

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 211.321 van 17 februari 2011
in de zaak A. 153.249/XII-4190**

In zake: NV BULVANO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Jozef Timmermans
kantoor houdend te Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

Het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN van DENDERMONDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Van Heuven
kantoor houdend te Kortrijk
Pres. Kennedypark 8B
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 28 juni 2004, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van [het Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Dendermonde] d.d. 26 maart 2004 om de opdracht voor de levering en plaatsing van los en vast rusthuismeubilair in het rusthuis Aymonshof te Dendermonde te vergunnen aan [Buro Project nv]”.

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 14 december 2010.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jozef Timmermans, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Sofie Logie, die loco advocaat Dirk Van Heuven 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. Het OCMW van Dendermonde schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een overheidsopdracht voor de levering en plaatsing van los en vast rusthuismeubilair voor het rusthuis Aymonshof te Dendermonde. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 24 december 2003.

3.2. Artikel 115 van het Bijzonder Bestek luidt:

“De gunningscriteria zijn in volgorde van afnemend belang:

- | | |
|-------------------------|----------------|
| 1. Bedrag/kostprijs | 30% der punten |
| 2. Technische kwaliteit | 20% der punten |
| 3. Esthetica | 20% der punten |
| 4. Uitvoeringstermijn | 10% der punten |

- | | |
|--|----------------|
| 5. Volledigheid van de inschrijving (offerte) | 10% der punten |
| 6. Waarborg boven de normale waarborg en zekerheid van naleverbaarheid | 5% der punten |
| 7. Onderhoudskosten | 5% der punten |

Nadere bepaling van de gunningscriteria

1. Bedrag / Kostprijs

Van iedere regelmatige inschrijving wordt het quotiënt berekend tussen het bedrag van de laagste regelmatige inschrijving (als deeltal) en het beoordeelde bedrag (als deler). Dit quotiënt wordt vermenigvuldigd met het maximum te behalen aantal punten.

2. Technische waarde

Deze zal beoordeeld worden aan de hand van de door de inschrijver bijgevoegde documenten en documentatie. Ze zullen beoordeeld worden op stabiliteit, stevigheid, ergonomie, materiaalgebruik, functionaliteit, kwaliteit van de afwerking en onderdelen, het gedrag in de tijd, enz...

3. Esthetica

Deze zal beoordeeld worden aan de hand van de door de inschrijver bijgevoegde documentatie en zonodig bijkomend beoordeeld worden aan de hand van een facultatief bezoek aan de toonzaal.

Zullen onder meer beoordeeld worden: de vormgeving, de originaliteit, de kleurmogelijkheden, de representativiteit, de integratie in het gebouw, de combinaties van de gebruikte materialen, de afwerkingsgraad, enz...

4. Uitvoeringstermijn

De inschrijver vermeldt de fabricatie- en plaatsingstermijn (= uitvoeringstermijn) in kalenderdagen, onderaan de offerte.

De start van deze termijn vangt aan na het 'bevel van aanvang' en omvat de totaliteit der werken. Een kortere termijn krijgt een hogere puntenscore.

5. Volledigheid van de inschrijving (offerte)

Deze zal beoordeeld worden op de volledigheid van de documenten nodig voor het beoordelen van onderhavig dossier.

Per artikelnummer wordt een materiaalsteekkaart opgesteld, volledig ingevuld en aangevuld met eventuele bijlagen ter verduidelijking of staving.

Het is niet toegelaten om ‘algemene’ documentatiebundels te voegen die irrelevant zijn aan het desbetreffend artikel.

Enkel de relevante documenten worden bijgevoegd en dit specifiek gericht per artikel.

Documenten in een vreemde taal worden niet beoordeeld. (voertaal: Nederlands)

6. Waarborg boven de normale waarborg en zekerheid van naleverbaarheid

Omvat de extra waarborgen boven de wettelijke waarborgen, inzonderheid de beroeps- en financiële waarborgen van de inschrijver, alsook de zekerheid van naleverbaarheid gedurende de volgende jaren.

De inschrijver zal een apart en ondertekend document in zijn bieding voegen, waarin de door hem gegeven waarborgen beschreven staan, alsook de door hem gegarandeerde minimumtermijn van naleverbaarheid.

7. Onderhoudskosten

Deze zal beoordeeld worden op de onderhoudsvriendelijkheid van de gebruikte materialen, o.a. afwerking, reinigbaarheid, vervangbaarheid van onderdelen, enz...”.

3.3. Er worden negen offertes ingediend; de openingszitting grijpt plaats op 11 februari 2004.

3.4. Op 5 maart 2004 wordt een gunningsverslag opgesteld. Het besluit ervan luidt:

“Gelet op de ex-aequo puntenstand van de nv Bulvano (84 p.) en de nv Buro Project (84 p);

Gelet op de bijkomende onderzoeken dd 2004-03-03 en 2004-03-04 van het OCMW op vlak van esthetica (aanwezigen mevr. H Van der Jeugt, Mevr. E. Van Steen, Mevr. M Van Roet - Dhr. JM Windels, Abetec);

Gelet op het verschil in kostprijs van de offertes, nl.

- nv Bulvano 899.117,92 € excl. BTW

- nv Buro Project 877.149,50 € excl. BTW

Gelet op de hoogdringendheid van uitvoering en de respectievelijke uitvoeringstermijnen:

- nv Bulvano (uitvoeringstaak 1) 65 kalenderdagen;

- nv Buro Project (uitvoeringstaak 1): 42 kalenderdagen,

Gelet op het verschil in esthetica:

- nv Bulvano (14 p)
- nv Buro Project (19 p)

kunnen wij adviseren om het leveren en plaatsen van los en vast rusthuismeubilair toe te wijzen aan nv Buro Project, Gentse Steenweg 390, 9300 Aalst voor een bedrag van (volgens prijslijst) 877.149,50 € excl. BTW.

De nv Buro Project dient evenwel een rechtsgeldig RSZ-atteest 3° kwartaal 2003 over te maken voor mogelijke bestelling.

Verder werden geen hiaten noch noemenswaardige lacunes ontdekt in de documenten van de laagste inschrijver”.

3.5. Dit verslag wordt aan verwerende partij overgemaakt op 5 maart 2004:

“Geachte mevrouw,
Aansluitend op de in rubriek vermelde bezoeken (in aanwezigheid van mevr. E. Van Steen, Mevr. M. Van Riet - Dhr. JM Windels, Abetec), bevestigen wij volgende memo:
Gelet op de rangschikkingen (verslag van nazicht) en de toelichtingen van de respectievelijke bieders/offertes wordt volgende genoteerd:
De esthetica van het aangeboden meubilair van Buro Project ligt merkkelijk hoger (warmer) huiselijker ... geschikter aan de wensen van het OCMW, dan het meubilair van de nv Bulvano.
Gelet op [...] voorgemelde, wordt in consensus geadviseerd aan de Raad van het OCMW, om onderhavige werken toe te wijzen aan de nv Buro Project (Aalst). Zie ook extra motiveringen in verslag van nazicht, zoals telefonisch besproken met mevr. H Van der Jeugt d.d. 2004-03-05”.

3.6. Op 12 maart 2004 beslist verwerende partij tot toewijzing van de opdracht aan Buro Project nv. De beslissing luidt:

“Overwegende dat het onderzoek van de inschrijvingen werd gedaan door het ingenieursbureau Abetec NV en zijn neerslag vindt in het verslag van nazicht van de offertes van de algemene offerteaanvraag van 11 februari 2004; dat na vergelijking blijkt dat er een ex-aequo puntenstand is tussen de NV Bulvano en de NV Buro Project, beiden met 84 punten;

Gelet op de bijkomende onderzoeken van het OCMW op vlak van esthetica;

Gelet op het verschil in kostprijs van de offertes, nl. NV Bulvano € 899.117,92, exclusief BTW en NV Buro Project € 877.149,50, exclusief BTW;

Gelet op de hoogdringendheid van uitvoering en de respectievelijke uitvoeringstermijnen, enkel bekeken voor uitvoeringstaak 1 omwille van het feit dat de eerste fase van de nieuwbouw eind april zal voltooid zijn en de aannemer ruwbouw schadevergoeding kan eisen bij vertraging tot aanvang van fase 2, namelijk NV Bulvano: 65 kalenderdagen; N V. Buro Project: 42 kalenderdagen;

Gelet op het verschil in esthetica en het feit dat meubilair een zeer bepalende factor is in het creëren van een bepaalde stijl en een huiselijke sfeer; dat Buro Project hierop het best scoorde: NV Bulvano: 14 punten; NV Buro Project: 19 punten;

Gelet op het feit dat bovenvermelde overwegingen (snelheid van levering, lagere kostprijs en esthetische voorkeur van het bestuur) leiden tot het advies van NV Abetec het leveren en plaatsen van los en vast rusthuismeubilair toe te wijzen aan NV Buro Project, Gentse Steenweg 390 te 9300 Aalst voor een bedrag van (volgens prijslijst) € 877.149,50 exclusief BTW;

Gelet op het feit dat het bestuur zich kan vinden in bovenvermelde motivering tot toewijzing aan NV Buro Project;

BESLUIT met eenparigheid:

Artikel 1 : Het lot leveren en plaatsen van los en vast rusthuismeubilair wordt toegewezen aan NV Buro Project, Gentse Steenweg 390 te 9300 Aalst voor een bedrag van (volgens prijslijst) € 877.149,50 exclusief BTW en dit onder voorbehoud van goedkeuring van het dossier door het VIPA.

Artikel 2 : De NV Buro Project dient evenwel een rechtsgeldig RSZ-atteest 3^{de} kwartaal 2003 over te maken voor mogelijke bestelling.

Dit besluit wordt ter kennis gebracht van de toezichthoudende overheid”.

3.7. De beslissing wordt op 15 maart 2004 aan de Vlaamse Gemeenschap, afdeling VIPA (dit is het Vlaams Infrastructuurfonds voor Persoonsgebonden Aangelegenheden) bezorgd.

3.8. Blijkbaar deelt het VIPA mondeling aan verwerende partij mee dat de berekeningswijze voor de puntentoekenning met betrekking tot het

criterium ‘uitvoeringstermijn’ niet correct was en als volgt dient te worden gewijzigd: 5 punten voor de kortste uitvoeringstermijn, 0 punten voor de langste uitvoeringstermijn; de andere punten dienden te worden toegekend volgens de ‘regel van 3’.

3.9. Op 18 maart 2004 verzoekt verwerende partij de ontwerper zijn gunningsverslag aan te passen aan de opmerkingen van het VIPA; verwerende partij stelt dat voor het gunningscriterium uitvoeringstermijn de offerte van Buro Project nv 7 punten op 10 moet krijgen in plaats van 6.

3.10. Bij brief van 22 maart 2004 deelt de ontwerper aan verwerende partij mee dat hij het verslag als volgt heeft aangepast:

“De best geklasseerde offerte voor het leveren en plaatsen van los en vast rusthuismeubilair is ingediend door de nv Buro Project, Gentse Steenweg 390, 9300 Aalst voor een bedrag van (volgens prijslijst) 877.149,50 € excl. BTW.

Gelet op de bijkomende onderzoeken d.d. 2004-03-03 en 2004-03-04 van het OCMW op vlak van esthetica (aanwezigen mevr. H Van der Jeugt, Mevr. E. Van Steen, Mevr. M Van Riet — Dhr. JM Windels, Abetec), zijn wij van oordeel dat wij het OCMW Dendermonde, kunnen adviseren om de werken toe te wijzen aan bovenvermelde inschrijver voor het hierboven aangehaalde bedrag nl. 877.149,50 € excl. BTW.

De nv Buro Project dient evenwel een rechtsgeldig RSZ-atteest 3^o kwartaal 2003 over te maken voor mogelijke bestelling.

Verder werden geen hiaten noch noemenswaardige lacunes ontdekt in de documenten van de inschrijver”.

Verzoekende partij behoudt een totaal van 84 punten op 100, Buro Project nv krijgt nu 85 punten.

3.11. Op 26 maart 2004 trekt verwerende partij de oorspronkelijke gunningsbeslissing van 12 maart 2004 in onder verwijzing naar het feit dat er een fout ingeslopen was bij de puntentoekenning van het gunningscriterium uitvoeringstermijn.

Bij afzonderlijke beslissing van dezelfde dag beslist verwerende partij de opdracht toe te wijzen aan Buro Project nv; hierbij overweegt zij onder meer als volgt:

“Overwegende dat het onderzoek van de inschrijvingen werd gedaan door het ingenieurbureau Abetec NV en zijn neerslag vindt in het verslag van nazicht van de offertes van de algemene offertevraag van 11 februari 2004; dat na vergelijking blijkt dat de best geklasseerde offerte voor het leveren en plaatsen van los en vast rusthuismeubilair is ingediend door de N V. Buro Project, Gentse Steenweg 390 te 9300 Aalst voor een bedrag van (volgens prijslijst) € 877.149,50 (excl BTW).”

Dit is de thans bestreden beslissing.

3.12. De beslissing van 26 maart 2004 wordt op 7 april 2004 aan Buro Project nv overgemaakt. Op 29 april 2004 wordt verzoekende partij ter kennis gebracht dat de opdracht haar niet werd toegewezen; de toewijzingsbeslissing en het gunningsverslag worden haar op 7 juni 2004 overgemaakt.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Verwerende partij voert in haar memorie van antwoord een exceptie van gebrek aan belang aan.

Zij betoogt dat het er verzoekende partij enkel om te doen is de bestreden beslissing bij arrest onwettig te horen verklaren en vervolgens op grond van deze uitspraak een vordering tot schadevergoeding voor de gewone rechter in te dienen. Dergelijk belang is een onrechtstreeks belang dat niet kan worden aanvaard.

Beoordeling

5. In het auditorsverslag wordt geconcludeerd tot de ongegrondheid van de exceptie.

In haar laatste memorie stelt verwerende partij zich te gedragen naar “de wijsheid van [de] Raad” wat er in de concrete omstandigheden van de zaak op neerkomt dat zij niet langer het belang van verzoekende partij betwist.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een eerste middel voert verzoekende partij aan dat er een schending is van artikel 90, §§ 5 en 6, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van artikel 92 van het bestek en van “het beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’”.

Artikel 90, §§ 5 en 6, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt dat, tenzij de aanbestedende overheid er met een gemotiveerde beslissing van afwijkt, een inschrijver op het ogenblik van de gunning moet voldoen aan de bepalingen van de wetgeving met betrekking tot de registratie overeenkomstig artikel 400 van het Wetboek van inkomstenbelastingen 1992 en artikel 30bis van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders. Artikel 92 van het bestek stelt dat de opdracht slechts gegund wordt onder voorwaarde dat de aannemer op de dag van de gunning van de opdracht houder is van een niet geschrapte registratie voor de categorie werken die het voorwerp uitmaakt van de opdracht; bij gebreke hieraan behoudt het bestuur zich het recht voor de opdracht aan een andere inschrijver te gunnen of aan de aanneming te verzaken.

Verzoekende partij merkt op dat Buro Project nv zelf toegeeft niet te zijn geregistreerd als aannemer en dat zij aangeeft dat haar onderaannemer Keukens Redant wel een registratie heeft terwijl zij een attest van registratie bijbrengt op naam van Herwig Redant.

Hieruit besluit verzoekende partij dat Buro Project nv niet voldoet aan voormelde artikelen 90, § 5, en 92.

8. In haar memorie van wederantwoord voert verzoekende partij aan dat de werken die door het bestek opgelegd zijn, vallen onder het begrip werkzaamheden zoals bedoeld in artikel 1, § 1, van het koninklijk besluit van 26 december 1998 tot uitvoering van de artikelen 400, 401, 403, 404 en 406 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 en van artikel 30*bis* van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders zodat Buro Project nv diende te zijn geregistreerd. Voorts wijst zij erop dat artikel 92 van het bestek de aanbestedende overheid niet het recht geeft om de opdracht aan een niet geregistreerde inschrijver te gunnen.

Het feit dat Buro Project nv de vereiste registratie van haar onderaannemer voorlegt en dit op basis van de verplichting daartoe opgenomen in artikel 12 van de wet van 24 december 1993, ontslaat haar niet van de verplichting zelf geregistreerd te zijn.

9. In haar laatste memorie beklemtoont verzoekende partij dat het vast meubilair dat dient te worden geleverd en geplaatst onroerend wordt door incorporatie en deze werken dan ook vallen onder het begrip werkzaamheden zoals gedefinieerd in artikel 1, § 1, 1°, van het koninklijk besluit van 26 december 1998 tot uitvoering van de artikelen 400, 401, 403, 404 en 406 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 en van artikel 30*bis* van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders.

Voorts bekritiseert verzoekende partij het standpunt in het auditorsverslag dat het, met toepassing van artikel 12, § 6, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, voldoende is dat de onderaannemer geregistreerd is. Zij stelt dat dit standpunt strijdt met dit van de fiscale administratie, gevestigde rechtspraak en rechtsleer. Het feit dat diegene die de factuur uitreikt, niet zelf de werken verricht, belet niet dat hij als aannemer

voor de toepassing van de registratieregeling moet worden beschouwd. Ook merkt zij op dat artikel 12, § 6, van de wet van 24 december 1993 een onweerlegbaar vermoeden instelt dat een hoofdaannemer zo hij beroep doet op een geregistreerde aannemer, voldoet aan de sociale en fiscale verplichtingen van artikel 12, §§ 1 en 3, van dezelfde wet, doch dat het bestek kan eisen dat ook de hoofdaannemer een eigen registratie voorlegt, hetgeen te dezen het geval is. Voorts stelt verzoekende partij de vraag in hoeverre het verenigbaar is met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel om inzake privaatrechtelijke verhoudingen te eisen dat zowel aannemer als onderaannemer geregistreerd zijn terwijl dit niet zo zou zijn bij de wetgeving overheidsopdrachten; zij formuleert daartoe de volgende prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof:

“Schendt artikel 12 § 6 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de artikelen 10 en 11 van de Gecoördineerde Grondwet in, de mate dat

- (i) voormeld artikel de aannemer en de onderaannemer vrijstelt van de verplichtingen inzake de registratie van aannemers voor werken bedoeld in artikel 400 van het Wetboek van Inkomstenbelastingen 1992 en in artikel 30bis van de Wet van 27 juni 1969 tot herziening van de Besluitwet van 28 december 1944 betreffende de sociale zekerheid voor de arbeiders wanneer de door voormelde hoofdaannemer of onderaannemer een beroep doet op een onderaannemer die over een registratie beschikt,
- (ii) terwijl voor identieke privaatrechtelijke opdrachten houdende de uitvoeren van werken in onroerende staat, die niet onderworpen zijn aan de bepalingen van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, een dergelijke vrijstelling niet van toepassing is?”

Ten slotte laakt verzoekende partij het feit dat in de offerte als onderaannemer vermeld wordt “Keukens Redant” terwijl de voorgelegde registratie op naam staat van Hedwig Redant.

Beoordeling

10. Artikel 12, § 6, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 luidt:

“Voor de werkzaamheden bedoeld in artikel 400 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 en in artikel 30*bis* van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de sociale zekerheid van de arbeiders, in de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, worden de aannemer en de onderaannemer geacht voldaan te hebben aan de verplichtingen die hen opgelegd worden door § 1 en § 3 inzake de fiscale wetgeving en op het vlak van de sociale zekerheid, indien hun onderaannemers voldoen aan de wetgeving betreffende de registratie van aannemers en aan de wettelijke bepalingen houdende de regeling van de erkenning van de aannemers van werken.”

Artikel 90, §§ 5 en 6, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, zoals van toepassing op het ogenblik van de bestreden beslissing, luidt:

“§ 5. Desgevallend moet de inschrijver, opdat zijn offerte als regelmatig kan worden beschouwd, op het ogenblik van de gunning van de opdracht voldoen aan de bepalingen van de wetgeving met betrekking tot de registratie, overeenkomstig artikel 400 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 en artikel 30*bis* van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de sociale zekerheid van de arbeiders

§ 6. Voor de gunning van de opdracht mag afgeweken worden van de bepalingen van § 3 en 5 bij gemotiveerde beslissing van de aanbestedende overheid.”

Artikel 92 van het bestek luidt:

“De hierna vermelde bescheiden moeten bij de offerte worden gevoegd:
[...]

- Het bewijs van registratie met:
- registratienummer

[...]

De opdracht wordt slechts gegund onder voorwaarde dat de aannemer op de dag van de gunning van de opdracht houder is van een niet geschrapte registratie voor de categorie werken die het voorwerp van de opdracht uitmaakt. Bij gebreke hiervan behoudt het bestuur zich het recht voor de opdracht aan een andere inschrijver te gunnen of aan de aanneming te verzaken.

De schrapping van de registratie van de aannemer, na de gunning of tijdens de uitvoering, is tevens een oorzaak voor de verbreking van de opdracht in de zin en voor de toepassing van de maatregelen van ambtswege.”

11. Artikel 1 van het koninklijk besluit van 26 december 1998 tot uitvoering van de artikelen 400, 401, 403, 404 en 406 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 en van artikel 30*bis* van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, zoals van toepassing op het ogenblik van de bestreden beslissing, definieert de werkzaamheden zoals bedoeld in artikel 400, 1°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 en artikel 30*bis*, § 1, 1°, van de wet van 27 juni 1969.

Onder voormelde werkzaamheden wordt onder meer verstaan de handeling die erin bestaat een roerend goed te leveren en het meteen op zodanige wijze aan te brengen aan een onroerend goed dat het onroerend uit zijn aard wordt.

Onder Hoofdstuk 3 van Volume 2 (Technische bepalingen) van het bestek wordt een beschrijving gegeven van het zogenaamd vast meubilair, namelijk verpleegpostbalie, kamermeubilair kleerkast en schilderij ophangprofiel. Uit deze beschrijving dient te worden afgeleid dat het om maatwerk gaat dat ingebouwd wordt. Het vast meubilair wordt onroerend naar aard door werkzaamheden die leiden tot incorporatie.

Het besluit is dan ook dat het bestek voorziet in werkzaamheden zoals bedoeld in artikel 400, 1°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 en artikel 30*bis*, § 1, 1°, van de wet van 27 juni 1969.

12. Verzoekende partij voert in wezen aan dat een inschrijver zelf dient te zijn geregistreerd op basis van artikel 90, §§ 5 en 6, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en van artikel 92 van het bestek en dat het onvoldoende is dat alleen een onderaannemer voor de voorziene werken geregistreerd is. Bovendien wijst zij erop dat de vermelde onderaannemer niet geregistreerd is.

13. In het auditoraatsverslag wordt erop gewezen dat artikel 12, § 6, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 bepaalt dat de aannemer, te

dezen de inschrijver, geacht wordt te hebben voldaan aan de in dit artikel vermelde verplichtingen inzake de fiscale wetgeving en inzake de sociale zekerheid, indien zijn onderaannemer voldoet aan de wetgeving betreffende de registratie van aannemers.

De reactie van verzoekende partij hierop is drieërlei. Vooreerst merkt zij op dat het bestek verder gaat dan deze wettelijke bepaling door te eisen dat de inschrijver zelf geregistreerd is. Ten tweede werpt zij een grondwettigheidsprobleem op en stelt zij voor een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof. Ten derde wijst zij erop dat de door Buro Project nv opgegeven aannemer niet geregistreerd is.

Artikel 12, § 6, van de wet van 24 december 1993 en artikel 92 van het bestek samen gelezen leiden tot het besluit dat het vermoeden van artikel 12, § 6, ook geldt voor de toepassing van artikel 92 van het bestek. De inschrijver ontsnapt aan de verplichtingen van artikel 92 zo hij een geregistreeerde onderaannemer waarop hij een beroep doet, aanbrengt.

Buro Project nv vermeldt in haar offerte dat zij zelf niet geregistreerd is doch dat zij als geregistreeerde onderaannemer waarop zij een beroep doet, de firma “Keukens Redant” aanbrengt; zij voegt er de registratie bij gesteld op de naam van Redant Hedwig, aannemer geregistreerd in categorie 20 “Timmer- en schrijnwerk en metalen schrijnwerk”. Uit deze offertegegevens kan niets anders worden afgeleid dan dat Buro Project nv als geregistreeerde onderaannemer Redant Hedwig aanbrengt.

Ongeacht de vraag of het verzoek van de verzoekende partij tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof ontvankelijk in een laatste memorie mag worden gedaan daar waar het reeds in een eerder procedurestuk had gekund, poneert verzoekende partij een verschil wat de registratieverplichting betreft tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke opdrachten zonder wat de laatste betreft de juridische situatie van de registratieverplichting concreet wettelijk te stofferen en de vergelijkbaarheid tussen deze beide soorten opdrachten minimaal inzichtelijk en aannemelijk te maken.

De vraag leent er zich niet toe om aan het Grondwettelijk Hof te worden gesteld.

Het eerste middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

14. In een tweede middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 16 van de wet van 24 december 1993, van artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en van het bestek.

Verzoekende partij laakt de beoordeling door de aanbestedende overheid van haar offerte en van die van Buro Project nv ten aanzien van het derde en vijfde gunningscriterium.

14.1. Wat het vijfde gunningscriterium “volledigheid van de offerte” betreft wordt in het gunningsverslag ten aanzien van de offerte van verzoekende partij vermeld:

“volledig naar ‘geest en letters’ met de aanbestedingsdocumenten. Meer dan degelijk ‘gestoffeerd en volledig’”.

Over de offerte van Buro Project nv wordt vermeld:

“Middelmatige tot goede volledigheid. Onvoldoende documenten en gegevens om tot een 100 % conform geheel te komen met de aanbestedingsbescheiden (zie bv. enkel foto’s van tafels,...)”.

Niettegenstaande dit “kennelijk verschil” krijgt verzoekende partij slechts 1 punt meer dan Buro Project nv, namelijk 9 op 10 tegenover 8 op 10. Een andere inschrijver, nv Kembo, met een quasi dezelfde beoordeling als Buro Project nv krijgt dan weer 7 op 10.

14.2. Wat het derde gunningscriterium “esthetica” betreft merkt verzoekende partij vooreerst op dat haar offerte 14 op 20 kreeg onder de overweging “Bijna degelijke esthetica, alhoewel iets te modern voor de bedoelde residenten” terwijl die van Buro Project nv 19 op 20 onder de overweging: ”Zeer degelijke esthetica, hedendaags en smaakvol onderling ‘samengesteld’ tot een huiselijk ‘warm geheel’, met tal van keuzemogelijkheden naar kleuren en kleursamenstellingen”.

Verzoekende partij wijst op de volgende besteksbepalingsbepaling aangaande de beoordeling van dit criterium:

“Deze zal beoordeeld worden aan de hand van de door de inschrijver bijgevoegde documentatie en zo nodig bijkomend beoordeeld worden aan de hand van een facultatief bezoek aan de toonzaal”.

Zij stelt niet in te zien hoe de uitzonderlijk hoge score van Buro Project nv kan worden verantwoord wanneer de offerte van die firma onvoldoende argumenten en gegevens bevat om tot een 100 % conform geheel te komen met de aanbestedingsbescheiden, standpunt dat verwerende partij innam bij de beoordeling van het vijfde gunningscriterium. Ook merkt verzoekende partij op dat in het kader van de technische analyse van de offertes (lees: het tweede gunningscriterium “Technische kwaliteit”) van verzoekende partij en die van Buro Project nv ook daar voor bepaalde aspecten het onderdeel esthetica werd getoetst waarbij moet worden vastgesteld dat bijvoorbeeld de stoel onder artikel 1.08 en de tafel onder artikel 1.07 geen onderscheiden quotering krijgen. Zij stelt zich ook vragen over wat in het gunningsverslag bedoeld wordt met de bijkomende onderzoeken

15. Wat de kritiek ten aanzien van de toepassing van het vijfde gunningscriterium betreft merkt verwerende partij in haar memorie van antwoord op dat de zin “[o]nvoldoende documenten en gegevens om tot een 100 % conform geheel te komen met de aanbestedingsbescheiden (zie bv. enkel foto’s van tafels,...)” bij de beoordeling van de offerte van Buro Project nv enkel bedoeld is om te verklaren hoe de ontwerper aan een bepaalde beoordeling is gekomen maar niet betekent dat deze offerte slecht was. Er was voorts wel

degelijk een verschil tussen de offerte van Kembo nv en die van Buro Project nv. Verwerende partij merkt ook op dat verzoekende partij geen belang heeft bij dit middelonderdeel nu uit de ingetrokken beslissing van 12 maart 2004 blijkt dat bij *ex aequo* de opdracht toch dient te worden toegewezen aan Buro Project nv.

Wat de kritiek op het derde gunningscriterium betreft wijst verwerende partij erop dat de beoordeling van de esthetica niet louter gebeurde op basis van het door de inschrijver bijgebrachte dossier, doch ook op basis van een plaatsbezoek wat trouwens wordt aangekondigd bij de besteksomschrijving van het criterium; in het verslag van de ontwerper is er trouwens sprake van meerdere uitgevoerde plaatsbezoeken. De opbouw van de beoordelingstabel en de puntentoekenning zijn noch onzorgvuldig, noch ondeskundig, noch kennelijk onredelijk gebeurd.

16. In haar memorie van wederantwoord roept verzoekende partij, na kennisname van het administratief dossier, bijkomend de schending in van het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij wijst op het feit dat uit het dossier blijkt dat er twee gunningsverslagen zijn opgemaakt. Daar waar in het eerste verslag de offertes van verzoekende partij en van Buro Project nv *ex aequo* eindigden, blijkt uit het tweede verslag dat Buro Project nv één punt meer heeft doordat de puntentoekenning bij het vierde gunningscriterium uitvoeringstermijn herbekeken werd en Buro Project nv een 7 op 10 verkreeg in plaats van het cijfer 6 op 10 dat zij eerder had gekregen.

Nergens uit het administratief dossier blijkt dat de nieuwe berekeningswijze voor het criterium uitvoeringstermijn gebruikelijker of correcter zou zijn dan de eerder gehanteerde berekeningswijze. De laatst gehanteerde berekeningsmethode gaat in tegen het bestek en de bij aanbestedende overheden algemeen aanvaarde beoordelingsmethode.

Het verweer dat zelfs bij *ex aequo* de opdracht toch toegewezen wordt aan Buro Project nv gelet op de overwegingen in het ingetrokken besluit van 12 maart 2004 gaat volgens verzoekende partij niet op. Een voorkeur

toekennen aan de uitvoeringstermijn van één van de twee uitvoeringstaken schendt het rechtmatig vertrouwen van verzoekende partij en gaat in tegen artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 dat bepaalt dat als offertes gelijkwaardig worden geacht, de aanbestedende overheid kan vragen, voor de schifting van de inschrijvers, dat zij een verbetering van hun offertes indienen. Een voorkeur geven aan de ene uitvoeringstaak boven de andere is trouwens strijdig met de (tweede) puntentoekenning voor dit criterium dat voor de uitvoeringstermijn van elk van de uitvoeringstaken maximaal punten voorziet.

Wat haar kritiek op de toepassing van het derde en het vijfde gunningscriterium betreft wijst verzoekende partij erop dat verwerende partij geen motieven *a posteriori* kan bijbrengen. Inzonderheid laakt verzoekende partij de puntentoekenning bij het criterium esthetica; de schalen van de gehanteerde beoordelingstabel zouden de ontwerper een kennelijk arbitraire ruimte geven. Ten slotte wijst zij erop dat de manier waarop de punten binnen de betrokken beoordelingstabel worden verdeeld over de respectieve beoordelingsniveaus “hoogst merkwaardig” is; naarmate het beoordelingsniveau stijgt, wordt het puntenverschil met het lager beoordelingsniveau groter.

17. In haar laatste memorie wijst verzoekende partij, wat haar kritiek ten aanzien van de toepassing van het vijfde gunningscriterium betreft, erop dat er wel degelijk een verband is tussen dit criterium en de inhoudelijke invulling van de gegevens nodig voor de toetsing van de andere criteria. Zij wijst op zekere rechtspraak van het Hof van Justitie inzake gelijke behandeling onder de inschrijvers en de noodzaak tot transparantie waaruit dient te worden afgeleid dat er “een consequente toepassing van de gunningscriteria bij de toetsing van de gunningscriteria” dient te zijn.

Wat het derde gunningscriterium betreft wijst verzoekende partij erop dat Buro Project nv door de plaatsbezoeken in staat is gesteld haar onvolledige offerte, zoals blijkt uit de toepassing van het vijfde gunningscriterium, te vervolledigen. Een dergelijke handelwijze klemmt, aldus verzoekende partij, met een objectieve, transparante en met het gelijkheidsbeginsel overeenstemmende toetsing van de gunningscriteria waarbij zij opnieuw verwijst naar de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Ten slotte, wat het vierde gunningscriterium “uitvoeringstermijn” betreft, wijst verzoekende partij erop dat in het tweede (en definitieve) gunningsverslag er geen enkele motivering “aangereikt” wordt “waarom uiteindelijk werd ingestemd met een afwijking van de beoordeling die door het ontwerp bureau werd voorgesteld in haar schrijven d.d. 22 maart 2004”.

Beoordeling

De kritiek op de toepassing van het vijfde gunningscriterium

18. Verzoekende partij meent dat niettegenstaande in de woordelijke beoordeling er een “kennelijk verschil” is tussen de offerte van verzoekende partij en die van Buro Project nv, verzoekende partij slechts 1 punt meer krijgt dan Buro Project nv, namelijk 9 op 10 tegenover 8 op 10. Een andere inschrijver, nv Kembo, met een quasi dezelfde beoordeling als Buro Project nv krijgt dan weer 7 op 10.

Uit het administratief dossier blijkt dat verwerende partij volgende beoordelingstabel heeft toegepast:

Beoordeling	Punten
zeer zwak	4 punten
Zwak	5 punten
zwak tot middelmatig	6 punten
Middelmatig	7 punten
middelmatig tot goed	8 punten
Volledig	9 punten

De Raad van State stelt vast dat de gehanteerde beoordelingstabel en de aangenomen methodiek relevant zijn en de perken van de redelijkheid niet te buiten gaan.

De uitleg van verwerende partij dat de zin “[o]nvoldoende documenten en gegevens om tot een 100 % conform geheel te komen met de aanbestedingsbescheiden” enkel bedoeld is “om te verklaren hoe de ontwerper tot die welbepaalde beoordeling is gekomen” is aannemelijk; deze zin leidt niet noodzakelijk tot een groter puntenverschil.

De opmerking van verzoekende partij in haar laatste memorie dat bij het beweerde inhoudelijk verband tussen het derde en het vijfde criterium het transparantiebeginsel wordt geschonden, is een essentieel gewijzigde invulling van het middel zoals aangevoerd in het verzoekschrift en dienvolgens onontvankelijk. Verzoekende partij laat trouwens na deze beweerde schending concreet te verduidelijken

De kritiek op de toepassing van het derde gunningscriterium

19. Verwerende partij stelt volgende beoordelingstabel te hebben gehanteerd:

Beoordeling	Punten
zeer zwak	5 punten
Zwak	8 punten
zwak tot middelmatig	10 punten
Middelmatig	12 punten
middelmatig tot degelijk	13 punten
Degelijk	14 punten
degelijk tot zeer degelijk	16 punten
zeer degelijk	19 punten

De Raad van State stelt vast dat de gehanteerde beoordelingstabel en de aangenomen methodiek relevant zijn en de perken van de redelijkheid niet te buiten gaan.

De besteksbepaling nopens het derde gunningscriterium bepaalt dat dit criterium niet alleen zal worden beoordeeld aan de hand van de door de

inschrijver bijgevoegde documentatie, doch ook zo nodig bijkomend aan de hand van een facultatief bezoek aan de toonzaal. Er is dan ook geen exclusieve band tussen het vijfde en het derde criterium aangetoond en verwerende partij diende zich aldus niet uitsluitend op de documentatie waarvan sprake in het vijfde gunningscriterium te richten.

Het feit dat voor twee voorwerpen - namelijk een tafel en een stoel - op tientallen in het kader van het tweede gunningscriterium “technische kwaliteit” beoordeelde voorwerpen, onder andere een aspect esthetiek beoordeeld werd en het feit dat voor die twee aspecten er een gelijke beoordeling was voor verzoekende partij en Buro Project nv, zijn niet van die aard dat de beoordeling van het derde gunningscriterium “esthetiek” onjuist of onzorgvuldig zou zijn geschied of de perken van de redelijkheid zou te buiten gaan.

De opmerking van verzoekende partij in haar laatste memorie dat Buro Project nv door de plaatsbezoeken in staat is gesteld om haar offerte te vervolledigen en dat dit strijdt met het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel, kon reeds in de memorie van wederantwoord worden aangevoerd en is dienvolgens laattijdig.

De kritiek op de toepassing van het vierde gunningscriterium

20. In essentie voert verzoekende partij aan dat de “tweede” puntentoekeningswijze waarbij Buro Project nv één punt meer kreeg dan bij de “eerste” wijze, strijdt met het bestek en met de bij aanbestedende overheden algemeen aanvaarde beoordelingsmethode en dat nergens uit het dossier blijkt dat de tweede wijze gebruikelijker of correcter zou zijn.

Voor zover de kritiek geformuleerd wordt ten aanzien van de tweede berekeningswijze op zich, met name dat het een ongebruikelijke methode is die tegen de besteksbepalingen ingaat, is deze laattijdig; verzoekende partij heeft nagelaten in haar verzoekschrift deze problematiek aan te kaarten niettegenstaande zij op de hoogte was van de puntentoekenning en de gevolgde methodiek in het gunningsverslag.

Voor zover de eerste berekeningswijze bij de problematiek wordt betrokken, dient te worden vastgesteld dat verzoekende partij nalaat aan te geven waarom de eerste berekeningswijze “gebruikelijker/correcter” zou zijn dan de tweede. Voorts is een gelijk aantal punten voor de beide concurrerende offertes gepast nu de totale uitvoeringstermijn voor verzoekende partij 85 dagen is (eerste uitvoeringstermijn 65, tweede 20) en voor Buro Project nv 84 dagen (eerste uitvoeringstermijn 42, tweede 42), temeer verzoekende partij zelf aangeeft dat een doorslaggevend karakter toekennen aan een uitvoeringstermijn van één van beide uitvoeringstaken, niet door de beugel kan; de eerste berekeningswijze waarbij Buro Project nv één punt minder kreeg, komt veel minder gepast voor. De beoordeling van het gunningscriterium “uitvoeringstermijn” is niet onzorgvuldig of onjuist, noch gaat ze de perken van de redelijkheid te buiten.

21. Het tweede middel wordt verworpen.

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.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 17 februari 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest