

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 189.731 van 22 januari 2009
in de zaak A. 190.755/XII-5656.**

In zake :
1. de nv DEPRET,
2. de nv PIERRE ROEGIERS en Co,
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap DEPRET nv-
ROEGIERS nv,
die woonplaats kiezen bij
advocaten C. De Wolf en J. Timmermans,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6.

tegen :

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN ROESELARE,
dat woonplaats kiest bij
advocaten D. Van Heuven en S. Logie,
kantoor houdende te Kortrijk,
President Kennedypark 6/24.

tussenkommende partijen :

1. de nv ALGEMENE AANNEMINGEN VAN LAERE,
2. de nv COUSSEE-BOSTOEN,
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap “Algemene
Aannemingen Van Laere nv & Coussée-Bostoën nv”,
die woonplaats kiezen bij
advocaat J. Verbist,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Brederodestraat 13.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Depret en de nv Pierre Roegiers en Co, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Depret nv-Roegiers nv, op 19 december 2008 hebben ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “de beslissing van het beheerscomité van verwerende partij, waarvan verzoekende partij in kennis werd gesteld bij aangetekend schrijven d.d. 4 december 2008 (verstuurd op 5 december 2008 en ontvangen op 8 december 2008), om de opdracht voor de oprichting van de X-vleugel van het Stedelijk Ziekenhuis te Roeselare wat betreft perceel I ‘Ruwbouw, technieken en afwerking’ te gunnen aan belanghebbende partij (hierna de “bestreden beslissing”- stuk I)”;

Gezien de nota van verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 22 december 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 15 januari 2009, om 10.00 uur;

Gezien het op 7 januari 2009 ingediende verzoekschrift waarbij de nv Algemene Aannemingen Van Laere en de nv Coussee-Bostoën, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap “Algemene Aannemingen Van Laere nv & Coussée-Bostoën nv” vragen in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijken te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang hebben dat de vordering wordt afgewezen; dat hun verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten J. Timmermans en A. Verheggen, die verschijnen voor verzoekende partijen, van advocaten D. Van Heuven en S. Logie, die verschijnen voor verwerende partijen, en van advocaat L. Swartenbroux, die loco advocaat J. Verbist verschijnt voor tussenkomende partijen;

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 gegevens van de zaak

1. Verwerende partij schrijft als aanbestedende overheid een algemene offerteaanvraag uit voor een overheidsopdracht van werken voor de bouw van een X-vleugel aan het Stedelijk Ziekenhuis te Roeselare. De opdracht wordt aangekondigd in het Publicatieblad van de Europese Unie van 2 september 2008.

De opdracht wordt beheerst door het bestek “Stedelijk Ziekenhuis Roeselare Bouwen van X-vleugel”. Het doel van de opdracht is dat de inschrijver

optreedt als algemeen aannemer en aan de bouwheer een sleutel-op-de-deurproject aflevert.

Het bestek vermeldt het volgende inzake de gunningscriteria :

“Artikel 115 : Gunningscriteria en Varianten

De voorgestelde offertes zullen beoordeeld worden door de ontwerper / opdrachtgever volgens de hieronderstaande gunningscriteria, waarbij die offerte weerhouden zal worden die het hoogst aantal punten bekomen heeft.

Te dien einde zal de inschrijving met alle middelen, de nodige documentatie, plannen, eventuele foto's, beschrijvingen, technische gegevens, eventuele stalen, enz. aangevuld worden.

Bij gelijk aantal punten is de klassering zodanig dat de prijs doorslaggevend is, voor de technische kwaliteit.

Gunningscriteria die gehandhaafd worden :

1. Bedrag van de offerte : 40 punten
2. Plan van aanpak - projectomkadering - motivatie hoe dit gerealiseerd wordt in het kader van een prestatiebestek : 30 punten
3. Projectplanning : 10 punten
4. Uitgewerkte meetstaten en detaillering : 10 punten
5. Voorgestelde materialen, technische fiches en concept : 10 punten

Het algemeen puntentotaal wordt aldus 100.

Het niet aanwezig zijn van de gevraagde documentatie in het dossier van de aanbesteding zal aanleiding geven tot een quotering met nul punten op de te beoordelen criteria.

Wat ook de beslissing weze, opgenomen door het bestuur inzake hun definitieve keuze van weerhouden inschrijving, zullen de inschrijvers geen enkele klacht kunnen indienen uit hoofde van deze beslissing, uit reden dat het bestuur zich het recht voorbehoudt deze offerte te kiezen van wie zij meent dat deze de beste voorwaarden biedt.

Er zijn geen verplichte of facultatieve varianten”.

Verzoekende partijen dienen een offerte in. De offertes worden geopend op 14 november 2008.

Er wordt een verslag opgesteld door de toewijzingscommissie op 1 december 2008 waaruit blijkt dat er drie inschrijvers zijn, namelijk :

- de thv Depret nv - Roegiers nv,
- de thv Algemene Aannemingen Van Laere nv & Coussée - Bostoën nv,
- Alho Systembau GmbH.

Van de offerte van Alho Systembau GmbH wordt gesteld dat die niet voldoet aan de minimaal gestelde selectiecriteria en niet verder kan worden beoordeeld.

De rangschikking na administratief, rekenkundig en technisch nazicht is de volgende :

1. thv Algemene Aannemingen Van Laere nv & Coussée - Bostoën nv, 11.698.352,07 euro
2. thv Depret nv - Roegiers nv, 13.215.675,42 euro.

Het verslag geeft de beoordeling van de gunningscriteria als volgt weer in een samenvattende tabel :

“

Samenvatting	punten	Depret/ Roegiers	Punten	Van Laere - Coussée- Bostoën	Punten
bedrag van de offerte	40		35,41		40
plan van aanpak - project-omkadering - motivatie	30		30		26
project-planning	10		10		10
uitgewerkte meetstaten en detaillering	10		10		10
voorgestelde materialen, technische fiches en concept	10		8,39		8,53
		Totaal op 100	93,80	Totaal op 100	94,53

”

Bij het tweede gunningscriterium “plan van aanpak - projectomkadering - motivatie” wordt er gequoteerd op 3 maal 10 punten : 10 voor “plan van aanpak”, 10 voor “projectomkadering” en 10 voor “motivatie hoe dit gerealiseerd wordt in het kader van een prestatiebestek”; de motivering wordt voorgesteld als volgt :

“2. plan van aanpak - projectomkadering - motivatie hoe dit gerealiseerd wordt in het kader van een prestatiebestek : 30 punten

Criterium 2	punten	Depret/Roegiers	Punten	Van Laere - Cousée-Bostoën	Punten
Plan van aanpak	10	Algemene beschrijving van de T.H.V Projectaanpak en omkadering Overlegstructuren Ontwerpbeheersing Beoordeling van het contract Personeel Materieel Garantie nominated onderaannemers Kwaliteitshandboek Veiligheidssysteem Opleidingsbeleid	10	Methodiek van werfvoorbereiding en werfopvolging Kostenbewaking Kwaliteitsborging Samenwerking met de bouwheer en de studieburelen Beheersplan overlast	8
Project-omkadering	10	directeur der werken 1 projectleider 100 % 1 werfleider bouwwerken 100 % 1 werfleider technieken 1 veiligheidsverantwoordelijke 1 kwaliteitsverantwoordelijke	10	1 projectleider 100 % 1 conducteur 100 % 1 technisch bediende 100 % 1 veiligheid- en gezondheid 10 % 1 kwaliteit 10 % 1 landmeter 10 %	10
Motivatie hoe dit gerealiseerd wordt in het kader van een prestatiebestek	10	Garantie realisatie prestatiebestek: met tevredenheidsattesten bouwheer Projectleiding Werforanogram Werfinrichtingsplan K & VGM plan Veiligheidsdossier Materieel Keuze van onderaannemers Methodologie Ontwerpbeheersing Bezoek ter plaatse	10	Resultaatsverbintenis Conformiteit Nauwe samenwerking Beoordeling en aanvaarding Werfinrichtingsplan	8

Op 3 december 2008 beslist het beheerscomité van het Stedelijk Ziekenhuis van Roeselare tot de toewijzing van de opdracht, onder voorbehoud van toekenning van een vergunning door de Vlaamse Gemeenschap, aan tussenkomende partijen voor de prijs van 14.461.745,99 euro, btw inbegrepen.

