

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 207.231 van 7 september 2010
in de zaak A. 197.431/XII-6310.**

In zake: 1. de BVBA LENS/ASS ARCHITECTEN
2. de NV LIBOST-GROEP
beide handelend in hun hoedanigheid van deelgenoten van de
tijdelijke handelsvennootschap LENS/ASS ARCHITECTEN -
LIBOST GROEP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Hugo Lamon
kantoor houdend te Hasselt
de Schiervellaan 23
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE HEUSDEN-ZOLDER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Koen Geelen
kantoor houdend te Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partijen:

1. de BVBA ARCHITECTUUR ATELIER, MULTIPROFESSIO-
NELE ARCHITECTENVENNOOTSCHAP
2. de CVBA AXIS ARCHITECTEN & INGENIEURS
3. de BVBA Q-BUS ARCHITECTENBUREAU
alle handelend in hun hoedanigheid van deelgenoten van de
tijdelijke vereniging AAQ
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Mertens
kantoor houdend te Beringen
Scheigoorstraat 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 augustus 2010, strekt tot de
schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van het
besluit van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Heusden-
Zolder van 23 juli 2010 waarbij de studieopdracht architectuur, stabiliteit en
technieken voor de restauratie en renovatie van het ophaalmachinegebouw van het
voormalig mijnterrein te Zolder wordt gegund aan de TV AAQ.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 31 augustus 2010.

Staatsraad Jan Clement heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Hugo Lamon, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Kris Wauters, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Barbara Spapen, die loco advocaat Wim Mertens verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur Werner Weymeersch 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. Tussenkoms

3. Met een op 26 augustus 2010 ter post aangetekend verzoekschrift hebben de BVBA Architectuur Atelier, Multiprofessionele Architectenvennootschap, de CVBA Axis Architecten & Ingenieurs en de BVBA Q-Bus Architectenbureau, alle handelend in hun hoedanigheid van deelgenoten van de TV AAQ, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

Er is grond om het verzoek in te willigen, wat betreft de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

IV. Feiten

4.1. In het Publicatieblad van de Europese Unie en in het Bulletin der Aanbestedingen van 2 april 2010 verschijnt de aankondiging van een opdracht met volgende benaming : "studieopdracht architectuur, stabiliteit en technieken voor de restauratie en renovatie van het ophaalmachinegebouw van het voormalig mijnterrein te Zolder". De aanbestedende dienst is de gemeente Heusden-Zolder.

4.2. Op 29 maart 2010 verleent het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Heusden-Zolder zijn goedkeuring aan het bijzonder bestek en de raming voor de voormelde opdracht. De lastvoorwaarden worden vastgesteld zoals voorzien in het bijzonder bestek en zoals opgenomen in de algemene aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten. De raming bedraagt 1.718.000,00 euro, exclusief btw. De opdracht zal worden gegund bij wijze van algemene offerteaanvraag en de offertes dienen vóór 31 mei 2010 (16u) te worden ingediend.

In het bestek worden drie gunningscriteria vermeld, te weten (1) een conceptnota met omschrijving van de aanpak met onder meer de methodologie van de opdracht (50 punten), (2) de aard en intensiteit van de door de kandidaat-ontwerper(s) voorgestelde budgetbewaking en de aard en intensiteit van werfopvolging (10 punten) en (3) een nota in verband met het ereloon en de te betalen prijs als ereloon (40 punten, onder te verdelen in 5 punten voor de nota en 35 punten voor het ereloon als zodanig).

Met betrekking tot de gunningscriteria stelt het bestek het volgende :

"I.12 Gunningscriteria

Volgende criteria zijn van toepassing bij gunning van de opdracht. Aan elk criterium werd een gewicht toegekend. Op basis van de afweging van al deze criteria rekening houdende met het gewicht dat er aan werd toegekend, zal de opdracht gegund worden aan de offerte welke volgens deze afweging de voordeligste is.

I.12.1 Conceptnota met omschrijving van de aanpak met ondermeer de methodologie van de opdracht: 50 punten

De punten worden toegekend op basis van de conceptnota zoals beschreven onder I.6.1.

I.12.2. Aard en intensiteit van de door de kandidaat-ontwerper(s) voorgestelde budgetbewaking en aard en intensiteit van werfopvolging: 10 punten

De punten worden toegekend op basis van de nota zoals beschreven onder I.6.2.

I.12.3 De te betalen prijs als ereloon: 40 punten

I.12.3.1 Nota

De nota met de omschrijving van de aangeboden diensten, zoals beschreven in I.6.3 staat op 5 punten.

I.12.3.2 Het te betalen ereloon

Het te betalen ereloon staat op 35 punten.

De punten op dit onderdeel worden als volgt toegekend:

- aan de hand van de aangeboden tarieven wordt het ereloon berekend, uitgaande van een totaalbedrag van de uit te voeren werken van:

- voor de bouwwerken: € 13.803.010,35 exclusief BTW en erelonen;

- voor de buitenaanleg: € 517.120,15 exclusief BTW en erelonen.

Voor de berekening van het ereloon ten behoeve van de vergelijking van de offertes wordt uitgegaan van 2 bijkomende toelagedossiers.

Aan het aldus berekende laagste ereloon worden 35 punten toegekend.

Aan de overige inschrijvers worden vervolgens punten toegekend, waarbij telkens één punt wordt afgetrokken per begonnen schijf van 10.000 Euro (tienduizend Euro) dat het berekende ereloon hoger ligt dan het laagste ereloon".

De punten waarnaar verwezen wordt, luiden als volgt :

"I.6.1 Conceptnota

Visienota op monumentenrestauratie, scholenbouw en passiefbouw in het algemeen en visie op het project zelf. De inschrijver geeft de wijze aan waarop hij de opdracht in functie van de doelstellingen en uitgangspunten van de bouwheer benadert. Hij laat blijken dat hij rekening houdt met de specifieke behoeften en noden van de doelgroep(en) en gebruiker(s). Het aspect passief bouwen is voor de opdrachtgever met het oog op de latere uitbating van de school essentieel.

De visie zal ook specifiek onderbouwen hoe een goede architectonische oplossing voor het schoolgebruik wordt gerealiseerd, zoals, onder meer, logische planopbouw met een flexibele gebouwstructuur die tegemoet komt aan veranderende onderwijs- en ruimtebehoeften. De conceptnota bevat maximum 30 A4-pagina's en mag worden aangevuld met toelichtende schetsen en/of schema's.

I.6.2 Nota betreffende de aard en de intensiteit van de budgetbewaking en intensiteit van werfopvolging

De inschrijver stelt de organisatorische aanpak van het project voor. Deze heeft minstens betrekking op de interne projectorganisatie, inclusief de interne coördinatie, op de wijze van overleg met de bouwheer en op de budgetbewaking.

Deze nota beslaat maximum 10 A4-pagina's.

I.6.3 Nota in verband met het ereloon

Deze nota bevat een gedetailleerde omschrijving van de aangeboden diensten, naast deze die beschreven zijn in het bestek. Deze nota mag in geen enkel geval strijdig zijn met de bepalingen in dit bijzonder bestek. Aanvullingen en/of verfijningen van de besteksbepalingen zijn wel toegestaan. Deze nota bestaat uit maximum 10 A4-pagina's".

4.3. Uit het proces-verbaal van de opening van de offertes van 31 mei 2010 blijkt dat er vier bedrijven hebben ingeschreven.

4.4. Na de kwalitatieve selectie van de inschrijvingen worden de vier inschrijvers geselecteerd.

4.5. Na het administratief en technisch nazicht van de offertes en de vergelijking van de offertes in het "Verslag van nazicht van de offertes" van 19 juli 2010 blijkt dat de verzoekende partij de laagste prijs biedt (1.432.501,73 euro) en het tweede hoogste puntenaantal behaalt, met name 59 (onderverdeeld volgens gunningscriterium: 17/50; 4/10 en 38/40) en de tussenkomende partij de hoogste prijs (1.858.674,58 euro) en het hoogste puntenaantal, met name 64 (onderverdeeld volgens gunningscriterium: 49/50; 10/10 en 5/40).

Bijgevolg wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de tussenkomende partij.

4.6. Met het thans bestreden besluit wordt goedkeuring verleend aan het verslag van nazicht van de offertes en wordt de opdracht gegund aan de tussenkomende partij.

V. Onderzoek van de vordering

1. Algemeen

5.1. Op de opdracht zijn de volgende bepalingen van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, zoals gewijzigd door de wet van 23 december 2009, van toepassing :

"Art. 65/14. Op verzoek van elke persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht te bekomen en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld, kan de verhaalinstantie de beslissingen van de aanbestedende instanties vernietigen (...).

Art. 65/15. Onder dezelfde voorwaarden als die bedoeld in artikel 65/14 en zonder dat het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel is vereist, kan de verhaalinstantie, (...), de uitvoering van de in artikel 65/14 bedoelde beslissingen schorsen (...).

De vordering tot schorsing wordt ingediend volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid (...), overeenkomstig artikel 65/24.
(...)

Art. 65/23. § 1. De verhaalprocedures worden, op straffe van niet-ontvankelijkheid, ingesteld binnen de in de §§ 2 tot 4 (...) bedoelde termijnen vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling, al naargelang.

(...)

§ 3. De in artikel 65/15 bedoelde vordering tot schorsing wordt ingesteld binnen een termijn van vijftien dagen. (...)

Art. 65/24. Voor de verhaalprocedures bedoeld in de artikelen 65/14 en 65/15 is de verhaalinstantie:

1/ de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, wanneer de aanbestedende instantie een overheid is als bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State; (...)"

Krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de voorwaarde dat een ernstig middel wordt aangevoerd.

2. Het eerste middel

A. Uiteenzetting

5.2.1. De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift het volgende eerste middel aan :

"Het eerste middel:

Afgeleid uit de schending van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen; schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het gelijkheidsbeginsel, het materieel motiveringsbeginsel en de plicht van elke overheid om haar beslissing op deugdelijke gronden te motiveren; schending van het algemeen beginsel 'patere legem quam ipse fecisti'; (...).

Artikel 16 van de wet van 24 december 1993 luidt als volgt:

'Art. 16. Bij algemene of beperkte offerteaanvraag dient de opdracht toegewezen te worden aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek, of eventueel in de aankondiging van de opdracht. (De gunningscriteria moeten betrekking hebben op het onderwerp van de opdracht, bijvoorbeeld de kwaliteit van de producten of prestaties, de prijs, de technische waarde, het esthetisch en functioneel karakter, de milieukeurmerken, sociale en ethische overwegingen, de kosten van het gebruik, de rentabiliteit, de dienst naverkoop en de technische bijstand, de leveringsdatum en de termijn van levering of uitvoering). Behalve wanneer het bestek hierover anders beschikt, kan de aanbestedende overheid de eventuele vrije varianten in overweging nemen die door de inschrijvers voorgesteld werden Deze moeten de minimumvoorwaarden vervullen die in het bestek vermeld staan en aan de voor hun indiening gestelde eisen voldoen'.

De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 bepalen:

'Art. 2. De bestuurshandelingen van de besturen bedoeld in artikel 1 moeten uitdrukkelijk worden gemotiveerd.

Art. 3. De opgelegde motivering moet in de akte de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen. Zij moet afdoende zijn'.

(...)

De bestreden beslissing weerhoudt 4 gunningscriteria met volgende puntenspreiding:

- 1) Conceptnota met omschrijving van de aanpak met ondermeer de methodologie van de opdracht: 50 punten
- 2) Aard en intensiteit van de door de kandidaat-ontwerper(s) voorgestelde budgetbewaking en aard en intensiteit van de werfopvolging: 10 punten
- 3) Nota in verband met het ereloon: 5 punten
- 4) De te betalen prijs als ereloon: 35 punten

Verzoekende partij behaalt respectievelijk voor

- 1) 9 /50
- 2) 3/10
- 3) 3/5
- 4) 35/35

Verzoekende partij krijgt hiermee in de bestreden beslissing de tweede puntenscore (59/100), terwijl de weerhouden kandidaat 64 punten scoort (met respectievelijk 49/50; 10/10; 5/5 en 0/35). De weerhouden kandidaat kan enkel tot de beste puntenscore komen door op alle criteria behalve de prijs bijna het maximum te scoren.

(...)

Het staat buiten betwisting dat de aanbestedende overheid in beginsel over een marge van appreciatie beschikt bij de beoordeling van de offertes, waarbij dient te worden nagegaan of de uitoefening van die beoordelingsvrijheid niet op kennelijk onredelijke wijze gebeurde.

Verwerende partij hanteert een quotering op punten in het licht van de vooropgestelde gunningscriteria en op grond daarvan beweert ze de regelmatig ingeschreven laagste inschrijver te hebben weerhouden. De beoordelingsmethodiek moet toelaten om achteraf controle te kunnen uitoefenen op de wijze waarop de aanbestedende overheid de offertes inhoudelijk heeft beoordeeld, wat ertoe moet leiden dat de aanbestedende overheid slechts de criteria hoeft toe te passen die in de betrokken regeling zijn neergelegd. Dit is in casu duidelijk niet het geval, nu de puntenscore klaarblijkelijk niet als bepalend criterium is weerhouden. Verzoekende partij heeft immers de tweede puntenscore en wordt in de finale rangschikking op onverklaarbare wijze op de derde plaats gerangschikt terwijl ze de tweede puntenscore heeft en de beste (door verwerende partij 'nagerekende') prijs heeft. De gehanteerde puntenquotering is derhalve klaarblijkelijk niet het enige selectiecriterium, zodat er niet draagkrachtig wordt gemotiveerd waarom de TV AAQ de 'economisch meest voordelige regelmatige offerte' heeft ingediend. Het valt in alle redelijkheid niet in te zien waarom verzoekende partij slechts op de derde plaats is gerangschikt, terwijl het de laagste prijs heeft en de tweede score behaalt bij de beoordeling op punten. Nu de bestreden beslissing in de finale rangschikking een willekeurige volgorde hanteert, is de bestreden beslissing niet enkel kennelijk onredelijk, maar miskent ze tevens de formele en materiële motiveringsplicht. Uit de bestreden beslissing kan immers niet worden afgeleid welk criterium de doorslag heeft gegeven voor het toekennen van de gunning aan de TV AAQ.

Het middel is ernstig.

(...)

De bestreden beslissing geeft punten op 4 gunningscriteria. Verzoekende partij heeft ontegensprekelijk de beste prijs en krijgt hiervoor een score van 35/35. De weerhouden inschrijver heeft op dit punt, dat toch een belangrijk deel vormt van de beoordeling, een score van 0/35.

Bij de drie andere criteria krijgt verzoekende partij bijzonder lage scores, terwijl de weerhouden inschrijver daar bijna het maximum scoort (64/65). De bestreden beslissing is kennelijk onredelijk en niet door draagkrachtige motieven geschraagd door de opdracht te gunnen aan de weerhouden inschrijver die nochtans op een essentieel onderdeel van de gunning (met name: de prijs) geen enkel punt scoort. Het is evident dat de gehanteerde beoordelingsmethodiek ertoe moet leiden dat de beste/voordeligste offerte moet weerhouden worden, zowel op het niveau van een bepaald gunningscriterium als in de totaliteit (vgl. R.v.St., 26 september 2006, nr. 162.757, NV STRABAG; R.v.St., 2 maart 2000, nr. 85.750, WASTE COLLECTION SYSTEMS BELGIUM).

Een normaal zorgvuldige overheid vermag niet een offerteaanvraag te honoreren die, bij toepassing van een quoterings, ertoe leidt dat zonder bijzondere motivering veruit de duurste inschrijver wordt weerhouden en de bestreden beslissing dit niet motiveert.

(...)

Het is vaststaand dat de gunningsbeslissing moet gedragen zijn door motieven die zowel in rechte als in feite toelaatbaar zijn. Meer bepaald moeten zij berusten op correcte, volledige en relevante feiten en dienen zij draagkrachtig te zijn. Dit vloeit immers voort uit de materiële motiveringsplicht van de aanbestedende overheid.

Bij de beoordeling vereist het gelijkheidsbeginsel dat alle inschrijvers op een gelijke manier worden behandeld. Indien bij de ene kandidaat een criterium als positief wordt weerhouden, vereist de gelijke behandeling dat dit ook bij de andere inschrijvers die aan dit criterium voldoen in aanmerking wordt genomen. Minstens moet, indien dit niet gebeurt, uit de bestreden beslissing op afdoende wijze blijken waarom de inschrijvers anderssoortig worden behandeld, bij gebreke waaraan de bestreden beslissing kennelijk onredelijk is en niet op deugdelijke gronden is gestoeld.

Het blijkt overigens dat in de bestreden beslissing er alles aan gedaan is om de hoogste inschrijver via abnormale quoterings bij de kwalitatieve beoordelingen alsnog de hoogste score te laten krijgen. Dit is kennelijk onredelijk.

Dit blijkt uit de hierna nader aangehaalde specifieke beoordeling van de criteria:

Het eerste gunningscriterium

(...)

Pagina 12 van het bestek (punt 1.12.1) meldt dat punten worden toegekend voor de conceptnota op grond van de criteria vermeld onder 1.6.1. Daar wordt gespecificeerd dat de inschrijver 'de wijze (aangeeft) waarop hij de opdracht in functie van de doestellingen en uitgangspunten van de bouwheer benadert'.

In de bestreden beslissing wordt, met betrekking tot de visie op 'monumentenrestauratie' (punt 1.1.) enkel gesteld dat verzoekende partij 'geen duidelijk uitgeschreven visie' weergeeft. Verzoekende partij heeft echter twee schetsontwerpen gemaakt waarin haar visie vervat zit en bovendien werd die visie ook geëxpliciteerd aan de hand van de referentieprojecten. In de bestreden beslissing wordt hierover niet gesproken, terwijl deze elementen ook voldoen aan de in het bestek opgelegde voorwaarde om aan te geven op welke wijze de doelstellingen en uitgangspunten van de bouwheer zullen worden benaderd. (schending gelijkheidsbeginsel). Bovendien kan niet worden betwist dat er ook een mondelinge toelichting heeft plaatsgevonden en toen door verzoekende partij een presentatie werd gegeven met uitgebreide aandacht voor haar visie, zodat de bestreden beslissing op foutieve feitelijke elementen berust (schending materiële motivering).

(...)

Met betrekking tot 'de visie op scholenbouw' (punt 1.2.) beperkt de bestreden beslissing zich tot de vermelding dat verzoekende partij 'geen visie op scholenbouw' zou hebben aangegeven. Ook hier wordt voorbijgegaan aan de

door verzoekende partij aangegeven referentieprojecten, waaruit overigens ook de aandacht blijkt van verzoekende partij voor de breedte van de trappen en de gangen en de luchtverversing. In de bestreden beslissing wordt in de beoordeling van de weerhouden inschrijver de breedte van de trappen en de luchtverversing als een positief punt benaderd, terwijl dit evidenties zijn die ook blijken uit de referentieprojecten van verzoekende partij (schending van het gelijkheidsbeginsel). Indien verwerende partij op grond van de schetsen en referentieprojecten zelf niet in staat zou zijn om de visie van verzoekende partij te ontdekken, had zij de plicht zich te laten bijstaan door deskundigen (vgl. R.v.St., 21 december 2006, nr. 166.264, THV NORIANT), wat ze nagelaten heeft te doen.

(...)

Bij het onderdeel 'algemene visie op het project' (punt 2.1) wordt bij de beoordeling van de voorstellen van AAQ gesteld dat het gebruik van warmtekrachtkoppeling een voordeel is, terwijl dit in passiefhuisconstructies een onbruikbare techniek is (stookseizoen is namelijk tekort en de warmtebehoefte te laag), zodat de motieven die aanleiding geven tot de hoge quoterings voor AAQ (en de lagere voor verzoekende partij) op foute feitelijke veronderstellingen gebaseerd zijn, aldus foutief zijn en niet draagkrachtig kunnen zijn (schending materiële motivering). Ook hier geldt dat verwerende partij zorgvuldig had gehandeld, en zich bijvoorbeeld door een deskundige had laten bijstaan bij de beoordeling van de inschrijvingen, ze niet tot een dergelijke en kennelijk onredelijke motivering had kunnen komen.

(...)

Bij het punt 'is er rekening gehouden met specifieke noden en behoeften van de doelgroep en de gebruikers?' (punt 2.3) wordt bij AAQ vermeld dat in het door haar voorgestelde concept 'de klaslokalen rechtstreeks daglicht' hebben, terwijl dit ook in de voorstellen van verzoekende partij zo is (schending van het gelijkheidsbeginsel). De bestreden beslissing maakt niet aannemelijk waarom het rechtstreeks daglicht bij de ene inschrijver een uitdrukkelijk positieve vermelding krijgt, terwijl dit ook bij verzoekende partij aanwezig is en onbesproken blijft. Dit is geen objectieve beoordeling, wat maakt dat de bestreden beslissing kennelijk onredelijk is.

Het tweede gunningscriterium

(...)

Verzoekende partij krijgt 3 punten omdat in de voorontwerpfase met een elementraming wordt gewerkt (punt 2.1). Dit beantwoordt aan de voorwaarde die uitdrukkelijk in het bestek is opgenomen (zie punt 1.6.2), omdat hiermee de 'organisatorische aanpak van het project' wordt voorgesteld. Het valt niet in redelijkheid in te zien waarom de aanbestedende overheid hiervoor 3 punten toekent en er 5 toekent aan AAQ die 'grote aandacht aan de kostenbeheersing' beklemtoont. Uit niets blijkt dat verzoekende partij niet dezelfde bekommernis heeft, zodat uit de bestreden beslissing niet valt af te leiden waarom bij gelijke voorstellen er andere quoterings worden gegeven voor verzoekende partij en AAQ, zodat er geen draagkrachtige motieven ten grondslag liggen aan de verschillende quoterings op dit punt.

(...)

Bij het punt 'aard en intensiteit van werfopvolging' (punt 2.2.) scoort verzoekende partij slechts 1 punt. AAQ krijgt het maximum van 5 punten, o.m. op grond van de overweging dat de nabijheid van zowel AXIS (in Hasselt) als Q-BUS (in Heusden-Zolder) een 'operationeel voordeel is' en binnen AAQ het projectmanagement is toegewezen aan architectenbureau Q-bus dat op 5 minuten afstand van het project is gevestigd wat ook als een 'operationeel voordeel' wordt omschreven.

De bestreden beslissing vermeldt bij de beoordeling van verzoekende partij niet dat de partners eveneens gevestigd zijn te Hasselt (Lens/Ass en Libost

Groep) en dat de onderaannemer bijzonder technieken CENERGIE ook in Heusden-Zolder gevestigd is (op een boogscheut van het project). Zeker de positie van deze laatste is, gelet op de bijzondere aard van het project van groot belang. Het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden in de mate dat dit voordeel wel in rekening wordt gebracht van de ene inschrijver en niet bij de andere inschrijver, wat aanleiding geeft tot een verschillende score van respectievelijk 1/5 en 5/5 wat kennelijk onredelijk is nu niet valt in te zien dat een normaal en zorgvuldig handelende overheid tot een dergelijk verschillend resultaat kan komen.

Het derde gunningscriterium

(...)

De bestreden beslissing stelt dat verzoekende partij een ereloon van 6 % hanteert omdat 'er eerder vertrokken wordt van uit de idee van een conservatie, eerder dan van restauratie'. Deze bewering is feitelijk onjuist en blijkt niet uit het dossier, zodat deze bewering niet op draagkrachtige wijze een score van 3/5 kan schragen, terwijl de weerhouden inschrijver een 5/5 krijgt terwijl hij een hoger ereloon in rekening brengt. Dit is kennelijk onredelijk.

Verzoekende partij rekent geen ereloon van 6 % aan, maar wel van 9,8 %. De 6% is enkel het ereloon op de architectuur.

Het valt verder niet in te zien in welke mate de bewering bij de beoordeling van de weerhouden inschrijver dat deze 'duidelijke afspraken' heeft gemaakt voor de verdeling van het ereloon tussen de partners dit punt van de bestreden beslissing op draagkrachtige manier kan schragen, nu dit niets verandert aan de totale prijs en dit punt ten aanzien van de aanbestedende overheid een neutraal gegeven zou moeten zijn. In het aanbestedingsdossier van verzoekende partij zit overigens ook de overeenkomst tussen de partners van de tijdelijke vereniging, zodat in alle redelijkheid niet valt in te zien waarom verzoekende partij daarvoor dan geen vermelding krijgt en dit ook geen aanleiding geeft tot een hogere score.

(...)

De bestreden beslissing is dan ook niet afdoende gemotiveerd en berust op foutieve feitelijke elementen. Bovendien is het duidelijk dat bij de beoordeling een aantal gegevens die manifest in het dossier van verzoekende partij voorhanden waren niet in rekening zijn genomen terwijl deze zelfde elementen wel in rekening werden gebracht bij de beoordeling van de andere kandidaten (en meer in het bijzonder bij de toegewezen inschrijver). Dit is een schending van het gelijkheidsbeginsel, maar maakt ook dat de bestreden beslissing op kennelijk onredelijke wijze is tot stand gekomen.

Het middel is dan ook ernstig".

B. Beoordeling

5.2.2. De aanbestedende overheid beschikt bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een grote beoordelingsvrijheid en de Raad van State mag zich niet in de plaats van het bestuur stellen.

5.2.3. Op het eerste gezicht dient de verwerende partij te worden bijgetreden waar zij stelt dat de verzoekende partij wel degelijk als tweede werd gerangschikt en dat het nummer 3 dat haar wordt toegekend in het bestreden besluit

en de daarbij horende documenten een loutere nummering van de inschrijvers betreft bij het openen van de offertes. Anders dan de verzoekende partij voorhoudt is de puntenscore dus wel degelijk "als bepalend criterium (...) weerhouden".

Het is eigen aan een offerteaanvraag dat de overheid de regelmatige offerte kiest die haar het voordeligst lijkt, rekening houdend onder meer met de in het bestek vermelde criteria, en niet noodzakelijkerwijze de goedkoopste.

5.2.4. Wat betreft het eerste en belangrijkste gunningscriterium, met name de conceptnota, beweert de verzoekende partij niet dat zij in haar conceptnota een visie op monumentenrestauratie en een visie op scholenbouw heeft uitgeschreven, maar wel dat de aanbestedende overheid deze visies, desnoods met bijstand van een deskundige, had moeten afleiden uit twee schetsontwerpen en de door haar aangegeven referentieprojecten. Op het eerste gezicht stelt de verwerende partij terecht dat het van haar niet gevraagd kon worden om uit de voornoemde elementen een duidelijke en uitgewerkte visie te distilleren.

Op het eerste gezicht voert de verwerende partij terecht aan dat de verzoekende partij niet aantoont dat de in het bestek voorziene passiefhuisstandaard elk gebruik van een warmtekrachtkoppeling voor supplementair gebruik uitsluit.

Het feit dat in haar voorstellen de klaslokalen rechtstreeks daglicht krijgen heeft de verzoekende partij blijkbaar niet in de geschreven nota van haar offerte opgenomen, en zij duidt ook in haar verzoekschrift niet aan waaruit de verwerende partij dit had moeten afleiden.

Er blijkt in het verzoekschrift niet te worden ingegaan op de essentiële kritiek op de conceptnota van de verzoekende partij, met name dat de daarin opgenomen denkpistes "vrij rudimentair (worden) uitgewerkt, zonder benaderende berekening van oppervlaktes, zonder verdere duidelijke keuzes inzake buitenaanleg, zonder verdere specificering inzake technieken, ...".

5.2.5. Ten aanzien van het eerste element van het tweede gunningscriterium, met name de budgetbewaking, bleek uit het bestek het belang van een gedetailleerde kostenraming. Op het eerste gezicht kon de verwerende partij zonder schending van de aangevoerde rechtsregels de voorkeur geven aan het voorstel van de tussenkomende partij om van in het begin een gedetailleerde opmeting door te

voeren met tussentijdse controles boven het voorstel van de verzoekende partij om in de voorontwerpfase "slechts" met een elementenraming te werken.

Wat betreft het tweede element van het tweede gunningscriterium, met name de werfopvolging, blijkt niet dat de door de verzoekende partij in haar verzoekschrift aangebrachte elementen dat haar onderaannemer eveneens in Heusden-Zolder is gevestigd en dat deze zou instaan voor de werfopvolging terug te vinden zouden zijn in de nota betreffende de werfopvolging van haar offerte. Op het eerste gezicht kan de verwerende partij dan ook niet verweten worden met deze elementen geen rekening te hebben gehouden.

5.2.6. Met betrekking tot het derde gunningscriterium voert de verzoekende partij alleen kritiek aan met betrekking tot de beoordeling van het subcriterium "nota in verband met het ereloon" (5 punten).

In zoverre de verzoekende partij voorhoudt dat uit haar offerte een visie op monumentenrestauratie blijkt, wordt verwezen naar de beoordeling van de kritiek op de invulling van het eerste gunningscriterium (nr. 5.2.4).

De verwerende partij wijst erop dat de nota in verband met het ereloon van de tussenkomende partij een apart ereloonpercentage voor de architectuur van de nieuwbouw en vernieuwbouw (5,60 %) en voor de restauratie (13 %) voorziet. Op het eerste gezicht ontkrachten de door de verzoekende partij aangebrachte elementen de kritiek in het bestreden besluit niet dat, in vergelijking met de andere offertes, de nota in verband met het ereloon van de verzoekende partij "een algemene nota (is) die niet ingaat op (de) specificiteit van deze opdracht".

5.2.7. Het eerste middel is niet ernstig.

3. *Het tweede middel*

A. Uiteenzetting

5.3.1. De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift het volgende tweede middel aan :

"Afgeleid uit de schending van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming

van werken, leveringen en diensten; de artikelen 19 en 110 § 1 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies van openbare werken, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen; de plicht van elke overheid om haar beslissing op deugdelijke gronden te motiveren; schending van het algemeen beginsel 'patere legem quam ipse fecisti';

(...)

Artikel 16 van de Wet van 24 december 1993 luidt als volgt:

'Art. 16. Bij algemene of beperkte offerteaanvraag dient de opdracht toegewezen te worden aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek, of eventueel in de aankondiging van de opdracht. (De gunningscriteria moeten betrekking hebben op het onderwerp van de opdracht, bijvoorbeeld de kwaliteit van de producten of prestaties, de prijs, de technische waarde, het esthetisch en functioneel karakter, de milieukeurmerken, sociale en ethische overwegingen, de kosten van het gebruik, de rentabiliteit, de dienst naverkoop en de technische bijstand, de leveringsdatum en de termijn van levering of uitvoering.) Behalve wanneer het bestek hierover anders beschikt, kan de aanbestedende overheid de eventuele vrije varianten in overweging nemen die door de inschrijvers voorgesteld werden. Deze moeten de minimumvoorwaarden vervullen die in het bestek vermeld staan en aan de voor hun indiening gestelde eisen voldoen'.

Artikel 1 van het KB van 8 januari 1996 luidt o.m. als volgt:

'Onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van aannemers van werken, kan de technische bekwaamheid van de aannemer aangetoond worden door één of meer van de volgende referenties:

(...)

2/ door de lijst van de werken uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar, en gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering voor de belangrijkste werken. Deze getuigschriften bevatten het bedrag, het tijdstip en de plaats van uitvoering van de werken en geven duidelijk weer of deze uitgevoerd werden volgens de regels van de kunst en of ze op regelmatige wijze tot een goed einde werden gebracht. In voorkomend geval zullen deze getuigschriften door de bevoegde overheid rechtstreeks aan de aanbestedende overheid toegezonden worden;

(...)

De aanbestedende overheid geeft in de aankondiging van opdracht of in de uitnodiging tot het indienen van een offerte aan, welke van deze referenties zij verlangt'.

Artikel 110 § 1 van ditzelfde KB bepaalt:

'De gunning vindt plaats op basis van het gunningscriterium of van de gunningscriteria, nadat de geschiktheid van de inschrijvers of van de kandidaten die niet zijn uitgesloten door de aanbestedende overheid is nagegaan overeenkomstig de regels in verband met de kwalitatieve selectie'.

De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 bepalen:

'Art. 2. De bestuurshandelingen van de besturen bedoeld in artikel 1 moeten uitdrukkelijk worden gemotiveerd.

Art. 3. De opgelegde motivering moet in de akte de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen. Zij moet afdoende zijn'.

(...)

In de aankondiging van de opdracht wordt onder III.2 'Voorwaarden voor deelneming' onder III.2.3 'Vakbekwaamheid' gevraagd referenties te verstrekken. De tekst luidt als volgt:

'III.2.3) Vakbekwaamheid:

Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan:

1.7.3.1. Kwalificaties (artikel 71, 1/)

Door studie- en beroepskwalificaties van de dienstverlener en/of het ondernemingskader en, in het bijzonder van de verantwoordelijke(n) voor de uitvoering van deze opdracht.

a) Studiekwalificaties : diploma's en studiecificaten van de ontwerper(s) en/of van het ondernemingskader en eventuele onderaannemers;

b) Beroepskwalificaties: opgave van het aantal jaar relevante beroepservaring in de sectoren monumentenzorg en passiefbouw.

De inschrijver vermeldt de personen die zullen instaan voor de specifieke studies en berekeningen eigen aan de passiefstandaardmethode. Voor elk van deze personen levert hij hun curriculum vitae en vermeldt de specifieke domeinen waarin zij zullen ingezet worden.

De volgende domeinen moeten worden gedekt:

- vertrouwd zijn met energiezuinige bouw tendensen, in het bijzonder passief bouwen;
- vertrouwd zijn met de regelgeving betreffende energieprestaties in publieke gebouwen;
- goede kennis en ervaring met de noodzakelijke berekeningsprogramma's voor passiefgebouwen (dynamische simulaties PHPP, zomercomfortanalyses);
- ervaring met praktische knelpunten en uitvoering op het terrein;

1.7.3.2. Relevante referenties (artikel 71, 2/).

Bij het opgeven van referenties wordt er rekening gehouden met de omvang en de complexiteit van het voorliggende project zoals beschreven in bijlage bij dit bestek. De inschrijver dient zijn bekwaamheid aan te tonen om elke fase van de opdracht te kunnen uitwerken. De referenties dienen dus niet noodzakelijk alle domeinen op specifieke taken te staven, het volledige team van personen en bijhorende referenties echter wel.

Het is toegestaan dat de inschrijver, met het oog op het samenstellen van een geschikt team, bestaat uit meer dan één partner.

a. Wat betreft het gedeelte restauratie:

De inschrijver moet zijn bekwaamheid aantonen aangaande de technische en financiële facetten die van toepassing zijn bij de restauratie van industrieel erfgoed, waarin tenminste volgende disciplines aan bod komen:

- restauratie van metaalstructuren, metselwerk, buitenschrijnwerk
- architectuur
- monumentenzorg.

Het betreft minimum 2 (twee) RELEVANTE referenties van restauraties, uitgevoerd tijdens de laatste drie jaar in binnen- of buitenland, waarbij de processen-verbaal van de opleveringen (voorlopig of definitief) van restauratiewerkzaamheden bijgevoegd worden.

Daartoe verstrekt de ontwerper de volgende gegevens:

- beschrijving van het referentieproject;
- datum van oplevering;
- naam en adres van de opdrachtgever;
- beschrijving van de aanpak van het referentieproject (methodologie) met vermelding van de wijze van controle van de uitvoering van het referentieproject en van de gedeelten die desgevallend in onderaanneming werden gegeven;
- mate van betrokkenheid bij het referentieproject: als eindverantwoordelijke, als medewerker, dan wel als stagiair.

Indien geen relevante referenties beschikbaar zijn, schrijft de ontwerper een grondige motivering waarom hij meent in aanmerking te komen voor de opdracht.

b. Wat betreft het gedeelte renovatie:

het betreft minstens 2 (twee) RELEVANTE referenties van renovaties uitgevoerd tijdens de laatste drie jaar in binnen- of buitenland, waarbij de processen-verbaal van de opleveringen (voorlopig of definitief) van deze werken bijgevoegd worden. De ontwerper verstrekt daartoe de volgende gegevens:

- beschrijving van het referentieproject;
- datum van oplevering;
- naam en adres van de opdrachtgever;
- beschrijving van de aanpak van het referentieproject (methodologie) met vermelding van de wijze van controle van de uitvoering van het referentieproject en van de gedeelten die desgevallend in onderaanneming werden gegeven;
- mate van betrokkenheid bij het referentieproject: als eindverantwoordelijke, als medewerker, dan wel als stagiair.

Indien geen relevante referenties beschikbaar zijn, schrijft de ontwerper een grondige motivering waarom hij meent in aanmerking te komen voor de opdracht.

c. Wat betreft het gedeelte passiefstandaard:

voor elk van de personen die in zijn offerte worden vermeld voegt hij een lijst toe van maximum 3 pertinente referenties die de bekwaamheid aantonen van de persoon binnen één of meerdere van bovenvermelde domeinen. Het betreft referenties van passiefgebouwen uitgevoerd tijdens de laatste drie jaar in binnen- of buitenland, waarbij de processen-verbaal van de opleveringen (voorlopig of definitief) van deze werken bijgevoegd worden. De ontwerper verstrekt daartoe de volgende gegevens: beschrijving van het referentieproject;

- datum van oplevering;
- naam en adres van de opdrachtgever;
- beschrijving van de aanpak van het referentieproject (methodologie) met vermelding van de wijze van controle van de uitvoering van het referentieproject en van de gedeelten die desgevallend in onderaanneming werden gegeven;
- mate van betrokkenheid bij het referentieproject: als eindverantwoordelijke, als medewerker, dan wel als stagiair.

Indien geen relevante referenties beschikbaar zijn, schrijft de ontwerper een grondige motivering waarom hij meent in aanmerking te komen voor de opdracht'.

Zowel in de aankondiging als in het bestek worden de inschrijvers verplicht een aantal referenties voor te leggen. De referenties worden als belangrijk aangemerkt gelet 'op de omvang en de complexiteit van het voorliggende project'.

Uit het gunningverslag blijkt niet dat deze referenties afdoende werden onderzocht en er zijn geen motieven terug te vinden waaruit blijkt dat de partij aan wie de opdracht is gegund voldoet aan de vereiste voorwaarden. De voorwaarden vergen ook een bijzondere beoordeling, die in het geheel ontbreekt in de bestreden beslissing. De loutere vermelding 'OK' bij deze voorwaarde is niet van aard om de bestreden beslissing draagkrachtig te motiveren en de niet eens veruitwendigde motieven kunnen de genomen beslissing dan ook niet schragen.

Aldus heeft de verwerende partij onwettig, in strijd met de eigen regels en artikel 19 van het KB van 8 januari 1996 de gekozen inschrijver geselecteerd (voor zover deze niet het voldoende aantal referenties heeft toegevoegd aan zijn

inschrijving, in welk geval er een schending is van art. 110 van het KB van 8 januari 1996) of toch minstens in strijd met de formele (en) de materiële motiveringsplicht nu uit de bestreden beslissing niet blijkt over welke referenties het gaat en in welke mate deze referenties voldoen aan de in de oproep en het bestek gestelde voorwaarden.

Het middel is dan ook ernstig".

B. Beoordeling

5.3.2. De verwerende partij wijst er terecht op dat het ter gelegenheid van de selectie was dat alle vier de inschrijvers een "OK" voor referenties hebben gekregen. Deze referenties waren dus een noodzakelijke voorwaarde om te worden geselecteerd, en geen gunningscriterium uit het bestek dat het voorwerp heeft uitgemaakt van een weging die heeft geleid tot de puntenverdeling. In dat licht kon in het bestreden besluit op het eerste gezicht worden volstaan met de vermelding "OK".

In zoverre de verzoekende partij voorhoudt dat de verwerende partij haar referenties toch had moeten betrekken bij het nazicht van de gunningscriteria herneemt zij een onderdeel van haar eerste middel, zodat kan worden verwezen naar de hiervoor (nr. 5.2.4) gegeven beoordeling.

Overigens kan op het eerste gezicht bezwaarlijk worden beweerd dat de referenties van de tussenkomende partij onbestaande of irrelevant waren nu zij, zoals de verwerende partij ter terechtzitting opmerkt, onder meer de mijnsite "C-mine" in Winterslag heeft opgegeven.

5.3.3. Het tweede middel is niet ernstig.

4. Besluit

5.4. De conclusie is dat er geen ernstig middel wordt aangevoerd. Er is niet voldaan aan deze bij artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State opgelegde voorwaarde om de schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit te kunnen bevelen. Deze vaststelling volstaat om de vordering af te wijzen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de BVBA Architectuur Atelier, Multiprofessionele Architectenvennootschap, de CVBA Axis Architecten & Ingenieurs en de BVBA Q-Bus Architectenbureau, alle handelend in hun hoedanigheid van deelgenoten van de tijdelijke vereniging AAQ, tot tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 350 euro, elk voor de helft.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 375 euro, elk voor een derde.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zeven september tweeduizend en tien, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Jan Clement,
bijgestaan door

Elisabeth Impens,

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Jan Clement