtechniek en de CVBA Baro worden verschillend gequoteerd terwijl, volgens de conclusie van de verwerende partij, in de beide gevallen blijkt dat de planning realistisch is en een vlotte opvolging verzekert.

Met betrekking tot het tweede onderdeel zet verzoekster wezenlijk uiteen dat het een mysterie is hoe de verwerende partij de verscheidene subcriteria heeft beoordeeld en gewogen om de inschrijvers in de niveaus uiterst onvoldoende, onvoldoende, voldoende, behoorlijk en uitmuntend in te delen, dat wanneer alleen rekening was gehouden -zoals voor de hand lag- met het criterium van de realisatietijd, verzoekster minstens evengoed gescoord zou hebben als de NV Bureau Bouwtechniek, dat verwerende partij “-ingevolge de aan haarzelf toegeëigende vrijheid om naderhand te kiezen voor een welbepaalde formule- het belang van de motivering in de uiteindelijke beoordeling vrij heeft kunnen vergroten of verkleinen”, en dat het niet voorafgaandelijk bekendmaken van de formule voor de puntentoekenning ertoe geleid heeft dat de aanbestedende overheid een formule/wegingsmechanisme heeft opgesteld en toegepast “in functie van het ‘gewenste’ resultaat”.

10. Het eerste onderdeel van het middel lijkt te berusten op een bepaald selectieve en onvolledige lezing van de argumentatie in het aanbestedingsverslag.

Met betrekking tot de planning die de NV Bureau Bouwtechniek voorstelde werden, naast de in het middel vermelde fout, nog vele andere vaststellingen gedaan. Het is voorlopig niet aangetoond dat, bekeken in het licht van alle gedane vaststellingen, de quoterings uitmuntend redelijkerwijze onverantwoord is.

Inderdaad beoordeelde de verwerende partij de termijn die de NV Bureau Bouwtechniek en verzoekster voorstelden tussen de start- en indieningsdatum van de eerste versie voor elk project, in de twee gevallen als goed. Evenwel was de beoordeling van beider offertes niet tot dat punt beperkt. In het middel wordt op het eerste gezicht niet aannemelijk gemaakt dat de andere in overweging genomen elementen niet genoegzaam het verschil in gegeven punten vermogen te verantwoorden.

Ook de opmerking in het aanbestedingsverslag, jgens de CVBA Architectenbureau Van Acker & Partners, dat de voorgestelde termijn voor project 3 extreem lang is, staat niet alleen. Daarnaast doet de verwerende partij met betrekking de CVBA ook nog andere vaststellingen, van positieve strekking. Alle opmerkingen tezamen genomen, lijkt het niet onverstaanbaar en onredelijk dat aan de CVBA, net als aan verzoekster, de beoordeling “behoorlijk” is gegeven.

Ten onrechte, tenslotte, doet verzoekster het voorkomen alsof de verwerende partij voor zowel de NV Bureau Bouwtechniek als de CVBA Baro tot de eendere conclusie kwam dat zij een verantwoorde motivering opstelden “die de planning realistisch maakt”. In het geval van de eerste, immers, is er sprake van een realistische planning “voor de volledige opdracht”; in het geval van de tweede, daarentegen, enkel van een realistische planning “voor de studie”.

Het eerste onderdeel van het tweede middel is niet ernstig.

11. Het tweede onderdeel van het tweede middel overlapt grotendeels het eerste middel. Zoals hiervoor in verband met dit eerste middel is aangenomen, blijkt vooralsnog niet dat verwerende partij subcriteria heeft gehanteerd bij de toetsing aan het tweede gunningscriterium en vinden de toebedeelde quoteringen -onder het voorbehoud dat het derde middel ernstig is- ogenschijnlijk een voldoende steun in de elementen die ter motivering ervan zijn vermeld.

Dat in die motiveringen niet alleen aandacht is besteed aan de realisatietijd, zoals verzoekster blijkbaar had gewild, mag op het eerste gezicht niet verwonderen en lijkt niet verkeerd. Door het bestek wordt inzake het tweede gunningscriterium immers een “realistische planning” vereist, met verwijzing onder meer naar de garantie van een vlotte opvolging en een efficiënte werking.

Het tweede onderdeel is niet ernstig.

Derde middel

12. Een derde middel is “genomen uit schending van de artikels 68 tot en met 71 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessie van openbare werken en uit machtsafwending. Doordat, verwerende partij in haar subcriterium ‘motivatie’ op zoek gaat naar een inhoudelijke motivatie teneinde na te gaan of de kwestieuze inschrijver een efficiënte werking kan garanderen. Terwijl, dit subgunningscriterium hoofdzakelijk gericht is op de waarborging van de goede uitvoering van de betrokken opdracht; Dat het derhalve een criterium betreft [dat] verband houd[t] met de ‘geschiktheid’ van de inschrijvers om deze opdracht uit te voeren en dus geen gunningscriterium is, maar een selectiecriterium”.

13. Naar het oordeel van verzoekster heeft verwerende partij bij de beoordeling van de intrinsieke waarde van de offertes aan de hand van het tweede gunningscriterium, een verboden toets van de geschiktheid van de inschrijver uitgevoerd, door meer bepaald het subcriterium “motivatie” te hebben gebruikt.

Zoals meer vermeld, wordt in de huidige stand van de procedure niet bijgevalen dat verwerende partij zich ter beoordeling van het gunningscriterium “Planning” heeft bediend van subcriteria. Of en in welke mate de voorgestelde planningen, zoals door het bestek voorgeschreven, realistisch zijn, heeft zij verantwoord met de gunstige en ongunstige gegevens die uit de offertes van de inschrijvers zijn gebleken.

Welke van die gegevens volgens verzoekster de geschiktheid van de inschrijver betreffen en om die reden niet in aanmerking genomen mochten worden, geeft zij niet aan.

14. Indien verzoekster bedoeld zou hebben te bekritisieren dat verwerende partij bij de keuze voor de NV Bureau Bouwtechniek rekening heeft gehouden met de samenstelling van het projectteam, moest zij dat duidelijk hebben doen kennen. Daarbij zou zij dan tevens aannemelijk hebben moeten maken dat die samenstelling een determinerend motief is geweest om de NV de quoterings “uitmuntend” te geven en waarom de bedoelde samenstelling niet als een element ter beoordeling van het realistisch karakter van de planning -en dus van de kwaliteit van de offerte- mag worden aangezien. Het een noch het ander lijkt immers evident.

Het derde en laatste middel is, net als het eerste en het tweede, niet ernstig. Aldus is aan alvast één van de cumulatieve grondvoorwaarden voor een schorsing niet voldaan.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van verzoekster.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op negentien september 2008, door :

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

wnd. kamervoorzitter, staatsraad,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. LUST.