

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 213.820 van 9 juni 2011
in de zaak A. 181.451/XII-5044**

In zake: de NV SNOECK & PARTNERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jan Leysen en Karien Loontjens
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Koning Albertstraat 24/1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF MALDEGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dominique Matthys
kantoor houdend te 9000 Gent
Sint-Annaplein 34 bus 117
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 2 maart 2007, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van het Autonoom Gemeentebedrijf Maldegem dd. 22/12/2006 waarbij de kandidatuur van [nv Snoeck & Partners] niet werd weerhouden voor de studieopdracht voor de bouw van een Multifunctionele sporthal, doch werd overgegaan tot toewijzing van de studieopdracht voor architectuur, stabiliteit, technische installaties en omgevingsaanleg voor de nieuwe sporthal te Maldegem aan de T.V. Architectenbureau Van Acker & Partners - SWK - Arcadis”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

Verzoekende partij en verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 april 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rebecca Decreus, die verschijnt voor verzoekende partij en advocaat Dominique Matthys, die verschijnt voor verwerende partij zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een 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 raad van bestuur van verwerende partij beslist op 21 augustus 2006 om een onderhandelingsprocedure met bekendmaking op te starten voor “een studieopdracht voor architectuur, stabiliteit, technieken en omgevingsaanleg” “ten behoeve van de realisatie van een multifunctionele polyvalente sporthal met inbegrip van de groenaanleg en parkings”.

3.2. Op 5 september 2006 verschijnt in het Bulletin der Aanbestedingen een oproep tot kandidaatstelling voor deze opdracht.

3.3. Uit het proces-verbaal van de opening van de offertes van 10 oktober 2006 blijkt dat er elf kandidaturen zijn ingediend.

3.4. Op zijn vergadering van 16 oktober 2006 beslist de raad van bestuur van verwerende partij om vijf kandidaten te “behouden”, waaronder verzoekende partij.

3.5. Met een schrijven van 9 november 2006 wordt een kopie van het bestek aan verzoekende partij bezorgd.

3.6. Het bestek bepaalt het volgende over de wijze van gunning van de opdracht:

“De beoordeling van de opdracht zal gebeuren volgens onderstaande gunningscriteria;

- Ereloon 40 punten

De meest voordelige aanbieder krijgt het maximum der punten. De minst voordelige 0 punten. Alle andere krijgen een score tussen 0 en 40 in evenredigheid van het aantal inschrijvers.

- Functionaliteit/indeling van het gebouw 10 punten

- Visie mbt. de architectuur/esthetiek van het gebouw 10 punten

- Inplanting/oriëntatie van het gebouw op het terrein en de integratie in de omgeving 10 punten

- Toegangsmogelijkheid tot het gebouw en de parking en de verkeersafwikkeling op de site 10 punten

- Lage exploitatiekost 10 punten

- Technische uitrusting met aandacht voor duurzaamheid, rationeel energieverbruik en akoestiek 10 punten

Totaal der beoordeling: 100 punten”.

De offertes dienen volgens het bestek uiterlijk vóór 4 december 2006 aangetekend aan verwerende partij te worden gezonden.

3.7. Op 17 december 2006 wordt door de nv Bopro, de onderneming die de uitvoering van het project begeleidt, een “selectieverslag” opgemaakt. Wat de offerte van verzoekende partij betreft wordt inzake het gunningscriterium “ereloon” het volgende vastgesteld:

“Het totale ereloon bedraagt 5,45%. Snoeck & partners dient hierbij de 2de voordeligste offerte in. Volgens de berekening van evenredigheid tussen alle inschrijvers ontvangt Snoeck & partners 26,66 punten”.

De offerte van verzoekende partij verkrijgt een totaalscore van 55,66 punten op 100 en wordt als tweede gerangschikt, na de offerte van de tijdelijke handelsvennootschap Architectenbureau Van Acker & Partners - SWK - Arcadis Gedas, die een totaalscore wordt toegekend van 56,5 punten op 100.

3.8. Het directiecomité van verwerende partij beslist op 22 december 2006, “gelet op het selectieverslag dd. 17 december 2006 vanwege Bopro nv”, om de opdracht toe te wijzen aan de tijdelijke handelsvennootschap Architectenbureau Van Acker & Partners - SWK - Arcadis Gedas. Dit is de thans bestreden beslissing.

3.9. Met een brief van 5 januari 2007 wordt verzoekende partij ervan op de hoogte gebracht dat haar offerte niet werd gekozen.

3.10. Bij aangetekend schrijven van 11 januari 2007 vraagt verzoekende partij aan verwerende partij het volledig evaluatieverslag “met vermelding van de puntentoekenning per gunningscriterium”.

3.11. Met een aangetekende brief van 17 januari 2007 wordt aan verzoekende partij een afschrift van de toewijzingsbeslissing van 22 december 2006 bezorgd.

IV. Onderzoek van het vierde middel

Uiteenzetting van het middel

4. In een vierde middel voert verzoekende partij de schending aan van “de artikelen 2 en 3 van de wet van 29/7/1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen en de formele en materiële motiveringsplicht als zijnde een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur, het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel”.

In een tweede onderdeel voert zij in het bijzonder de miskennis aan van de “materiële motiveringsplicht, zorgvuldigheidsbeginsel, gelijkheidsbeginsel”.

Verzoekende partij voert in dit middelonderdeel onder meer aan dat “de puntentoekenning voor het gunningscriterium ereloon niet conform de voorschriften van het bestek [is] verlopen”. Zij betoogt:

“Het bestek stelt dat er voor dit criterium 40 punten te behalen zijn door de kandidaat met de meest voordelige prijs. De kandidaat met de hoogste prijs krijgt 0 punten. Volgens het bijzonder bestek krijgen de andere inschrijvers een score tussen 0 en 40 ‘in evenredigheid van het aantal inschrijvers’. Er waren in casu 5 inschrijvers, zodat 10 punten per positie in rekening moeten gebracht worden (0-10-20-30-40). Uit het uittreksel uit het selectieverslag blijkt dat verzoekster de tweede voordeligste offerte indiende, zodat zij 30 punten diende te behalen en niet 26,66 punten zoals haar blijkens het selectieverslag werden toegekend.

De aanbestedende overheid heeft haar beslissing gebaseerd op een selectieverslag waarbij de score voor de prijs niet werd toegekend in evenredigheid van het aantal inschrijvers, maar op basis van een artificiële opsplitsing van de punten waardoor verzoekster maar 26,6 punten kreeg in plaats van de verdiende 30 punten”.

5. In haar memorie van antwoord brengt verwerende partij hier het volgende tegen in:

“Verzoekster houdt geen rekening met het feit dat twee kandidaten de hoogste prijs aanboden, met name Van Acker & Partners (6,9%) en Arks Architecten (6,9%).

Daardoor komt het dat deze twee kandidaten elk 0 punten toegekend kregen, terwijl de ‘in evenredigheid van het aantal inschrijvers’ toe te bedelen punten tussen 0 en 40 moesten worden verdeeld over drie resterende kandidaten, nl. 40 - 26,66 - 13,33.

Als tweede in de rij kreeg verzoekster dus volledig terecht 26,66 punten toegekend”.

6. Verzoekende partij wijst in haar memorie van wederantwoord op het feit dat volgens het bestek “de andere inschrijvers een score tussen 0 en 40 [krijgen] ‘in evenredigheid van het aantal inschrijvers’”. Volgens verzoekende partij dient “volgens het gewoon taalgebruik” de term “in evenredigheid” te worden begrepen als “in onderlinge gelijke verhoudingen”. Zij verduidelijkt:

“Er waren in casu 5 inschrijvers, zodat om de punten in evenredigheid van het aantal inschrijvers te verdelen 10 punten per positie in rekening moeten gebracht worden: nl. 0-10-20-30-40. Dit is de enige manier om de score toe te kennen in evenredigheid van of in onderling gelijke verhoudingen tussen het aantal inschrijvers wanneer er vijf inschrijvers zijn.

Uit het uittreksel uit het selectieverslag blijkt dat verzoekster de tweede voordeligste offerte indiende, zodat zij 30 punten diende te behalen en niet 26,66 punten zoals haar blijkens het selectieverslag werden toegekend.

Noch uit de toewijzingsbeslissing, noch uit de uittreksels van het selectieverslag die aan verzoekster bezorgd werd, viel te begrijpen waarom verzoekster maar 26,66 punten kreeg.

Uit de memorie van verweerster [...] blijkt thans dat er blijkbaar twee kandidaten een zelfde minst voordelige offerte indienden van 6,9%, zodat er twee kandidaten 0 punten kregen en geen enkele kandidaat 10 punten kreeg.

Ook in dit geval verplicht het bestek nog steeds om de punten voor de andere kandidaten in evenredigheid van het aantal inschrijvers te verdelen

en dus de punten 20-30-40 toe te kennen. Het is vanzelfsprekend niet omdat er twee dure inschrijvers zijn die beide 0 punten krijgen, dat dit negatieve implicaties zou moeten hebben voor de meer voordelige inschrijvingen.

Dit is alvast niet op die manier voorzien in het bestek. Het bestek schrijft voor de score tussen 0 en 40 te verdelen in evenredigheid van het aantal inschrijvers (=5) en niet van de nog resterende inschrijvers (=3)".

Verzoekende partij voegt hier nog aan toe dat verwerende partij een willekeurige "invulling" geeft aan het bestek, "ingegeven door haar subjectieve wens om de opdracht niet te gunnen aan verzoekster", die tot gevolg heeft dat verzoekende partij "slechts 26,66 punten krijgt ipv de 30 punten die zij verdient".

7. Verwerende partij voert in haar laatste memorie het volgende aan tegen het standpunt in het auditorsverslag dat verzoekende partij dient te worden bijgevalen:

"Het auditorsverslag beperkt zich ertoe te stellen dat de redenering van verzoekende partij de juiste is, en heeft het dan bovendien nog maar over één enkel aspect van dit 2de onderdeel, met name de punttoekenning voor het gunningscriterium 'ereloon'.

Daarbij valt het op dat in het auditorsverslag niet de minste aandacht wordt gegeven aan het antwoord dat verwerende partij daaromtrent in haar memorie van antwoord neerschreef, en dat gewoonweg wordt gesteld dat het standpunt van [verzoekende] partij het juiste is.

In haar laatste memorie doet verzoekende partij zich al evenmin de moeite om de nochtans logische, zorgvuldige en in mathematische redelijkheid verantwoorde repliek van verweerster te ontmoeten, laat staan te weerleggen.

Het uitgangspunt is nochtans duidelijk: de punten, die worden geciteerd van 0 tot 40, moeten in evenredigheid van het aantal inschrijvers, in casu 5, worden verdeeld.

Dit zou inderdaad neerkomen op 0-10-20-30-40 indien er vijf verschillende scorende kandidaten waren geweest.

Feit is evenwel dat twee kandidaten een zelfde minst voordelige offerte indienden. wat ze dus gelijk plaatste onderaan de score-toekenning, met name op 0.

Dit gegeven verandert op fundamentele wijze de evenredigheidsregel die in de verdere opbouw naar de maximum score 40 moet worden toegepast. Stellen dat het gevolg van deze *ex aequo* moet zijn dat de score 10 wegvalt is mathematisch fout omdat in voorkomend geval het verschil tussen de *ex aequo* geklasseerde 0 punten halende kandidaten en de volgende geklasseerde 20 punten zou zijn, terwijl de verder nog beter geklasseerden zich slechts met 10 punten van elkaar zouden onderscheiden.

Vandaar de juiste methode, zoals door verwerende partij terecht werd toegepast: van 0-40 werd opgedeeld over 4 kandidaten, met als puntenresultaat 0 - 13,30 - 26,60 - 40.

Aldus werd het verschil tussen de kandidaten telkens 13,30, zonder onderscheid ten overstaan van wie op gelijke wijze werd beoordeeld.

Deze methode is rechtvaardig, zorgvuldig, redelijk en in overeenstemming met de vooropgestelde evenredigheidsregel.

Er is dus geen sprake van een schending van de materiële motiveringsplicht”.

Beoordeling

8. Verzoekende partij betoogt in essentie dat verwerende partij in strijd met het bestek heeft gehandeld. Verzoekende partij toont evenwel niet aan dat verwerende partij de in dit middelonderdeel geschonden geachte beginselen ook daadwerkelijk heeft miskend door de betrokken besteksbe­paling toe te passen op die wijze dat, indien meerdere inschrijvers een nul­score behalen, de punten in evenredigheid worden verdeeld over de resterende inschrijvers. De besteks­be­paling heeft precies tot doel de verschillende erelonen evenredig te onderscheiden wat betekent dat zo erelonen niet verschillend zijn ze slechts voor één gelden en dat de punten in evenredigheid moeten worden verdeeld over de inschrijvers die geen nul-score verkrijgen.

Het gegeven dat twee inschrijvers een nulscore verkrijgen bepaalt de concrete toepassing van de in het bestek opgenomen evenredigheidsregel. De stelling van verzoekende partij dat als gevolg van de gelijke nul-score van twee inschrijvers de score 10 dient weg te vallen, wordt niet aanvaard. Verwerende partij werpt terecht tegen dat, in dat geval, het verschil tussen de gelijk geklasseerde nul punten halende kandidaten en de volgende geklasseerde 20 punten zou zijn, terwijl de verder nog beter gerangschikte inschrijvers zich met slechts 10 punten van elkaar zouden onderscheiden hetgeen precies strijdt met een evenredige verdeling.

Het middelonderdeel voorzover hierin aangevoerd wordt dat de puntenverdeling bij de toepassing van het criterium ereloon onwettig is, is niet gegrond.

9. Het auditoraatsverslag is beperkt gebleven tot een onderzoek van dit ene aspect van het middelonderdeel. De debatten dienen dan ook te worden heropend voor een aanvullend onderzoek van de zaak.

BESLISSING

1. De debatten worden heropend.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 juni 2011,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest