

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 206.646 van 15 juli 2010
in de zaak A.132.027/XII-3750**

In zake: de NV ELECTRABEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Xavier Leurquin, Tangui Vandeput
en Patrik De Maeyer
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat David D'Hooghe
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de CVBA INTERELECTRA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Koen Geelen
kantoor houdend te Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 20 januari 2003, strekt tot de
nietigverklaring van:

“* de volgende beslissing genomen door de verwerende partij op 4 november
2002 in het kader van de algemene offerteaanvraag voor concessies voor
openbare werken in toepassing van het bestek 16DG/01/05:

a) de loten Kalken 2.1.1. en 2.1.2, lot 1.3. Menen en loten 2.2.1. en 2.2.2. niet
toe te kennen;

b) het lot 1.1 Oostkamp toe te wijzen aan de tijdelijke vennootschap WVEM
cv-Enercom GmbH op basis van haar tweede offerte met 4 turbines van 1,8 MW
met een totale energetische opbrengst van 14.271.958 MWh/j;

c) het lot 1.2 Rekkem toe te wijzen aan de tijdelijke vennootschap SPE Power Company n.v. Vestas Nederland Windtechnologie b.v. op basis van haar offerte met 1 turbine van 2 MW met een totale energetische opbrengst van 4633 MWh/j;

d) het lot 1.4 Kortrijk toe te wijzen aan de cvba Interlectra op basis van haar offerte met 2 turbines van 2 MW met een totale energetische opbrengst van 8.810,592 MWh/j;

e) het lot 1.5 Oekene toe te wijzen aan de tijdelijke vennootschap WVEM cv-Enercom GmbH op basis van haar tweede offerte met 1 turbine van 1,8 MW met een totale energetische opbrengst van 4.226,376 MWh/j;

f) het lot 3.2 A1/A12/R1 verkeerswisselaar Ekeren-Merksem toe te wijzen aan de cvba Interlectra op basis van haar offerte met 3 turbines van 2 MW met een totale energetische opbrengst van 10.624,474 MWh/j;

g) het lot 3.3. A12 thv Rupeltunnel te Boom toe te wijzen aan de cvba Interlectra op basis van haar offerte met 2 turbines van 2 MW met een totale energetische opbrengst van 7.211,428 MWh/j;

h) het lot 3.4 A14-E17/R1 Antwerpen-Linkeroever toe te wijzen aan de cvba Interlectra op basis van haar offerte met 4 turbines van 2 MW met een totale energetische opbrengst van 15.204,210 MWh/j;

i) het lot 3.5 R2 Thysmanstunnel zijde Lillo-brug Antwerpen Lillo toe te wijzen aan de tijdelijke vennootschap SPE Power Compagny n.v. Vestas Nederland Windtechnologie b.v. op basis van haar offerte met 3 turbines van 2 MW met een totale energetische opbrengst van 13.165 MWh/j;

j) de loten 3.6.1. R2 Thysmanstunnel open afrit Noordzijde Antwerpen en 3.6.2. op en afrit Hoge Maai te Antwerpen toe te wijzen aan de tijdelijke vennootschap WVEM cv-Enercom GmbH op basis van haar offerte 'Variant tot 3.6.1 en 3.6.2 samen' met 4 turbines van 1,8 MW met een totale energetische opbrengst van 12.880,797 MWh/j;

k) het lot 4.1 A3-N80 Verkeerswisselaar te Walshoutem toe te wijzen aan de tijdelijke vennootschap SPE Power Company n.v. Vestas Nederland Windtechnologie b.v. op basis van haar offerte met 1 turbine van 2 MW met een totale energetische opbrengst van 4.193 MWh/j;

* de aan voormelde beslissing voorafgaande beslissing om de n.v. Electrabel niet te weerhouden als geselecteerde kandidaat omdat zij niet zou voldoen aan de voorwaarden in verband met de technische bekwaamheid”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De cvba Interelectra heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 20 mei 2003. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 maart 2010.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Céline Ghyselen, die loco advocaat Patrik De Maeyer verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Filip Lahaye, die loco advocaat David D’Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij laat in het Bulletin der Aanbestedingen van 16 november 2001 een aankondiging verschijnen voor een “algemene offerteaanvraag voor concessie van werken” betreffende “de bouw, op het domein van het Vlaams Gewest, en de inrichting van één of meerdere windturbines voor de industriële productie van elektriciteit uit windenergie en de commerciële exploitatie ervan met alle rechten, plichten, lasten en genieting van opbrengsten, overeenkomstig de bepalingen van het bestek”.

Inzake de selectie van de aannemers bepaalt de aankondiging het volgende betreffende de technische bekwaamheid van de kandidaten:

“De inschrijver toont zijn technische bekwaamheid aan door het voorleggen van verklaringen met betrekking tot volgende criteria:

1/ Beroepskwalificaties (35 %) : door een verklaring met de opgave van de opleidings- en beroepskwalificaties van het ondernemingskader, verantwoordelijk voor de uitvoering van de diensten en prestaties in de voor de concessie relevante vakgebieden; deze zijn onder meer: ontwerpen, bouwen, exploiteren van eenheden voor productie en verdeling van elektriciteit met herwinbare energiebron in het bijzonder windturbines, ontwerpen en uitvoeren van bouwwerken en uitvoeren van elektromechanische werken.

2/ Referentie-opdrachten (35 %) : door een verklaring op eer door de inschrijver met de lijst van de uitgevoerde opdrachten in de sector van elektriciteitsproductie en -verdeling met herwinbare energiebron, inzake technologie, omvang, investering, vergelijkbaar aan de aangekondigde opdracht, uitgevoerd tijdens de laatste drie jaar, met vermelding van het investeringsbedrag, technologie, datum, de publiek- of privaatrechtelijke opdrachtgever of initiatiefnemer en referent (fysische persoon met naam, functie, kantooradres, telefoon en fax).

3/ Materiële middelen, technische uitrusting en logistiek (15 %) : door een verklaring op eer die de werktuigen, het materieel en de technische uitrusting vermeldt waarover de inschrijver kan beschikken voor de uitvoering van de concessieopdracht. Hierbij zal ook een aanduiding gemaakt worden omtrent de logistieke middelen aan onderzoek, systeemontwikkeling en dergelijke meer.

4/ Kwaliteitszorg (15 %) : door een beschrijving van de maatregelen, die de inschrijver treft om de kwaliteit te waarborgen en van de mogelijkheden die hij biedt ten aanzien van onderzoek, systeemontwikkeling, ontwerp, realisatie en exploitatie van windturbines, een verklaring omtrent de status en omschrijving van kwaliteitszorgsysteem van toepassing op de inschrijver, eventueel een certificaat van regeling kwaliteitsbewaking volgens EN ISO 9000-reeks.

Beoordeling technische bekwaamheid : de kwalitatieve criteria inzake technische bekwaamheid zullen elk door de aanbestedende overheid gewaardeerd worden op een schaal van 0 tot 10; de som na vermenigvuldiging met de gewichtscoefficienten geeft de beoordeling van de technische geschiktheid van de kandidaat concessiehouder voor de opdracht; een minimum van 70 punten op 100 wordt vereist voor de selectie en het verder onderzoek van de offerte”.

3.2. Het bestek verduidelijkt dat de opdracht betrekking heeft op “de bouw en exploitatie van windturbines op verschillende ligplaatsen in de provincies van Vlaanderen”. Bij het bestek is een lijst gevoegd met “potentiële plaatsen windturbines”, waarbij aan elke ligplaats een lotnummer wordt toegekend. De concessies zullen worden gegund per ligplaats en de kandidaten moeten per ligplaats een offerte indienen. Voorts herneemt het bestek in zijn bepalingen betreffende de technische bekwaamheid van de inschrijver woordelijk de vermeldingen in de aankondiging van de opdracht.

3.3. Op 12 februari 2002 worden de inschrijvingen geopend. Negen inschrijvers blijken een offerte te hebben ingediend voor één of meer loten. De verzoekende partij heeft een offerte ingediend voor de volgende loten gelegen in de provincie West-Vlaanderen:

- 1.1 (Oostkamp A10/A17: verkeerswisselaar),
- 1.2 (Rekkem A14-E17: Parkings-parking noord),
- 1.4 (Kortrijk A14-E17+R8 verkeersplein met N8),
- 1.5 (Oekene A17-E403: Parking richting Brugge),

en voor de volgende loten gelegen in de provincie Antwerpen:

- 3.2 (Ekeren-Merksem A1/A12/R1: verkeerswisselaar),
- 3.3 (Boom A12 t.h.v. Rupeltunnel - Groot Broek),
- 3.5 (Antwerpen Lillo R2: Thijsmanstunnel Zijde Lillo-brug),
- 3.6.1 (Antwerpen R2: Thijsmanstunnel, op- en afrit Noordzijde),
- 3.6.2 (Antwerpen R2: Thijsmanstunnel, op- en afrit kant Hoge Maai).

3.4. Een beoordelingscommissie onderzoekt vervolgens de ingediende offertes. Op 23 juli 2002 wordt een beoordelingsverslag opgemaakt. Wat betreft het “onderzoek van de technische bekwaamheid van de kandidaten” worden bij de verzoekende partij de volgende vaststellingen gedaan:

“1.2.3 NV Electrabel

1.2.3.1 Beroepskwalificaties

Onder de rubriek ‘Beroepskwalificaties’ informeert de inschrijver NV Electrabel dat hij voor de diverse fasen van het project eventueel een beroep kan doen op:

- Tractebel Engineering: engineering afdeling van de Tractebelgroep;
- Westenwind NV: studiebureau dat zich toelegt op de ontwikkeling van windenergieprojecten.

- Electrabel NV

Bij zijn inschrijving vermeldt de inschrijver dat hij beschikt over een uitgebreide ervaring in de productie en het transport van elektriciteit, de bouw van centrales, burgerlijke bouwkunde, bouw- en exploitatie van windparken en de ontwikkeling van projecten in het domein van de hernieuwbare energie.

Van 2 personeelsleden wordt het curriculum bij de offerte gevoegd. Uit de summier gegevens blijkt een beperkte ervaring van beide projectingenieurs op het vlak van projecten van hernieuwbare energie: zij werden pas vanaf 1999 betrokken bij projecten van hernieuwbare energie. Zij hebben wel enige ervaring voor wat elektromechanische werken betreft.

- Besluit

De bij de offerte verstrekte informatie toont onvoldoende aan dat NV Electrabel beschikt over de nodige ervaring voor het ontwerpen, bouwen en exploiteren van windturbines en voor het ontwerpen en uitvoeren van bouwwerken

1.2.3.2 Referentieopdrachten

Electrabel NV

Electrabel vermeldt als belangrijkste referenties op het vlak van hernieuwbare energie:

- windpark in Schelle: 3 x 1,5 MW - april 2001
- windpark Pathoekeweg: 5 x 600 kW - december 2001;
- windturbine in Bobbejaanland: 1 x 660 kW — juli 2001.

Van deze 3 referenties worden tevens het investeringsbedrag, de gebruikte technologieën en de opdrachtgever vermeld. Daar deze installaties van recente datum zijn ontbreken de opbrengstgegevens

- Besluit

Uit de referentielijst van Electrabel blijkt dat n.v. Electrabel een beperkte ervaring heeft van recente datum op het vlak van elektriciteitsproductie met hernieuwbare energiebron en op het vlak van ontwerpen en uitvoeren van bouwwerken; opbrengstgegevens werden niet vermeld.

1.2.3.3 Materiële middelen, technische uitrusting en logistiek

De inschrijver vermeldt dat hij voor de uitvoering van de concessieopdracht voor sommige opdrachten een beroep doet op onderaannemers (vb. volledige netaansluiting) en andere opdrachten in eigen beheer uitvoert.

Voor alle voorafgaande studieopdrachten kan een beroep gedaan worden op Tractebel of op Westenwind. Tevens doet het bedrijf een beroep op de Belgische windatlas en op software zoals WASP en Windops/Windfarmer.

De n.v. Electrabel stelt dat de leverancier van de windturbines in principe verantwoordelijk is voor de burgerlijke bouwkunde, de voorbereiding van de werf en voor de levering, constructie en het onderhoud van de windturbine.

Besluit:

De n.v. Electrabel beschikt dus zelf niet over materiële middelen, noch over de technische uitrusting of de logistiek om de concessieopdracht uit te voeren

1.2.3.4 Kwaliteitszorg

Bij de offerte gevoegde documenten hebben betrekking op de onderaannemers (Vestas Winds Systems en Tractebel).

De n.v. Electrabel meldt in deel 4 ‘Bijzondere uitvoeringsvoorwaarden’ een generiek ontwerp project kwaliteitsplan”.

Nadat alle kandidaten zijn getoetst en beoordeeld aan de selectiecriteria inzake technische bekwaamheid komt de beoordelingscommissie tot de volgende overzichtstabel:

“Voorwaarde: totaal aantal punten \$ 70 punten

Hierin is:

BK = beroepskwalificatie

RO = referentieopdrachten

MM = materiële middelen

KZ = kwaliteitszorg.

Offerte	BK	RO	MM	KZ	Totaal
	35 pt	35 pt	15 pt	15 pt	100 pt
TV Ecopower - Beauvent	20	20	0	10	50
TV WVEM - Enercon	35	35	15	15	100
NV Electrabel	10	20	0	5	35
TV SPE - Vestas	35	35	15	15	100
TV SPE - NEG Micon Holland	35	35	10	15	95
TV Electrawinds - SEV - Depret	30	25	5	15	75
Interelectra	35	35	15	15	100
Westenwind nv	10	15	0	0	25

”.

Er wordt vervolgens vastgesteld dat de verzoekende partij minder dan 70 punten behaalt en “dus niet [voldoet] aan de voorwaarden in verband met de technische bekwaamheid”. Zij wordt aldus niet geselecteerd en haar offerte wordt dienvolgens niet aan de gunningscriteria getoetst.

Nadat de offertes van de wel geselecteerde kandidaten zijn getoetst aan de gunningscriteria komt de beoordelingscommissie tot de volgende eindvoorstellen met betrekking tot de loten waarvoor de verzoekende partij een offerte heeft ingediend:

“Op basis van onderhavige analyse wordt aan de heer minister voorgesteld:

1. Het voorstel van de beoordelingscommissie inzake de selectie van de inschrijvingen en inzake onderzoek van de inschrijvingen goed te keuren.

2. Het lot 1.1 Oostkamp toe te wijzen aan de tijdelijke vennootschap WVEM cv-Enercon GmbH op basis van haar tweede offerte met 4 turbines van 1,8 MW met een energetische opbrengst van 271,958 MWh/j.

3. Het lot 1.2 Rekkem toe te wijzen aan de tijdelijke vennootschap SPE Power Company n.v. - Vestas Nederland Windtechnologie b.v. op basis van haar offerte met 1 turbine van 2 MW met een energetische opbrengst van 4663 MWh/j.

4. Het lot 1.4 Kortrijk toe te wijzen aan de cvba Interelectra op basis van haar offerte met turbines van 2 MW met een energetische opbrengst van 8810,592 MWh/j.

5. Het lot 1.5 Oekene toe te wijzen aan de tijdelijke vennootschap WVEM cv-Enercom GmbH op basis van haar tweede offerte met 1 turbine van 1,8 MW met een energetische opbrengst van 4 226,376 MWh/j;

[...]

6. Het lot 3.2 A1/A12/R1 verkeerswisselaar Ekeren-Merksem toe te wijzen aan de cvba Interelectra op basis van haar offerte met 3 turbines van 2 MW met een energetische opbrengst van 10 624,474 MWh/j.

7. Het lot 3.3. A12 thv Rupeltunnel te Boom toe te wijzen aan de cvba Interelectra op basis van haar offerte met 2 turbines van 2 MW met een energetische opbrengst van 7 211,428 MWh/j.

[...]

9. Het lot 3.5 R2 Thysmanstunnel zijde Lillo-brug Antwerpen Lillo toe te wijzen aan de tijdelijke vennootschap SPE Power Company n.v. - Vestas Nederland Windtechnologie b.v. op basis van haar offerte met 3 turbines van 2 MW met een totale energetische opbrengst van 13 165 MWh/j;

10. De loten 3.6.1. R2 Thysmanstunnel op en afrit Noordzijde Antwerpen en 3.6.2. op-en afrit Hoge Maai te Antwerpen toe te wijzen aan de tijdelijke vennootschap WVEM cv-Enercom GmbH op basis van haar offerte 'Variant tot 3.6.1 en 3.6.2 samen' met 4 turbines van 1,8 MW met een energetische opbrengst van 12 880,797 MWh/j".

3.5. De minister hecht op 4 november 2002 zijn goedkeuring aan de voorstellen van de beoordelingscommissie.

3.6. Met een brief van 20 november 2002 wordt de verzoekende partij van deze beslissingen op de hoogte gebracht. Bij deze brief is een afschrift van het beoordelingsverslag gevoegd.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De tussenkomende partij werpt in haar memorie een exceptie op betreffende het belang van de verzoekende partij.

In het auditoraatsverslag wordt deze exceptie niet aanvaard. De tussenkomende partij heeft geen laatste memorie ingediend. Zij mag dan ook worden geacht niet langer op de exceptie aan te dringen. De Raad van State ziet mede gelet op deze omstandigheid ook geen redenen om af te wijken van de bevindingen van het auditoraat. De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van de middelen

5. De verzoekende partij voert drie middelen aan tegen de bestreden beslissingen.

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6.0. De verzoekende partij leidt het eerste middel af uit de schending van “de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 houdende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, uit de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid van het gelijkheids-, redelijkheids-, zorgvuldigheids- en materieel motiveringsbeginsel en uit de manifeste beoordelingsvergissing in feite en uit machtsoverschrijding”.

Zij doet daartoe gelden dat de motieven die de beoordelingscommissie ertoe hebben gebracht om te oordelen dat de verzoekende partij niet over de nodige technische bekwaamheid beschikt geenszins rechtens en feitelijk aanvaardbaar zijn, omdat ze geen steun vinden in haar offerte. Bovendien zijn die motieven “soms onjuist” en heeft de verwerende partij zich zowel in rechte, als in feite “manifest vergist” bij de beoordeling en de vergelijking van de verschillende offertes. Deze beoordelingsvergissing gaat volgens de verzoekende partij “zelfs zover” dat het verschil in de beoordeling en de quotering van vergelijkbare offertes van kandidaten niet anders dan als een manifeste schending van het gelijkheids-, redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel kan worden beschouwd. Om deze stelling

te ondersteunen bekritiseert zij vervolgens de evaluatie aan de hand van de vier selectiecriteria door de beoordelingscommissie.

6.1. Wat het eerste selectie criterium (“de beroepskwalificaties”) betreft wijst de verzoekende partij op het feit dat in haar offerte naast haar eigen kwalificaties eveneens deze van Tractebel Engineering en Westenwind worden vermeld, twee met de verzoekende partij “verbonden” ondernemingen waarmee zij in het kader van opdrachten zoals de hier in het geding zijnde gebruikelijk samenwerkt. Het is dan ook “logisch en aanvaardbaar” dat met de kwalificaties van die “verbonden” ondernemingen en hun personeelsleden rekening zou worden gehouden.

Dit gebeurt evenwel niet in het beoordelingsverslag waarin slechts rekening wordt gehouden met het cv van de twee personeelsleden van de verzoekende partij, en niet met vijf andere bij haar offerte gevoegde cv’s van personeelsleden van Tractebel Engineering en Westenwind. Uit het verslag blijkt volgens de verzoekende partij dat bij sommige andere kandidaten echter “wel rekening werd gehouden met de kwalificaties van derden”, zodat wat de verzoekende partij betreft ten onrechte geen rekening werd gehouden met de voornoemde vijf andere cv's. Hieruit blijkt overduidelijk dat zij een hogere quotering verdiende dan de 10 op 35 die thans werd verkregen.

De verzoekende partij werpt vervolgens op dat de cvba Interelectra, de huidige tussenkommende partij, voor dit selectie criterium het maximum van de punten krijgt, namelijk 35 op 35, hoewel uit het beoordelingsverslag niet kan worden afgeleid waarom de tussenkommende partij “zoveel hoger zou moeten scoren” dan zijzelf. De verzoekende partij ziet niet in hoe de door de tussenkommende partij opgegeven kwalificaties in vergelijking met de door haar opgegeven kwalificaties een verschil van 25 punten zouden kunnen verantwoorden, temeer omdat de specialisten van de verzoekende partij uit “dezelfde ondernemingsgroep” kunnen worden geput, terwijl de tussenkommende partij erin voorziet met “externe specialisten” te werken.

6.2. Inzake het tweede selectie criterium (“referentieopdrachten”) betoogt de verzoekende partij dat hoewel zij in haar offerte drie referenties op het vlak van hernieuwbare energie heeft opgegeven, de verwerende partij desondanks besluit dat uit deze referenties blijkt dat de verzoekende partij een beperkte ervaring

heeft, van recente datum, op het vlak van elektriciteitsproductie met hernieuwbare energiebron en op het vlak van het ontwerpen en uitvoeren van bouwwerken.

Volgens de verzoekende partij volstaan haar referenties wel degelijk, gelet op het voorwerp van de opdracht die werd gegund. Uit de bij het bestek gevoegde lijst van potentiële plaatsen voor de windturbines blijkt immers dat het maximum vermogen van de te plaatsen turbines 1,5 MW (1500 kVa) bedraagt en meestal slechts 600 kVa betreft. De aangegeven referenties zijn dan ook voldoende om het maximum van de punten te behalen, in plaats van haar huidige score van 20 punten op 35, vermits uit de reglementering - “artikel 127 KB 8 januari 1996”- blijkt dat een aanbestedend bestuur, bij het inwinnen van inlichtingen, niet verder mag gaan dan wat gezien het voorwerp van de opdracht verantwoord is.

De verzoekende partij doet vervolgens gelden dat ook met betrekking tot dit criterium “er blijkbaar op ongelijke wijze wordt gekwoteerd in het verslag van de beoordelingscommissie en vervolgens in de gunningsbeslissing”, immers, “ondanks het feit dat Interelectra nooit enige opdracht heeft uitgevoerd die als een werkelijke referentie kan dienen” - uit haar offerte blijkt dat zij tot op heden steeds kleinere turbines tot maximum 400 kW heeft geplaatst, terwijl in de in het geding zijnde opdracht 600 kW het minimum is - “en het feit dat Electrabel wel zulke opdrachten kan voorleggen, dient er toch vastgesteld te worden dat Interelectra 35 punten voor dit criterium krijgt en verzoekende partij slechts 20 punten”, zodat ook op dit selectiecriterium de quotering van de verzoekende partij hoger diende te zijn.

6.3. Wat het derde selectiecriterium betreft (“materiële middelen, technische uitrusting en logistiek”) stelt de verzoekende partij dat, ondanks het feit dat er volgens haar op dit vlak “in wezen geen werkelijk fundamenteel verschil bestaat” tussen haar eigen offerte en de offerte van de tussenkomende partij, het beoordelingsverslag aan de verzoekende partij nul punten toekent, terwijl de tussenkomende partij het maximum van de punten krijgt. Zo blijkt volgens de verzoekende partij “eens te meer [...] dat verzoekende partij ongelijk is behandeld, minstens dat geen afdoende motieven zijn terug te vinden voor het verschil in kwotering” en aldus heeft de verwerende partij “ook op dit criterium [...] zich manifest vergist in haar beoordeling [...] van verzoekende partij”.

6.4. Ten slotte doet de verzoekende partij inzake het vierde selectie criterium (“kwaliteitszorg”) gelden dat zij vaststelt “dat ten onrechte geen melding wordt gemaakt in het verslag van de volgende documenten uit haar offerte, dewelke nochtans wel aanleiding gaven tot vermelding bij Interelectra”, het gaat om een “ISO-normering”, het “kwaliteitshandboek TEE” en een “veiligheidsrapport”. Ondanks de aanwezigheid van deze documenten in haar offerte worden deze, in tegenstelling tot de offerte van de tussenkomende partij, niet in de beoordeling betrokken, zodat de verzoekende partij “ook met betrekking tot dit laatste criterium” “eens te meer van oordeel is dat er na een manifeste beoordelingsvergissing een onjuiste kwotering gebeurd is door de verwerende partij”, aangezien zij 5 punten op 15 behaalde en de tussenkomende partij het maximum met 15 op 15.

6.5. De verzoekende partij besluit: “al deze onvolkomenheden leiden ertoe dat de genomen beslissing volstrekt onwettig is en derhalve het aangevoerde middel als gegrond dient te worden beschouwd”.

7. In haar memorie van wederantwoord erkent de verzoekende partij “vanzelfsprekend dat de aanbestedende overheid in deze aangelegenheid over een eigen beslissingsbevoegdheid beschikt en derhalve de controle op de uitoefening van die bevoegdheid tot het gunnen van de kwestieuze opdracht slechts marginaal kan zijn”. Zij voegt hier aan toe:

“Het is evenwel niet die toetsing die het voorwerp van onderhavig middel uitmaakt, althans toch niet in hoofddorde.

Wat in het onderhavige eerste middel in hoofdzaak aan de bestreden beslissingen wordt verweten is dat zij niet op een uitdrukkelijke wijze werden gemotiveerd, zoals de wetgeving van 29 juli 1991 en de beginselen van behoorlijk bestuur terzake voorzien.

Op basis van de lezing van de motieven van de betrokken beslissingen kan er inderdaad door verzoekende partij niet worden begrepen waarom zij niet als bekwaam wordt weerhouden en een aantal andere kandidaten wel.

Die toetsing van de formele motiveringsplicht, waaraan elke aanbestedende overheid is onderworpen, mag niet marginaal gebeuren.

Het eerste middel dient dan ook aan een volledige wettigheidscontrole te worden onderworpen en er zal derhalve door Uw Raad dienen te worden nagegaan of de motieven waarvan de verwerende partij zich bedient, duidelijk, niet tegenstrijdig, juist, pertinent, concreet, precies en volledig zijn, derwijze dat verzoekende partij na lezing van de beslissingen zich terdege in rechte daartegen kon verweren”.

Vervolgens werkt zij haar betoog uit het verzoekschrift, met haar kritiek op de evaluatie van de vier selectiecriteria door de beoordelingscommissie, verder uit.

8. In haar laatste memorie geeft de verzoekende partij bij de beoordeling van het eerste selectie criterium nog een verwijzing naar arrest C-176/98 van 2 december 1999 van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Wat de drie overige selectiecriteria betreft beperkt zij zich tot een verwijzing naar “haar eerder neergelegde procedureakten” waarbij zij verklaart te “volharden in de door haar geponeerde stelling dat bij de beoordeling van deze criteria de verwerende partij evenmin op wettige wijze tot een afdoende en formele motivering van haar beslissingen is overgegaan”.

Beoordeling

9. Het verwijt dat de verzoekende partij in dit eerste middel tegen de bestreden beslissingen aanvoert wordt door haarzelf na kennisname van het inhoudelijk verweer als volgt samengevat in de memorie van wederantwoord:

“Wat in het onderhavige eerste middel in hoofdzaak aan de bestreden beslissingen wordt verweten is dat zij niet op een uitdrukkelijke wijze werden gemotiveerd, zoals de wetgeving van 29 juli 1991 en de beginselen van behoorlijk bestuur terzake voorzien”.

Nadat het auditoraat ook de inhoudelijke grieven heeft onderzocht en weerlegd verklaart de verzoekende partij in haar laatste memorie haar stelling te handhaven dat de verwerende partij niet “op wettige wijze tot een afdoende en formele motivering van haar beslissingen is overgegaan”.

Aldus mag worden besloten dat de verzoekende partij haar grieven [uiteindelijk] beperkt tot de schending van de formele motiveringsplicht, zoals deze is vervat in de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

10. In het inleidend verzoekschrift en in de memorie van wederantwoord ontwikkelt de verzoekende partij, niettegenstaande de beweerde gebrekkige formele motivering van de bestreden beslissingen, een uitgebreid feitelijk betoog gericht tegen de motieven van de beslissing tot niet-selectie.

Uit het feitenrelaas blijkt bovendien dat haar met het schrijven van de verwerende partij van 20 november 2002 een afschrift van het beoordelingsverslag werd bezorgd, naar welk verslag de bestreden beslissingen uitdrukkelijk verwijst en welk verslag het voorwerp van voornoemde kritiek uitmaakt.

De verzoekende partij blijkt aldus kennis te hebben gekregen van de motieven die aan de bestreden beslissingen ten grondslag liggen, waardoor het voornaamste doel van de uitdrukkelijke motiveringsplicht is bereikt : de verzoekende partij kent de motieven van de beslissing zodat zij in staat was om zich een oordeel te vormen of het al dan niet zin had die beslissing met rechtsmiddelen aan te vechten. Zij heeft zulks overigens gedaan met het voorliggende beroep.

Het eerste middel is dan ook niet ontvankelijk bij gebrek aan belang.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

11. De verzoekende partij put het tweede middel uit de schending van “artikel 24 van de wet van 24 december 1993, uit de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel, uit de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en uit machtsoverschrijding”.

Zij acht deze bepalingen geschonden doordat de verwerende partij in de bestreden beslissingen het gemotiveerd advies van de beoordelingscommissie “louter en volledig overneemt (met alle onwettigheden zoals vermeld in het eerste middel inbegrepen)”, zonder “op welk ogenblik dan ook” gebruik te maken van haar eigen beoordelingsbevoegdheid ter zake, dit terwijl artikel 24 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de aanbestedende overheid - de verwerende partij als dusdanig en niet de beoordelingscommissie - een discretionaire bevoegdheid verleent, “die zij ook zelf concreet en daadwerkelijk dient te benutten”.

12. In haar memorie van wederantwoord verwijst de verzoekende partij naar de rechtspraak van de Raad van State inzake beslissingen over bouwvergunningen, door haar als volgt samengevat:

“Bij de motivering van beslissingen tot het verlenen van bouwvergunningen wordt een loutere verwijzing door het college van burgemeester en schepenen naar het advies van de gemachtigde ambtenaar niet voldoende geacht, daar het college hiermee enkel voldoet aan een wettelijke verplichting en een gunstig advies de beoordelingsbevoegdheid van het college intact laat”.

Zij stelt dat “niet [kan] ingezien worden waarom er in onderhavig geval naar analogie geen toepassing van voormelde rechtspraak zou kunnen worden gemaakt” nu “het eigen oordeel van de aanbestedende overheid [...] ook in deze aangelegenheid als noodzakelijk voor[komt]”. Zij voegt hier nog aan toe dat een motivering en beslissing door verwijzing slechts toegelaten zijn indien het advies waarnaar wordt verwezen deugdelijk werd gemotiveerd. Zoals uit het eerste middel blijkt beantwoorden de motieven vermeld in het advies van de beoordelingscommissie niet aan die eisen inzake deugdelijkheid.

13. De verzoekende partij wijst er in haar laatste memorie nog op dat “gelet op de bevoegdheid van de aanbestedende overheid (dewelke geen gebonden bevoegdheid is), [...] een eigen oordeel van de aanbestedende overheid en derhalve een eigen motivering van die overheid noodzakelijk [is]”. Zij blijft bij haar standpunt dat “een motivering door loutere verwijzing naar een voorafgaandelijk advies dat zelf niet afdoende gemotiveerd is niet kan volstaan om de verplichtingen opgelegd door de formele motiveringswet te vervullen” en zij handhaaft haar stelling “dat de rechtspraak waarnaar in de eerdere procedureakten werd verwezen naar analogie dient te worden toegepast en er geconcludeerd dient te worden dat de betrokken beslissing niet afdoende werd gemotiveerd”.

Beoordeling

14. Het door de verzoekende partij geschonden geachte artikel 24 van de voornoemde wet van 24 december 1993, luidde ten tijde van het nemen van de bestreden beslissingen als volgt:

“Een concessie voor openbare werken mag toegekend worden onder de voorwaarden bepaald door de Koning.
In de zin van deze wet verstaat men onder ‘concessieovereenkomst voor openbare werken’ de schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel door dewelke een in artikel 4, § 1 en § 2, 1° tot 8° en 10°, bedoelde aanbestedende

overheid aan een ander privaatrechtelijk of publiekrechtelijk persoon, de concessiehouder genoemd, het recht toekent om de werken of het werk uit te baten, zo nodig vergezeld van een prijs, waarvoor de concessiehouder hetzij de verbintenis aanging ze uit te voeren, hetzij gezamenlijk de conceptie en de uitvoering ervan op zich te nemen, hetzij ze te doen uitvoeren met eender welk middel”.

De Raad van State ziet niet in hoe uit deze bepaling zou volgen dat de verwerende partij haar beslissingen niet mocht motiveren door middel van een verwijzing naar het omstandig gemotiveerde en bij deze beslissingen gevoegde verslag van de beoordelingscommissie. In de mate dat het middel een grief put uit de schending van dit artikel is het dan ook niet ontvankelijk.

15. Uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, volgt dat de bestreden beslissingen in de akte de juridische en feitelijke overwegingen moeten vermelden die er aan ten grondslag liggen.

Door zich ter motivering van de bestreden beslissingen uitdrukkelijk aan te sluiten bij het verslag van de beoordelingscommissie heeft de verwerende partij zich de motieven van dit verslag eigen gemaakt. De motieven waarop de beoordelingscommissie zich heeft gesteund worden aldus de motieven waarop de verwerende partij zich steunt.

Hieruit volgt dat de verwerende partij, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij aanvoert, te dezen wel degelijk gebruik heeft gemaakt van haar eigen beoordelingsbevoegdheid nu zij door uitdrukkelijk te verwijzen naar het omstandig gemotiveerde advies van de beoordelingscommissie aldus klaarblijkelijk heeft geoordeeld dat van dit advies niet diende te worden afgeweken en dat de in dit verslag opgenomen beoordeling van de inschrijvers en hun offertes navolging verdiende.

16. De stelling dat in deze zaak bij analogie toepassing dient te worden gemaakt van de door de verzoekende partij aangehaalde rechtspraak inzake bouwvergunningen kan niet worden aanvaard, nu de Raad van State juist in de materie van de bouwvergunningen in elk geval de betrokken rechtspraak al sinds enige tijd heeft verlaten, zoals onder meer blijkt uit de arresten van de Raad van State nr. 192.373 van 14 april 2009, bvba De Decker-Van Riet (overwegingen 2.1.2.3 en 2.1.2.4) en nr. 184.522 van 24 juni 2008, Puttenaers (overweging 3.2.3).

Overigens valt de verwijzing naar een advies van een andere overheid niet zonder meer te vergelijken met een advies zoals te dezen, namelijk van een door de betrokken overheid zelf aangestelde beoordelingscommissie.

Het tweede middel wordt niet aanvaard.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

17. Het derde middel is gesteund op de schending van “artikel 127 van het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken”, de schending van “de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel”, op de “onwettigheid in toepassing van artikel 159 GW van de beslissing van de verwerende partij tot vaststelling van het bestek nr. 16DG/01/05” en op “machtsoverschrijding”.

De verzoekende partij werpt hiertoe op dat inzake de kwalitatieve selectie het bestek verwijst naar de artikelen 68, 69, 70 en 71 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, welke artikelen echter uitsluitend betrekking hebben op de overheidsopdrachten voor aanneming van diensten en bovendien bepalen dat zowel de kwalitatieve selectie als de beoordeling van de offertes bij een algemene offerteaanvraag in één en dezelfde fase kunnen gebeuren. Zij stelt dat “voormelde artikelen daadwerkelijk worden toegepast door de beoordelingscommissie en vervolgens door de verwerende partij (die het advies louter overneemt) bij het beoordelen van de bekwaamheid van de inschrijvers en dit ondanks het feit dat de bestreden beslissingen kaderen in een algemene offerteaanvraag voor concessies voor openbare werken”.

Betreffende de concessies voor openbare werken stelt artikel 127 van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996, echter uitdrukkelijk dat de aanbestedende overheid de kandidaten eerst selecteert op grond van de inlichtingen betreffende de persoonlijke toestand van de kandidaten en van de inlichtingen en de documenten die nodig zijn voor de beoordeling van de voorwaarden op financieel, economisch en technisch vlak waaraan ze moeten

voldoen en vervolgens in een verplicht afzonderlijke en daaropvolgende fase de gegadigden gelijktijdig en per aangetekende brief raadpleegt.

Beoordeling

18. In het auditorsverslag wordt het derde middel verworpen als niet ontvankelijk. Er wordt vastgesteld dat het middel “omfloerst [is] geformuleerd” en dat niet valt in te zien welk belang de verzoekende partij bij dit middel kan doen gelden.

Verre van haar belang bij het middel nader te ondersteunen, beperkt de verzoekende partij zich in haar laatste memorie, wat het derde middel betreft, tot een verwijzing naar “haar eerdere procedureakten”.

De Raad van State ziet mede gelet op deze omstandigheid geen redenen om af te wijken van het standpunt van het auditoraat, dat aldus wordt bijgevalen in het besluit dat het derde middel niet ontvankelijk is.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 juli 2010,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest