

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 212.604 van 12 april 2011
in de zaak A. 188.531/XII-5464**

In zake: de BVBA IT 1
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Abbeloos
kantoor houdend te 9200 Dendermonde
Noordlaan 82-84
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE LEBBEKE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Cies Gysen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 9 juni 2008, strekt tot de nietigverklaring van “het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Lebbeke dd. 6 maart 2008 betreffende het leveren van hardware apparatuur ten behoeve van diverse diensten”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

Verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 maart 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Patrick Vandendael, die loco advocaat Dirk Abbeloos verschijnt voor verzoekende partij en advocaat Stéphanie Taelemans, die loco advocaat Cies Gysen verschijnt voor verwerende partij zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De gemeente Lebbeke schrijft een overheidsopdracht uit, onder de vorm van een beperkte offerteaanvraag, voor de levering van hardware apparatuur ten behoeve van diverse diensten. De opdracht wordt opgesplitst in twee percelen. Het eerste perceel heeft betrekking op het leveren en in bedrijf stellen van merkgebonden PC's, monitoren en toebehoren, het tweede op het leveren en in bedrijf stellen van merkgebonden servers.

De opdracht wordt op 5 oktober 2007 aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen. Voor wat betreft de vereisten inzake de persoonlijke situatie van de ondernemers, de financiële en economische draagkracht en de technische bekwaamheid verwijst de aankondiging naar het bestek. Hetzelfde geldt voor de gunningscriteria.

3.2. Dertien kandidaten, waaronder verzoekende partij, ontvangen een exemplaar van het bestek.

Het bestek bevat geen afzonderlijke voorschriften inzake de uitsluitingsgronden, de financiële en economische draagkracht en de technische bekwaamheid.

De gunningscriteria worden in het bestek als volgt omschreven:

“Het bestuur kiest bij toepassing van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten de regelmatige offerte die haar het voordeligst lijkt met inachtneming van de volgende gunningscriteria:

- kwaliteit	25 pt.
- technische waarde	25 pt.
- prijs	10 pt.
- voorwaarden onderhoudspakket	10 pt.
- waarborg en waarborgtermijnen	10 pt.
- beschikbaarheid van wisselstukken	5 pt.
- eigen hersteldienst	10 pt.
- referenties	5 pt.”.

3.3. Vier inschrijvers waaronder verzoekende partij en de nv Cevi, dienen uiteindelijk een offerte in.

3.4. In het gunningsverslag van 11 februari 2008 worden voor de levering van de PC's en de servers voor alle inschrijvers tabellen met punten opgenomen per gunningscriterium. Het gunningsverslag besluit als volgt:

“Na grondige evaluatie komen we aan de hand van bovenstaande tabellen tot volgende besluiten:

- de resultaten laten toe om de VMWARE technologie te kiezen
- om technologische redenen stel ik voor variante 2 te nemen
- combinatie CEVI-DELL komt in aanmerking voor gunning ondanks een klein verschil in prijs”.

Voormelde tabellen met punten blijken te zijn opgesteld aan de hand van technische fiches per inschrijver. Wat betreft het criterium kwaliteit wordt de score van verzoekende partij voor de kwaliteit van de PC's (eerste perceel) als volgt toegelicht in de technische fiche:

Kwaliteit			
25		20,0	
	60	48	
10	Onderneming	9,0	KMO die meer dan 10 jaar actief is in IT
10	Oplossing	9,0	Volledig met 1 merk (HP) met low cost modellen
10	Offerte	8,0	Goed gestructureerde en gedocumenteerde offerte
10	Verplaatsing	8,0	Niet vermeld, dicht bij
10	Tarief prestat.	5,0	95 € / uur, dus hoog
10	Dienstverlening	9,0	Gans het gamma wordt aangeboden

Met betrekking tot de score van verzoekende partij voor de kwaliteit van de servers (tweede perceel) wordt in de technische fiche opgemerkt:

Kwaliteit			
25		19,5	
	50	39	
10	Onderneming	9,0	Een der grootste dienstverlenende bedrijven van België voor openbare besturen
10	Oplossing	9,0	Conform bestek, alle connectiekabels voorzien
10	Offerte	9,0	Goed gestructureerd en gedocumenteerd

10	Kosten dienstverlening	5,0	95 € / uur, dus hoog
10	Beschrijving werkwijze	7,0	Geen uitleg over de opgebouwde config

3.5. Op 6 maart 2008 beslist het college van burgemeester en schepenen om, gelet op voormeld gunningsverslag, de opdracht voor beide percelen toe te wijzen aan de nv CEVI. Dit is de thans bestreden beslissing.

3.6. Met een faxbericht en een aangetekend schrijven van 10 april 2008 wordt aan verzoekende partij een kopie toegezonden van de bestreden beslissing en het gunningsverslag.

3.7. Bij aangetekend schrijven van 14 april 2008 worden aan verzoekende partij nog de technische fiches bezorgd die betrekking hebben op verzoekende partij zelf en de nv CEVI.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Verwerende partij betwist in haar memorie van antwoord de ontvankelijkheid van het beroep. Zij werpt daartoe een aantal excepties op.

Deze excepties worden alle op beredeneerde wijze verworpen in het auditorsverslag. In haar laatste memorie komt verwerende partij niet inhoudelijk terug op de ontvankelijkheid van het beroep, maar beperkt zij zich tot een loutere verwijzing naar de memorie van antwoord. Zij kan er also de Raad van State niet van overtuigen om de bevindingen van het auditoraat niet bij te vallen.

De excepties worden verworpen.

V. Onderzoek van het derde middel

Standpunt van de partijen

5. Verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en het zorgvuldigheidsbeginsel, meer bepaald het opnemen van de gunningscriteria ‘referenties’ en ‘onderneming’ in het hoofdcriterium ‘kwaliteit’”.

Zij acht deze rechtsnormen geschonden “doordat het bestek een gunningscriterium opneemt dat betrekking heeft op de selectievoorwaarden en niet kan dienen ter evaluatie van de gunningscriteria”. Meer bepaald kan het criterium “referenties” enkel dienst doen als selectiecriterium en mag het in geen geval dienen als gunningscriterium.

Daarnaast blijkt uit het gunningsverslag dat een subcriterium “onderneming” gehanteerd wordt als eerste onderdeel van het gunningscriterium “kwaliteit”, terwijl dit volgens haar eveneens een selectiecriterium uitmaakt, vermits het criterium “onderneming” niet werd gebruikt om het voorwerp van de opdracht te evalueren en aldus te komen tot de “meest voordelige” offerte, maar wel om de indieners te evalueren.

6. Verwerende partij betwist het belang van verzoekende partij bij dit middel. Verzoekende partij heeft immers op geen enkel ogenblik en bijgevolg strijdig met haar verplichtingen overeenkomstig artikel 98 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken enige opmerking gemaakt over de vermeende tekortkomingen in het bestek.

Ten gronde erkent verwerende partij dat er een onderscheid dient te worden gemaakt tussen selectiecriteria enerzijds en gunningscriteria anderzijds. Zij wijst er echter op dat het in de praktijk niet steeds eenvoudig is om dit onderscheid te maken en dat dergelijk onderscheid niet steeds nodig of wenselijk is. De beoordeling van dit onderscheid dient volgens haar minder

streng te gebeuren, op voorwaarde dat de gelijkheid tussen de inschrijvers wordt geëerbiedigd. Zij wijst tevens op rechtspraak van de Raad van State waarin rekening houdend met de concrete omstandigheden en de eigen situatie van de opdracht en het bestek, wordt aanvaard dat het niet uit te sluiten is dat ervaring en referenties een gunningscriterium kunnen uitmaken indien daardoor de intrinsieke kwaliteit van de offertes in het licht van de specificiteit van de opdracht op gedifferentieerde wijze kan worden aangetoond. In het kader van informaticaopdrachten, hier het leveren en installeren van specifieke computers en servers waarvan een bepaalde bijzondere technologie verwacht wordt, is het volgens verwerende partij “volkomen aanvaardbaar dat van de kandidaten een bijzondere ervaring wordt vereist, die onder meer wordt aangetoond door ‘referenties’”. Dit zou volgens haar ook blijken uit de uitdrukkelijke vermelding in het bestek dat de inschrijver aan het bestuur zijn expertise in de VMWARE-technologie dient aan te tonen. “De expertise van de onderneming in het kader van dergelijke specifieke technologie” heeft volgens verwerende partij “niet zozeer betrekking op de kwaliteit van de inschrijver, maar wel op de intrinsieke kwaliteit van zijn offerte in het kader van deze specifieke opdracht.” Ondergeschikt wijst zij er op dat verzoekende partij zelf telkens het maximum van de punten (5/5) heeft behaald op het criterium “referenties”.

Ook het subcriterium “onderneming” als onderdeel van het gunningscriterium “kwaliteit” peilt volgens verwerende partij naar de kennis en ervaring van de inschrijvers op het specifieke vlak van de gevraagde technologie en de verwachte informaticadiensten binnen de specificiteit van de leveringsopdracht. Bovendien heeft dit subcriterium slechts betrekking op een zesde van de voorziene 25 punten voor het gunningscriterium “kwaliteit”.

Zij besluit dat “de gunningscriteria zoals vermeld in het bestek wel degelijk dienen tot het selecteren van de meest voordelige kandidaat voor de opdracht”.

7. In de memorie van wederantwoord stelt verzoekende partij, wat haar belang bij het derde middel betreft, dat het door verwerende partij ingeroepen artikel 98 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 niet van toepassing is. Deze bepaling “dekt de gevallen waarbij een inschrijver niet

beschikt over de gegevens die nodig zijn voor de berekening van zijn prijs”, terwijl het derde middel “betrekking heeft op het gebruik van selectiecriteria als gunningscriteria”.

Voorts repliceert verzoekende partij dat referenties in beginsel geen gunningscriterium zijn en dat het bijgevolg aan verwerende partij toekomt om aan te tonen dat deze bij wijze van uitzondering voor de huidige opdracht toch als gunningscriterium mochten gelden wegens de aard van de opdracht. Verzoekende partij merkt op dat de verwijzing door verwerende partij naar de besteksbepaling inzake de vereiste expertise in de VMWARE technologie niet dienend is nu deze paragraaf “slechts terug te vinden [is] in het bestek bij de bepalingen van de variante 2 en niet bij de bepalingen van variante 1 of het basisbestek”. Niettemin wordt “hetzelfde criterium gehanteerd bij de evaluatie en rekenbladen van verweerster bij de afweging van de offertes m.b.t. de basisofferte en de offertes van beide varianten”.

Ook wordt volgens verzoekende partij noch in de aankondiging van de opdracht, noch in het bestek, verwezen naar het beweerd uitzonderlijk karakter van de opdracht voor het leveren en installeren van computers en servers. Het gaat volgens verzoekende partij om “een algemene opdracht”. Evenmin geven het gunningsverslag en de tabellen volgens verzoekende partij zicht op de toekenning van de punten voor referenties, de toetsing of de evaluatie van de referenties als gunningscriterium inzake intrinsieke kwaliteit. Het lijkt er volgens haar integendeel op dat elke inschrijver een aantal referenties instuurde en dat dit voldoende reden was voor verwerende partij om hun allen het maximum van de punten te geven. Het feit dat verzoekende partij zelf ook het maximum kreeg is volgens haar irrelevant omdat zij ook inzicht moet krijgen in de motieven waarop verwerende partij zich steunde om ook aan de andere inschrijvers punten toe te kennen.

Het begrip “onderneming” wordt volgens verzoekende partij *post factum* omschreven als een gunningscriterium dat dienstig is om de kwaliteit van het aangeboden materiaal te evalueren. Nochtans wordt dienaangaande in de puntentabellen enkel opgemerkt: “een der grootste ICT-bedrijven van België”. Het betreft aldus een algemene motivering waaruit geen uitzonderingssituatie

blijkt, vereist om het begrip “referentie” of “onderneming” aan te wenden als gunningscriterium. De omvang en de omzet van de onderneming staan volgens verzoekende partij niet in relatie met de intrinsieke kwaliteit van het te leveren materiaal.

Ten slotte wijst verzoekende partij er nog op dat het betoog van verwerende partij niet ernstig te noemen valt wanneer zij “enerzijds beweert dat deze opdracht slechts beperkt is in omvang met als doel de techniek van de impliciete verklaring op erewoord te schragen”, zoals verwerende partij aanvoerde in haar verweer op het tweede middel, “terwijl ze bij de behandeling van de criteria, de nadruk legt op de uitzonderlijke specificiteit van de leveringsopdracht”.

Beoordeling

8. De grief die verzoekende partij in het derde middel aanbrengt heeft geen betrekking op vergissingen of leemten in het bestek die het haar onmogelijk maken een prijs te berekenen, of die tot gevolg hebben dat de vergelijking van de offertes niet meer opgaat, zodat verwerende partij zich niet op artikel 98 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 kan beroepen om verzoekende partij belang bij dit middel te ontzeggen.

Voorts kan verzoekende partij tot staving van haar beroep tegen de toewijzingsbeslissing de onwettigheid van het bestek op grond waarvan die beslissing is genomen, invoeren.

9. Artikel 16 van de wet van 24 december 1993 bepaalt dat bij algemene of beperkte offerteaanvraag de opdracht toegewezen dient te worden aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria die in het bestek moeten zijn vermeld, of eventueel in de aankondiging van de opdracht. Overeenkomstig deze bepaling moeten de gunningscriteria 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 na-

verkoop en de technische bijstand, de leveringsdatum en de termijn van levering of uitvoering.

Criteria als “referenties” of “ervaring in de sector” betreffen niet de intrinsieke waarde van de offerte, strekken er dus niet toe om de voordeligste aanbieding vast te stellen, maar betreffen daarentegen de geschiktheid van de inschrijvers om de betrokken opdracht uit te voeren en zijn dienvolgens in beginsel geen gunningscriteria maar selectiecriteria.

Het valt weliswaar niet uit te sluiten dat ervaring en referenties toch een gunningscriterium uitmaken, doch enkel indien daardoor de intrinsieke kwaliteit van de offertes in het licht van de specificiteit van de opdracht op differentiërende wijze kan worden aangetoond, wat bij een opdracht voor aanneming van diensten het geval kan zijn. In dergelijk geval wordt evenwel van de aanbestedende overheid verwacht dat zij zulks aantoonst of dat duidelijk uit de dossierstukken blijkt dat aan deze voorwaarden is voldaan.

10. De voorliggende opdracht betreft geen dienstenopdracht, doch is een opdracht voor de levering van hardware apparatuur ten behoeve van de diensten van de gemeente Lebbeke.

Het bestek vermeldt “referenties” als achtste gunningscriterium. Bovendien blijkt uit de individuele beoordelingsfiches dat verwerende partij na de opening van de offertes ook een subcriterium “onderneming” heeft gehanteerd binnen het eerste gunningscriterium “kwaliteit”.

Verwerende partij maakt niet aannemelijk dat de criteria “referenties” en “onderneming” - die bij uitstek betrekking hebben op de bekwaamheid van de kandidaten of inschrijvers - in de voorliggende zaak bij wijze van uitzondering toch mochten gelden als gunningscriteria wegens de bijzondere aard van de opdracht. Bovendien blijkt evenmin uit het bestek of de andere stukken van het dossier dat de voorliggende opdracht van een dergelijke bijzondere aard was dat “referenties” en “onderneming” als gunningscriteria in aanmerking mochten worden genomen.

Anders dan verwerende partij laat uitschijnen vereist het bestek enkel voor de tweede verplichte variante voor perceel 2 dat de inschrijver zijn expertise in de VMWARE-technologie aantoont. De verwijzing naar deze technologie kan dan ook geen verantwoording bieden voor de algemene toepassing van het criterium “referenties” als gunningscriterium nu dit criterium door verwerende partij niet enkel voor de tweede variante van het tweede perceel, doch wel voor beide percelen en beide varianten werd aangewend. Ook uit het beoordelingsverslag en uit de individuele fiches blijkt geenszins dat aan de hand van de referenties in het kader van de voorliggende opdracht de kwaliteit van de offertes werd beoordeeld. Voor beide percelen en beide varianten werd aan alle inschrijvers telkens het maximum van de punten toegekend (vijf op vijf) zonder enige nadere motivering van deze score.

Als motivering voor de puntenscore van de gekozen inschrijver op het achteraf toegevoegde subcriterium “onderneming” wordt enkel opgemerkt dat het gaat om “een der grootste ICT bedrijven in België” en “een der grootste dienstverlenende bedrijven van België voor openbare besturen”. Als motivering voor de puntenscore van verzoekende partij wordt enkel gesteld dat het gaat om “een KMO die meer dan 10 jaar actief is in IT” en “een der grootste dienstverlenende bedrijven van België voor openbare besturen”. In het licht van deze beperkte motivering kan de argumentatie van verwerende partij dat ook het element “onderneming” zou peilen naar de kennis en ervaring van de inschrijvers op het specifieke vlak van de gevraagde VWMARE technologie en de verwachte informaticadiensten binnen de specificiteit van de opdracht niet worden aanvaard.

11. Het gunningscriterium “referenties” en het subcriterium “onderneming” werden ten onrechte in het bestek opgenomen om de offertes te beoordelen. Het feit dat aan deze criteria slechts een beperkte puntenwaarde werd toegekend en dat verzoekende partij op het criterium “referenties” het maximum van de punten behaalde, neemt niet weg dat door de toepassing van deze criteria de gunningsprocedure in haar geheel is gevitieerd, zodat verzoekende partij belang heeft bij een nietigverklaring van de bestreden beslissing op grond van dit middel.

Het derde middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Lebbeke van 6 maart 2008 om de beide percelen van de overheidsopdracht voor het leveren van hardware apparatuur voor diverse diensten toe te wijzen aan de nv CEVI.

2. De verwerende 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 12 april 2011, door de Raad van State, XII^e kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra	staatsraad,

bijgestaan door

Frank Bontinck,	griffier.
-----------------	-----------

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest