

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 208.492 van 28 oktober 2010
in de zaak A. 184.738/XII-5173**

In zake: de NV ALLCOMM, thans de NV SPITZ
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de PROVINCIE LIMBURG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 9 augustus 2007, strekt tot de nietigverklaring van “het Besluit van de Bestendige Deputatie van de provincie Limburg dd. 10 mei 2007 waarbij de opdracht voor het uitwerken van een strategisch regiomarkeringconcept, vertaald in een beeld en slogan en een communicatiestrategie voor de provincie, met ingang van 27 juni 2002 en zodoende retroactief wordt gegund aan de groep C & Slangen voor een bedrag van 201.612 euro inclusief btw”.

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.

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 18 mei 2010.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gregory Verhelst, die loco advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Leopold Schellekens, die loco advocaat David D’Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft 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 schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een overheidsopdracht van diensten voor de “uitwerking van een strategisch regiomarketing-concept, vertaald in een beeld en slogan en communicatiestrategie en uitgewerkt in een concreet project rond culturele profilering”. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 26 april 2002.

Volgens het bestek dient het bestuur de regelmatige offerte die haar het voordeligst lijkt te kiezen met inachtneming van de volgende gunningscriteria :

- prijs / 25 punten
- methodologie / 25 punten
- expertise van het betrokken personeel / 25 punten
- eigen visie op de opdracht / 25 punten.

3.2. Op 28 mei 2002 worden de inschrijvingen geopend. Naast de verzoekende partij hebben ook de Groep C & Slangen, Impuls en TWBA een offerte ingediend.

3.3. Een gunningsverslag wordt opgesteld op 10 juni 2002. Er wordt voorgesteld om de opdracht toe te wijzen aan de Groep C & Slangen.

3.4. Op 27 juni 2002 beslist de bestendige deputatie om de opdracht toe te wijzen aan de Groep C & Slangen. Op 28 augustus 2002 wordt de verzoekende partij van deze beslissing op de hoogte gebracht.

3.5. De verzoekende partij stelt op 28 oktober 2002 tegen deze toewijzingsbeslissing een annulatieberoep in bij de Raad van State.

3.6. Uit de memories blijkt dat de overeenkomst tussen de verwerende partij en de Groep C & Slangen naderhand uitgevoerd is.

3.7. Op 10 december 2003 dagvaardt de verzoekende partij de verwerende partij en het Vlaams Gewest -als toezichthoudende overheid- voor de rechtbank van eerste aanleg te Brussel om “schadeloosstelling te vorderen voor de onregelmatige en onwettige toewijs aan [een] concurrent”.

3.8. Bij arrest nr. 168.990 van 15 maart 2007 vernietigt de Raad van State de beslissing van 27 juni 2002, hierbij onder meer het volgende overwegend:

“Overwegende dat te dezen :

- TWBA met de laagste prijs, 65.900 euro, 25 punten ontvangt;
- de verzoekende partij met de tweede laagste prijs, 119.067,04 euro, 24 punten;
- Impuls met de derde laagste prijs, 154.446 euro, 23 punten;
- Groep C & Slangen met de hoogste prijs, 171.415 euro, 22 punten;

dat de verwerende partij gewerkt heeft, telkens met een verschil van slechts één punt van de laagste tot de hoogste prijs; dat dergelijke werkwijze te dezen, bij een criterium dat op 25 punten is gewaardeerd, met zich meebrengt dat grote prijsverschillen tussen de verschillende offertes niet op een evenredige wijze worden omgezet in een toekenning van verschillende punten; dat aldus de offerte met de hoogste prijs slechts 3 punten minder ontvangt dan de offerte met de laagste prijs, hoewel het verschil tussen beide offertes -zonder BTW- 105.515 euro bedraagt hetgeen op zijn minst een aanzienlijk verschil is, gelet op de inschrijvingsprijzen; dat de verzoekende partij dan ook terecht stelt dat de verwerende partij door aldus te werk te gaan het belang van het prijscriterium zeer ondergeschikt heeft gemaakt in de uiteindelijke toekenning van de punten, hoewel dat gunningscriterium één van de vier gunningscriteria was en gelijkwaardig aan de drie andere; dat inderdaad in het bestek het

criterium van de prijs dezelfde weging heeft als de drie andere criteria maar in de evaluatie het criterium van de prijs niet op dezelfde wijze gewogen heeft als de drie andere criteria doordat er bij het criterium van de prijs slechts een spreiding was van 22 tot 25, terwijl er bij de andere criteria een spreiding was van 10 tot 25; dat aldus de verwerende partij niet kan worden bijgevalen waar zij stelt dat de prijs “op dezelfde wijze gewogen werd als de andere criteria”; dat het daarbij van geen belang is dat, zoals de verwerende partij als argument hanteert, te dezen geen aanbesteding maar een offerteaanvraag in het geding is; dat de verwerende partij eveneens dwaalt waar zij ook nog repliceert dat “de inhoud en de kwaliteit” van het regiomarketingsconcept van primordiaal belang was en het criterium van de prijs een minder prominente rol toebedeeld was; dat zulks onjuist is, aangezien er vier gelijkwaardige gunningscriteria waren waarbij de prijs even “prominent” was als de methodologie, als de expertise van het betrokken personeel en als de eigen visie op de opdracht, nu de prijs eenzelfde puntenwaarde werd toebedeeld in het bestek; dat aldus, door in concreto en, gegeven de vier concrete prijsverschillen, de punten toe te kennen zoals vermeld voor het criterium van de prijs, de verwerende partij haar eigen bestek en de gelijkheid onder de inschrijvers geschonden heeft; dat dienvolgens het tweede onderdeel van het eerste middel in de aangegeven mate gegrond is”.

3.9. Op 10 mei 2007 neemt de verwerende partij de thans bestreden beslissing om de opdracht “opnieuw en met terugwerkende kracht” toe te wijzen aan de Groep C & Slangen. Deze beslissing is onder meer als volgt gemotiveerd:

“Gelet op het arrest nr. 168.990 van 15 maart 2007 van de Raad van State, waarin het hierboven vermelde gunningsbesluit, op verzoek van de nv Spitz (voorheen de nv Allcomm) werd vernietigd;

Overwegende dat de Raad van State in zijn arrest van oordeel is dat het vastgestelde bestek en de gelijkheid onder de inschrijvers werden geschonden doordat de beoordeling van het prijscriterium niet deugdelijk is gebeurd, aangezien de prijsverschillen tussen de verschillende offertes niet op een evenredige wijze werden omgezet in een toekenning van verschillende punten; dat er immers voor de quotering van het prijscriterium telkens met één punt verschil werd gewerkt, zodat de offerte met de hoogste prijs (die van groep C & Slangen) slechts drie punten minder kreeg dan de offerte met de laagste prijs, terwijl bij de andere criteria de punten varieerden van 10 tot 25 op 25;

Overwegende dat ons college zich op dit punt formeel wenst te conformeren aan de bevindingen van de Raad van State;

Overwegende verder dat het opportuun wordt geacht, gelet op het wegvallen van de juridische grondslag voor het later ontstane contract met de groep C & Slangen, een nieuw gunningsbesluit te nemen, met terugwerkende kracht naar het verleden toe, waarin wordt tegemoetgekomen aan de kritiek zoals gegrond bevonden in het vernietigingsarrest van de Raad van State;

Overwegende dat ons college zich wat de beoordeling van de ingediende offertes betreft dan ook wenst aan te sluiten bij de bevindingen, zoals weergegeven in het hierboven vermelde gunningsverslag en de toelichtende evaluatienota, met uitzondering evenwel voor wat de beoordeling van het prijscriterium betreft;

[...]

dat het [...] geenszins als onwettig, onaanvaardbaar, noch als onredelijk voorkomt om voor drie van de vier gunningscriteria de maximumscore te geven aan de offerte van de groep C & Slangen, eveneens gelet op hetgeen weergegeven werd in het gunningsverslag en de toelichtende evaluatienota van 21 juni 2002;

Overwegende evenwel dat ons college van mening is dat voor de beoordeling van het prijs criterium, in afwijking van het eerder opgestelde gunningsverslag, toepassing moet worden gemaakt van de volgende objectief aanvaardbare beoordelingsmethode, die erin bestaat de verhouding van de laagste offerte ten opzichte van de beoordeelde offerte in het totaal te begeven punten weer te geven;

dat m.a.w. voor dit criterium de volgende objectief aanvaardbare formule kan worden toegepast:

$$\frac{\text{prijs laagste offerte}}{\text{prijs te beoordelen offerte}} \times 25 \text{ punten};$$

Overwegende dat de toepassing van deze beoordelingsmethode de volgende quotering op het criterium prijs tot gevolg heeft:

- TBWA: $\frac{65\,900 \text{ EUR}}{65\,900 \text{ EUR}} \times 25 = 25 \text{ punten}$
- Impuls: $\frac{65\,900 \text{ EUR}}{154\,446 \text{ EUR}} \times 25 = 10,667$
 $= 11 \text{ punten}$
- Groep C & Slangen: $\frac{65\,900 \text{ EUR}}{171\,415 \text{ EUR}} \times 25 = 9,6111$
 $= 10 \text{ punten}$
- Allcomm: $\frac{65\,900 \text{ EUR}}{119\,067,04 \text{ EUR}} \times 25 = 13,8367$
 $= 14 \text{ punten};$

dat dit, samengevat met de andere gunningscriteria en de opgegeven motivering hiervoor, tot de volgende quotering en globale rangschikking van de offertes leidt:

Regiomarketingconcept

Inschrijver	Inschrijvings-prijs	Gunningscriteria				
	Prijs in EURO	Prijs	Methodo-logie	Expertise van betrokken personeel	Eigen visie op de opdracht	Totaal 100 pt.
1. TWBA Brussel Inschrijving exclusief BTW BTW op 21%	65.900,00 13.839,00					
Totaal	79.739,00	25	10	10	10	55

2. Impuls Genk Inschrijving exclusief BTW BTW op 21%	154.446,00 32.433,66					
Totaal	186.879,66	11	21	15	17	64
3. Groep C & Slangen Hasselt Inschrijving exclusief BTW BTW op 21%	171.415,00 30.197,00					
Totaal	201.612,00	10	25	25	25	85
4. Allcomm Leuven Inschrijving exclusief BTW BTW op 21%	119.067,04 25.004,08					
Totaal	114.071,12	14	23	23	20	80

Overwegende dat ons college dan ook de opdracht opnieuw en met terugwerkende kracht wenst toe te wijzen aan de groep C & Slangen;

dat de offerte van deze inschrijver immers als de meest voordelige voorkomt in het licht van de vastgestelde gunningscriteria, ook na de hierboven weergegeven en gewijzigde beoordelingswijze voor het prijs criterium;

Gelet op de wet van 24 december 1993 en het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, zoals gewijzigd;

Gelet op artikel 57, §3, 4/ van het provinciedecreet;

Gehoord het verslag van Hilde Claes, lid van het college;

Besluit

Artikel 1 De opdracht voor het uitwerken van een strategisch regiomarketingconcept, vertaald in een beeld en slogan en een communicatiestrategie voor de provincie wordt, met ingang van 27 juni 2002, gegund aan de groep C & Slangen, voor een bedrag van 201 612 euro (inclusief btw).

[...]

3.10. Met een schrijven van 25 mei 2007 wordt de verzoekende partij ervan op de hoogte gebracht dat “de deputatie tijdens haar zitting van 10 mei jongstleden een nieuwe gunningsbeslissing heeft genomen” en dat “in de nieuwe beslissing [...] de opdracht, met terugwerkende kracht, opnieuw aan de firma Groep C & Slangen [wordt] toegewezen, na een nieuwe beoordeling van de offertes”.

3.11. Bij brief van 31 mei 2007 vraagt de verzoekende partij een kopie van de beslissing van 10 mei 2007 en van het gunningsverslag. Deze worden haar toegezonden met een schrijven van 7 juni 2007.

IV. Gegrondheid van het beroep

Eerste middel

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partij leidt een *eerste middel* af uit “de schending van het verbod van retroactiviteit van de administratieve rechtshandelingen, het gezag van gewijsde van het arrest van Uw Raad van 15 maart 2007, nr. 168.990, de beginselen van behoorlijk bestuur m.i.h.b. het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel van de gelijke behandeling der inschrijvers en uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag en uit de schending van het bestek”.

Wat de schending van het verbod van retroactiviteit van administratieve rechtshandelingen betreft wijst de verzoekende partij er op dat de bestreden beslissing de toewijzing inhoudt van een overheidsopdracht met terugwerkende kracht tot 27 juni 2002, dit, blijkens de motivering van deze beslissing, omdat de na de oorspronkelijke toewijzingsbeslissing door de verwerende partij met de Groep C & Slangen gesloten overeenkomst een rechtsgrond behoeft.

Deze handelwijze van de verwerende partij, waarbij een toewijzingsbeslissing wordt genomen die een reeds uitgevoerd contract moet schragen, is volgens de verzoekende partij “ongezien”, nu de toewijzing van de opdracht “essentieel de contractsluiting voorafgaat”.

De verzoekende partij voert aan dat er voor deze retroactieve toewijzingsbeslissing “geen enkele wettelijke machtiging voorligt binnen de wetgeving en reglementering overheidsopdrachten” en de bestreden beslissing ook geen gewag maakt van enig doel van algemeen belang om die retroactiviteit te verantwoorden. Voorts, in zoverre de bestreden beslissing zich beroept op het

rechtsherstel na tussenkomst van een arrest van de Raad van State, heeft in elk geval geen rechtsherstel plaatsgevonden ten aanzien van de verzoekende partij.

Wanneer, zoals te dezen, de verwerende partij na een vernietigingsarrest van de Raad van State tot een heroverweging overgaat van de vernietigde beslissing en zij geen rechtsplicht heeft tot het handelen op een datum in het verleden, dan dient zij het beginsel van de niet-retroactiviteit van de administratieve rechtshandelingen te respecteren, evenals het gezag van gewijsde van het voormelde gewezen arrest.

Het gezag van gewijsde van het arrest nr. 168.990 is geschonden doordat bij de heroverweging het gunningsverslag is aangepast zodanig dat een niet in het bestek opgenomen formule aanleiding geeft tot een betere puntenspreiding voor het gunningscriterium “prijs” waarbij echter de rangschikking dezelfde blijft, zonder dat de beoordeling voor de andere gunningscriteria werd gewijzigd en de beoordeling niet in haar geheel werd overgedaan.

5.1. In haar memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij, door het nemen van de bestreden retroactieve toewijzingsbeslissing, inbreuk maakt op het gekwalificeerd moreel belang dat de verzoekende partij put uit het gegeven dat met miskennen van de gelijkheid van de inschrijvers ten onrechte aan haar offerte is voorbijgegaan.

Daarnaast voert de verzoekende partij nog aan dat zij wel degelijk nadeel lijdt door de bestreden beslissing, nu deze beslissing haar verkregen rechten miskent. Deze beslissing is volgens haar een poging van de verwerende partij om actief tussen te komen in de betrachting van de verzoekende partij om rechtsherstel te verkrijgen wegens de door verwerende partij begane onwettigheden. De verwerende partij tracht met de bestreden beslissing de door de verzoekende partij ingeleide burgerlijke procedure om rechtsherstel te verkrijgen wegens het verlies van een kans te beïnvloeden, door met deze beslissing iedere fout in dat verband in hoofde van de verwerende partij toe te dekken.

5.2. Volgens de verzoekende partij miskent de verwerende partij het stringente uitzonderingskarakter van de afwijkingen die worden toegestaan op het principe van de niet-retroactiviteit van administratieve rechtshandelingen en miskent zij de vereiste dat ter rechtvaardiging van de retroactiviteit dringende

redenen van algemeen belang dienen voor te liggen, zoals de goede werking of de continuïteit van de openbare dienst. Het herstellen van de rechtsgrond van de reeds uitgevoerde overeenkomst met de Groep C& Slangen kan bezwaarlijk als een dwingende reden van algemeen belang worden aanvaard.

Exceptie bij het middel

6. De exceptie van verwerende partij betreffende het belang van de verzoekende partij bij het eerste middel wordt door het auditorsverslag impliciet verworpen, nu het verslag zonder meer tot de gegrondheid van het eerste middel besluit.

In haar laatste memorie komt de verwerende partij niet op het punt van de ontvankelijkheid van het middel terug en argumenteert zij enkel over de gegrondheid. Zij moet dan ook worden geacht niet langer aan te dringen op deze exceptie.

Beoordeling van het middel

7. Het is een administratieve overheid waarvan de beslissing wordt vernietigd door een arrest van de Raad van State niet a priori verboden opnieuw te beslissen en zelfs dezelfde beslissing te nemen. Het is te dezen niet anders omdat de overeenkomst met de groep C & Slangen “reeds lang was gesloten en uitgevoerd” vóór de datum van de hier bestreden beslissing. Dit gegeven kan voor het nemen van een beslissing niet méér een beletsel zijn dan dat het dat was of moest zijn vóór de nietigverklaring van de initiële toewijzingsbeslissing van 27 juni 2002 bij arrest nr. 168.990.

8. Vanzelfsprekend moet bij het nemen van een nieuwe beslissing het gezag van gewijsde van het vernietigingsarrest worden geëerbiedigd.

Te dezen is in het voormelde arrest nr. 168.990 een middel gegrond bevonden waarin de beoordeling aan de hand van het gunningscriterium van de prijs als niet rechtmatig werd aangemerkt. De Raad van State heeft daarbij vastgesteld dat door de gevolgde werkwijze -weinig verschil in punten te maken ondanks aanzienlijke prijsverschillen tussen de offertes- aan het prijscriterium niet zijn voorgeschreven weging was toegekend.

In de bestreden beslissing wordt gesteld dat de verwerende partij zich “wenst te conformeren aan de bevindingen van de Raad van State” en er wordt wat het prijs criterium betreft, een andere beoordelingsmethodiek gevolgd, namelijk de regel van de evenredige verdeling.

Aldus heeft de verwerende partij rekening gehouden met de grond waarop haar beslissing van 27 juni 2002 is nietigverklaard. Het gezag van gewijsde zou maar geschonden zijn geweest, indien de nieuwe, te dezen bestreden beslissing behept was met dezelfde onrechtmatigheid als de vernietigde beslissing, wat zoals gezien niet het geval is.

9. Het retroactief effect dat de verwerende partij daarbij aan haar nieuwe beslissing gaf, doet geen afbreuk aan rechten die het arrest nr. 168.990 zou hebben doen ontstaan ten voordele van de verzoekende partij: uit dat laatstgenoemd arrest kan deze immers niet afleiden dat zij het recht zou hebben verworven om zich als begunstigde van de toewijzing te zien aanmerken, evenmin als het recht om de verwerende partij te verhinderen om de nietigverklaarde handeling op een rechtmatige wijze te hernemen. Een dergelijke aanspraak zou hetgeen de eerbied voor het gezag van gewijsde eist, te buiten gaan.

10. Dat de terugkeer naar de wettigheid onrechtstreeks een invloed kan hebben op de burgerlijke vordering tot schadevergoeding doet hieraan geen afbreuk.

11. Het eerste middel is niet gegrond.

12. Aangezien in het auditorsverslag enkel het eerste middel is besproken, is er reden om de debatten te heropenen en het auditoraat te gelasten met een aanvullend onderzoek.

BESLISSING

1. De debatten worden heropend.

2. Het door de auditeur-generaal aangestelde lid van het auditoraat wordt belast met een aanvullend onderzoek.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 28 oktober 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