

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

A R R E S T

Nr. 198.370 van 30 november 2009

G/A.160.854/VI-16.877

In zake: **de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid SPACE ARCHITECTES,**

die woonplaats heeft gekozen
Charles Michielslaan 154
1160 Brussel.

tegen:

de burgerlijke vennootschap met beperkte aansprakelijkheid l'Habitation moderne du Brabant wallon,

die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. France GUERENNE, advocaat,
chemin du Stocquoy 1-3
1300 Waver.

DE RAAD VAN STATE, VIe KAMER,

Gezien het op 14 maart 2005 ingediende verzoekschrift, waarbij de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid SPACE ARCHITECTES de nietigverklaring vordert van het besluit d.d. 29 november 2004 van de burgerlijke vennootschap met beperkte aansprakelijkheid l'Habitation moderne du Brabant wallon om aan de bvba BUREAU VAN HAEREN een overheidsopdracht voor aanneming van diensten te gunnen die enerzijds betrekking heeft op een opdracht voor studie en technisch toezicht inzake renovatie van 217 woningen en anderzijds betrekking heeft op een opdracht inzake veiligheidscoördinatie, ontwerp en volledige uitvoering;

Gezien de regelmatig uitgewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

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

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

Gelet op de beschikking van 16 oktober 2009, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij wordt bepaald dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 25 november 2009;

Gehoord het verslag van de heer NIHOUL, staatsraad;

Gehoord de opmerkingen van de heer Paul-Emile DURANT, zaakvoerder, die voor de verzoekende partij verschijnt, en van Mr. France GUERENNE, advocaat, die voor de verwerende partij verschijnt;

Gehoord het eensluidend advies van de heer HOUYET, auditeur;

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

Overwegende dat de volgende feiten dienstig zijn voor het onderzoek van het beroep:

1. Op 19 maart 2004 maakt de verwerende partij in het Bulletin der Aanbestedingen een oproep tot mededinging bekend betreffende een overheidsopdracht voor aanneming van diensten die moet worden gegund volgens de procedure van de beperkte offerteaanvraag en die enerzijds betrekking heeft op een volledige opdracht voor studie en technisch toezicht inzake renovatie van 217 woningen en anderzijds betrekking heeft op een opdracht inzake veiligheidscoördinatie, ontwerp en volledige uitvoering.

2. Op 17 mei 2004 besluit de raad van bestuur van de verwerende partij uit de achttien ingediende offertes vijf offertes te kiezen, waaronder die van de verzoekende partij en die van de bvba BUREAU VAN HAEREN.

3. Op 7 juni 2004 verzoekt de verwerende partij de uitgekozen kandidaten tegen 24 juni 2004 een offerte in te dienen en zich daarbij te richten naar het bestek dat ze bij dat verzoek voegt.

4. Op 23 juni 2004 besluit de raad van bestuur van de verwerende partij de vijf kandidaten opnieuw te raadplegen op basis van een nauwkeuriger bestek.

Op 9 juli 2004 richt de verwerende partij aan de vijf uitgekozen kandidaten een verzoek om tegen 16 september 2004 een nieuwe offerte bij haar in te dienen die moet worden opgemaakt op basis van het nieuwe bestek.

In dat nieuwe bestek worden zeven gunningscriteria opgesomd, met de precisering dat ze "niet in volgorde van belangrijkheid zijn gerangschikt".

5. Op 16 september 2004, de dag waarop de offertes in het openbaar worden geopend, wordt vastgesteld dat er vijf offertes zijn ingediend.

6. Op 22 september 2004 stellen de diensten van de verwerende partij een verslag over het onderzoek van de offertes op.

In dat verslag worden de zeven gunningscriteria overgenomen en wordt daaraan de volgende weging toegekend:

- criterium 1: 25 punten;
- criterium 2: 25 punten;
- criterium 3: 25 punten;
- criterium 4: 10 punten;
- criterium 5: 5 punten;
- criterium 6: 5 punten;
- criterium 7: 5 punten.

Het verslag bevat de volgende eindrangschikking:

" 5. Totaal aantal punten op basis van de gunningscriteria (maximum: 100 punten)

	Criteria	ABR - Astragale	VAN HAEREN	ESPACE	URBIS	SIGMA 3
1		10	20	10	0	5
2		10	20	15	5	10
3		15	25	20	0	0

4		6	9	0	0	0
5		5	5	5	5	5
6		5	4	3	0	2
7		2	5	0	0	0
	TOTAAL	53	88	53	10	22

".

In het verslag wordt tot slot voorgesteld om de opdracht aan de bvba BUREAU VAN HAEREN te gunnen.

7. Op 29 november 2004 besluit de raad van bestuur van de verwerende partij de opdracht voor aanneming van diensten aan de bvba BUREAU VAN HAEREN te gunnen.

Dat besluit, dat de bestreden handeling vormt, luidt als volgt:

" 2. Technische dienst: aanwijzing van de projectontwikkelaar en de veiligheidscoördinator voor de werkzaamheden Programme d'Investissement exceptionnel in la Chapelle aux sabots

Pro memorie: overeenkomstig de besluiten van de raad van bestuur van 28 juni is een tweede keer overleg gepleegd met de vijf gepreselecteerde ontwerp bureaus, namelijk met:

- Jacques Van Haeren (rue Montagne du Parc 18, 1400 Nijvel)
- Aannemerscombinatie ABR-Astragale-STMB (rue de Charleroi 22, 1470 Genepiën)
- Espace (Charles Michielslaan 154, 1160 Brussel)
- Urbis (rue du Grand Hornu, 21/4, 1348 LLN)
- Sigma 3 (chaussée des Collines, 52, 1300 Waver).

De offertes zijn geopend op 16 september 2004 om 10 uur op de hoofdzetel, in aanwezigheid van de directeur-zaakvoerder, de heer R. FERNANDEZ, en technisch directeur, F. YERNA. Nadat de directie de offertes had onderzocht, heeft ze op 4 oktober 2004 aan de raad van bestuur voorgesteld om voor het bureau Van Haeren te kiezen. De leden van de raad van bestuur hebben gevraagd om de aanwijzing van dat bureau uit te stellen tot juridisch advies is ingewonnen en tot ze het verslag van de technische dienst over het onderzoek van de offertes hebben gelezen.

De commissaris onderstreept dat hij niet de tijd heeft gehad om het verslag van de technisch directeur over het onderzoek van de offertes onder de loop te nemen, aangezien de leden van de raad van bestuur het onderzoeksdossier van de raad van bestuur ontvangen hebben op donderdagavond 25 november. De commissaris vraagt enkele dagen uitstel.

Gelet op de termijnen van het dossier stemmen de leden van de raad van bestuur er principieel mee in dat de opdracht aan het ontwerp bureau Van Haeren uit Nijvel wordt gegund. Alvorens het besluit ter kennis te brengen, wordt

voorgesteld dat de directie en de commissaris zo snel mogelijk samen vergaderen. Als de commissaris tegen de gunning van de opdracht aan architect Van Haeren gekant blijft, stemmen de leden van de raad van bestuur er unaniem mee in om dringend een vergadering van de raad van bestuur te beleggen op 6 december 2004."

8. Op 2 december 2004 heeft de vergadering tussen de directie en de commissaris van de Waalse Huisvestingsmaatschappij over het besluit tot gunning van de overheidsopdracht plaatsgehad.

Luidens de notulen van die vergadering

" [...] is er juridisch advies ingewonnen en is het onderzoek van de offertes getypt. In dat onderzoek worden de 7 onderzoekscriteria van het bestek overgenomen. Ondanks het juridisch advies is de puntenwaardering van de 7 criteria gehandhaafd. Die puntenwaardering doet geen discrepantie ontstaan in de selectie van het ontwerp bureau, want eenzelfde waarderingscijfer zou tot dezelfde selectie geleid hebben."

9. Op 17 januari 2005 legt de verwerende partij de bestreden handeling voor aan de Waalse Huisvestingsmaatschappij, die zich op 9 februari 2005 niet tegen het bestreden besluit verzet.

10. Intussen, op 10 januari 2005, deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat haar offerte niet is gekozen.

11. Op 17 januari 2005 vraagt de verzoekende partij aan de verwerende partij om haar het gemotiveerde besluit tot gunning van de overheidsopdracht te bezorgen.

12. Op 27 januari 2005 bezorgt de verwerende partij aan de verzoekende partij de notulen van de vergadering van 22 september 2004 waarop de offertes zijn onderzocht, de notulen van de vergadering van de raad van bestuur van 29 november 2004 en de notulen van de vergadering van 2 december 2004 tussen de directie van de verwerende partij en de commissaris.

13. Op 11 mei 2005 brengt de verwerende partij de bestreden handeling ter kennis van de bvba BUREAU VAN HAEREN;

Overwegende dat de verzoekende partij een middel aanvoert, het vierde van het verzoekschrift, met als opschrift "Onregelmatigheden in de notulen over het onderzoek van de offertes van 22 september 2004"; dat de verzoekende partij, in wat als een eerste onderdeel kan worden beschouwd, aanvoert dat in het bestek

"melding werd gemaakt van 7 gunningscriteria, waarvan uitdrukkelijk wordt gezegd dat ze niet in volgorde van belangrijkheid gerangschikt staan", dat "de tabellen die als bijlage bij die notulen zijn gevoegd, zijn opgemaakt op basis van die 7 criteria, maar dat een puntenwaardering aan die criteria is toegekend (5 tot 25 punten per criterium)", dat "het achteraf invoeren van een puntenwaardering voor de gunningscriteria van een opdracht strijdig is met de wet op de overheidsopdrachten (KB van 8 januari 1996)";

Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord en in haar laatste memorie in verband met het eerste onderdeel aanvoert dat, tenzij anders vermeld, ervan uitgegaan moet worden dat de gunningscriteria allemaal even belangrijk zijn, dat wanneer in het bestek staat dat de criteria niet in volgorde van belangrijkheid zijn gerangschikt, de aanbestedende overheid in het stadium van het onderzoek van de offertes in principe geen rangschikking mag opmaken, dat de Raad van State evenwel aanvaardt dat na het openen van de offertes een puntenregeling wordt vastgesteld op voorwaarde dat die objectief blijft, de geest van het bestek in acht wordt genomen en die regeling geen manipulatie inhoudt om deze of gene inschrijver te begunstigen, dat "het achteraf invoeren van een weging van de gunningscriteria niet strijdig is met de wet op de overheidsopdrachten, tenzij die weging niet strookt met de geest van het bestek of met het gelijkheidsbeginsel omdat ze zou voortvloeien uit een tendentieuze manipulatie"; dat ze onderstreept dat dit in casu niet het geval is, dat "het verslag over het onderzoek van de offertes immers, los van de puntenwaardering, een lange motivering voor elk gunningscriterium bevat, een motivering die op zich de keuze van de gekozen kandidaat bevestigt", dat de verzoekende partij niet aantoont dat de verwerende partij een kennelijke beoordelingsfout zou hebben begaan, dat de objectiviteit van de toegepaste puntenregeling overigens niet lijkt te zijn geschonden, dat aldus het feit dat door een hogere puntenwaardering "voorrang is gegeven" aan de technische en esthetische kwaliteiten, het bedrag van de honoraria van de onderaannemers en de kwaliteiten van de financiële raming niet als onredelijk kunnen worden beschouwd, dat, als aan alle criteria hetzelfde aantal punten wordt toegekend, het resultaat hetzelfde blijft, dat dit de reden is waarom in de notulen van de vergadering van 2 december 2004 wordt vermeld: "die puntenwaardering doet geen discrepantie ontstaan in de selectie van het ontwerp bureau, want eenzelfde waarderingscijfer zou tot dezelfde selectie geleid hebben", dat de vraag rijst of de verzoekende partij belang heeft bij het aanvoeren van een dergelijk middel, dat het achteraf invoeren van een puntenregeling die geen afbreuk heeft kunnen doen aan het beginsel van de gelijkheid tussen de inschrijvers en die de rangschikking van de gegadigden niet in het gedrang brengt, haar geen nadeel heeft kunnen berokkenen, dat dit onderdeel van het middel dus niet gegrond is;

Overwegende dat de versie van artikel 115, tweede lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken die van toepassing is op het onderhavige geschil, als volgt luidde:

" Onverminderd de wettelijke, reglementaire of bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de vergoeding van bepaalde diensten vermeldt de aanbestedende overheid in het bestek en eventueel in de aankondiging van de opdracht al de gunningscriteria, zo mogelijk in volgorde van afnemend belang; in dit geval wordt die volgorde in het bestek of in de aankondiging vermeld. Zo niet hebben de gunningscriteria dezelfde waarde.";

dat daaruit volgt dat in een offerteaanvraagprocedure, als de aanbestedende overheid niet van plan is om aan alle gunningscriteria van het bestek dezelfde waarde toe te kennen, ze in datzelfde bestek de volgorde van belangrijkheid van de gunningscriteria moet vermelden; dat, als de aanbestedende overheid de gunningscriteria in het bestek niet in volgorde van belangrijkheid rangschikt, die gunningscriteria luidens artikel 115, tweede lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 dezelfde waarde hebben; dat de aanbestedende overheid in dat geval, na de indiening van de offertes, geen verschillende waarde aan de gunningscriteria mag geven door er onderscheiden waarderingscijfers aan toe te kennen, omdat ze de voornoemde bepaling anders zou schenden;

Overwegende dat in het onderhavige geval in het bestek staat dat "de voordeligste offerte zal worden bepaald op basis van de volgende gunningscriteria die niet in volgorde van belangrijkheid gerangschikt zijn"; dat in het verslag over het onderzoek van de offertes van 22 september 2004 waarop de bestreden handeling steunt, echter aan elk gunningscriterium een waarderingscijfer is toegekend, namelijk 25 punten aan de criteria 1, 2 en 3, 10 punten aan criterium 4 en 5 punten aan de criteria 5, 6 en 7; dat de verwerende partij daardoor artikel 115, tweede lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 heeft geschonden; dat de verzoekende partij, in tegenstelling tot wat de verwerende partij stelt, wel belang heeft bij dat onderdeel; dat de aanbestedende overheid zich immers tijdens de hele aanbestedingsprocedure moet houden aan de waarde die in het bestek aan de gunningscriteria is toegekend, zodat de inschrijvers hun offertes met kennis van zaken kunnen opmaken; dat de aanbestedende overheid dus geen van die gegevens mag wijzigen of aanpassen nadat de offertes zijn ingediend en nog minder nadat de offertes zijn geopend; dat het eerste onderdeel van het vierde middel ontvankelijk en gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van de burgerlijke vennootschap met beperkte aansprakelijkheid L'Habitation moderne du Brabant wallon d.d. 29 november 2004 om aan de bvba BUREAU VAN HAEREN een overheidsopdracht voor aanneming van diensten te gunnen die enerzijds betrekking heeft op een opdracht voor studie en technisch toezicht inzake renovatie van 217 woningen en anderzijds betrekking heeft op een opdracht inzake veiligheidscoördinatie, ontwerp en volledige uitvoering.

Artikel 2.

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

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van de VIe kamer, op dertig november tweeduizend negen door:

Mevr. DAURMONT,	kamervoorzitter,
de HH. LEWALLE,	staatsraad,
NIHOUL,	staatsraad,
Mevr. SCHMITZ,	griffier.

De Griffier

De Voorzitter

V. SCHMITZ

O. DAURMONT

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