De exceptie

2. Tussenkomende partijen voeren aan dat het beroep niet ontvankelijk is “wegens het indienen van een onregelmatige offerte door verzoekende partij” :

- verzoekende partijen hebben geen basisofferte ingediend waarin voorzien wordt in een gevel in architectonisch beton en in een buffertank met kathodische bescherming; wel zijn beide in variant aangeboden doch een variante is niet toegelaten voor deze posten;
- ook bij het item "De koelproductie dient te gebeuren via gasgestookte koelmachines (cascade) met warmtepomp functie. In variante dient een voorstel gemaakt met gasabsorptie koelmachines en anti-legionella koeltoeren die geen waterbehandeling behoeven" hebben verzoekende partijen geen besteksconforme basisofferte of verplichte variant ingediend.

3. Verwerende partij heeft de offerte van verzoekende partijen niet onregelmatig verklaard. In de huidige stand van de procedure dient ervan te worden uitgegaan dat deze beslissing vooralsnog gestand dient te blijven. Het onderzoek van de exceptie zou de Raad van State te dezen in wezen immers nopen tot de beoordeling van de regelmatigheid van een offerte, zonder dat het verweer van de verwerende partij substantieel in de discussie is gebracht. Voorts is de exceptie ook technisch van aard. Een en ander leidt tot de conclusie dat in een procedure bij uiterst dringende omstandigheden zoals de onderhavige, de exceptie zicht niet leent tot onmiddellijke toetsing. De exceptie wordt dienvolgens niet aanvaard.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

4. 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 uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

5. Wat de eerste en de derde in het voormelde artikel gestelde voorwaarden betreft, beroepen verzoekende partijen zich inzake het nadeel op de

mogelijkheid om zelf de in het geding zijnde opdracht te kunnen uitvoeren, die zij door de gevraagde schorsing willen vrijwaren. Zij verwijzen daarbij ook naar de aanzienlijke waarde van de opdracht en de referentiewaarde ervan. Voorts motiveren zij hun keuze voor de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid door te verwijzen naar het risico, dat de bestreden toewijzingsbeslissing aan de gekozen inschrijver zou worden betekend, uitgedrukt in de wachttermijn van 15 dagen waarvan in de voormelde brief van 4 december 2008 gewag werd gemaakt, die daarmee impliciet verwijst naar artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Betreffende de eerste en derde voorwaarde gedragen zowel verwerende partij als tussenkommende partijen zich naar de wijsheid van de Raad van State.

6. Door de betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing zou tussen de verwerende en tussenkommende partijen een overeenkomst tot stand komen tengevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de algemene vergadering van de afdeling administratie, een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen. Het bestaan van die overeenkomst zou de betrachting van verzoekende partijen om zelf de opdracht nog uit te voeren, ernstig bemoeilijken en zou een mogelijk herstel in natura verder af brengen. Aldus moet worden aanvaard dat verzoekende partijen door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden toewijzingsbeslissing het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kunnen ondergaan mede gelet op de aard en de waarde van de in het geding zijnde opdracht.

Voorts, wegens de verplicht gestelde procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid overeenkomstig het voormelde artikel 21bis, wordt te dezen aanvaard dat verzoekende partijen een beroep deden op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

7. Wat de tweede voorwaarde betreft, voeren verzoekende partijen in een *derde middel* de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen: inzake het tweede gunningscriterium “plan van aanpak - projectomkadering - motivatie hoe dit gerealiseerd wordt in het kader van een prestatiebestek : 30 punten” hebben verzoekende partijen een gedetailleerd uitgewerkte uiteenzetting gegeven, “uiteengezet in vier volledige mappen”; in het gunningsverslag wordt betreffende dit tweede gunningscriterium echter

een dermate summie motivering gegeven bij elk van de drie onderdelen, dat deze niet als afdoende kan worden beschouwd; het gaat hier nochtans om een bij uitstek kwalitatief inhoudelijk gunningscriterium, in vergelijking met de andere criteria; de motivering is enkel een opsomming van de gevoegde documenten zonder verdere duiding; dergelijke motivering stelt verzoekende partijen niet in staat de puntentoekenning te begrijpen.

8. Verwerende partij merkt op dat bij de punten wel degelijk een toelichting is gegeven; de motieven van de motieven moeten niet worden gegeven; de kwaliteit werd wel degelijk beoordeeld; verzoekende partijen hebben trouwens geen belang nu ze het maximum aantal punten kregen.

9. Tussenkomen de partijen merken op dat verzoekende partijen geen belang hebben bij dit middel; ze hebben reeds het maximum der punten bekomen.

Bovendien menen tussenkomen de partijen dat zij met een score van 26/30 onvoldoende voor henzelf gekregen hebben; zij hebben immers, indien in de aanwezigheid van documenten de verantwoording van de score ligt, evenveel documenten bijgebracht als verzoekende partijen. Verzoekende partijen zouden voorts in bepaalde gevallen tweemaal punten gekregen hebben voor hetzelfde.

10. Verzoekende partijen lijkt hier te kunnen worden bijgevalen: het tweede gunningscriterium betreft 30 van de 100 punten; het is inderdaad een bij uitstek kwalitatief inhoudelijk gunningscriterium. De aard van dat criterium is dusdanig dat een loutere puntentoekenning niet als afdoende motivering zou volstaan wat de feitelijke gegevens betreft waarop de bestreden beslissing steunt. Te dezen bevat het gunningsverslag een waardering in punten voor elk van de drie onderdelen van het criterium; telkens wordt op 10 punten gequoteerd. Bij die punten worden wel gegevens vermeld, maar enkele in een loutere opsomming. Geen op de punten te betrekken beschrijvende waardering waarin sterke en zwakke punten van de offertes worden te berde gebracht is echter voorhanden.

Aldus is niet duidelijk of verwerende partij de offertes wat betreft dit gunningscriterium inhoudelijk en niet louter formeel, namelijk op het verstrekte aantal documenten, heeft beoordeeld. Verwerende partij stelt dat ze wel degelijk de documenten kwalitatief en inhoudelijk heeft beoordeeld; dit blijkt echter nergens uit de bestreden beslissing en uit het gunningsverslag; daardoor lijkt het evident dat verzoekende partijen, zoals overigens ook tussenkomen de partijen, in de onmogelijkheid

gesteld worden om die zogenoemde kwalitatieve en inhoudelijke beoordeling op haar waarde te schatten en om die reden alleen reeds is het doel van de formele motiveringsplicht, zoals vervat in de voormelde wet van 29 juli 1991, te dezen niet bereikt. De motivering is niet afdoende.

Het middel is ernstig.

11. Verzoekende partijen hebben belang bij het middel. Verwerende partij zal immers het geschetste euvel kunnen verhelpen door na intrekking van de bestreden beslissing de offertes met een afdoende feitelijke motivering bij het besproken criterium opnieuw in een nieuwe toewijzingsbeslissing te betrekken. Die nieuwe verwoording van de beoordeling kan mogelijks leiden tot voordeel van de verzoekende partijen, in zoverre de eerste score van de tussenkomenende partijen daarbij zou dienen te worden verlaagd; bij het hernemen van de beslissing, kan de verwerende partij ook nog rekening houden met het feit dat de andere aangevoerde middelen alvast in het advies van het auditoraat eveneens een ernstig karakter werd toegeschreven.

12. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat is voldaan aan de voorwaarden gesteld in het voormelde artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de nv Algemene Aannemingen Van Laere en de nv Coussee-Bostoën, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap “Algemene Aannemingen Van Laere nv & Coussée-Bostoën nv” in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 3 december 2008 van het beheerscomité van het stedelijke ziekenhuis van het OCMW van Roeselaere, waarbij de opdracht voor de oprichting van de X-vleugel van het Stedelijk Ziekenhuis te Roeselare, wat betreft perceel I “Ruwbouw, technieken en afwerking”, wordt toegewezen aan de tijdelijke handelsvennootschap “Algemene Aannemingen Van Laere nv & Coussée-Bostoen nv”.

Artikel 3.

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

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 250 euro, komen ten laste van tussenkomende partijen, elk voor de helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op tweeëntwintig januari 2009, door :

de H. D. VERBIEST,
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.