

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 215.005 van 8 september 2011
in de zaak A. 192.507/XII-5811**

In zake: de NV MAVA BODEMONDERZOEK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Hofströssler en Neil Braeckevelt
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 8 mei 2009, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van [6 maart 2009] van de Secretaris-Generaal van het Departement Cultuur, Jeugd, Sport en [Media] tot gunning van de opdracht voor aanneming van diensten ingevolge algemene offerteaanvraag met betrekking tot de uitvoering van geotechnische grondonderzoeken op verschillende locaties in Vlaanderen aan de thv Cockaerts / ACC Geology”.

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 24 mei 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Sofie Van Noten, die loco advocaat Peter Flamey verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Neil Braeckevelt, die 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 ministerie van de Vlaamse Gemeenschap schrijft een overheidsopdracht uit voor het uitvoeren van geotechnische grondonderzoeken op verschillende locaties in Vlaanderen voor het bepalen van de natuurlijke grondsamenstelling, de grondwaterstand, de infiltratiecapaciteit en de milieuhygiënische kwaliteit van de grond.

Het betreft een opdracht van diensten die gegund wordt bij wijze van een algemene offerteaanvraag.

De opening van de offertes was voorzien op 22 december 2008.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 12 november 2008.

3.3. Het op de opdracht toepasselijke bijzonder bestek vermeldt onder artikel 115 de volgende gunningscriteria:

“• De totaalprijs — 50 p.

• De uitvoeringstermijn voor de globale opdracht (m.a.w. voor de dienstverlening voor de 40 terreinen) — 30 p.

• De garanties op een vlotte samenwerking met de opdrachtgever, inzonderheid op het vlak van efficiënte organisatie van de werkzaamheden binnen het kader van de door de inschrijver vooropgestelde maximale uitvoeringstermijn. De inschrijvers geven aan in hun offerte hoe zij deze vlotte samenwerking en de maximale uitvoeringstermijn zullen garanderen —20 p.

Totaal: 100 p.”

Specifiek inzake uitvoeringstermijnen bepaalt het bestek:

“De inschrijvers geven de uitvoeringstermijn op uitgedrukt in kalenderdagen.

Dit vormt één van de beoordelingscriteria (zie supra).

Deze termijn behelst de tijd die nodig is om de prestaties uit te voeren overeenkomstig hetgeen bepaald is in dit bestek, tot en met de aflevering van alle rapporten en verslagen met de resultaten en de conclusies van de grondonderzoeken en dit m.b.t. de 40 te onderzoeken terreinen.

Deze uitvoeringstermijn wordt contractueel bindend voor de inschrijver aan wie de opdracht wordt toegewezen.

[...].”

3.4. Zeven inschrijvers dienen een offerte in.

3.5. Er wordt een gunningsverslag opgesteld.

3.5.1. Wat de selectie- en uitsluitingscriteria betreft wordt er vermeld:

“Alle inschrijvers, behalve SGS Belgium nv, voldoen aan alle kwalitatieve selectie-eisen voorzien in het bestek.

SGS Belgium toont wel aan te beschikken over de vereiste erkenningen voor de uitvoering van de opdracht hetzij zelf hetzij in hoofde van de onderaannemers waarop beroep zal worden gedaan. Deze inschrijver doet

evenwel geen enkele opgave van referenties van gelijksoortige opdrachten, noch van de deskundigheden en expertise van de personen die voor uitvoering van de opdracht worden aangeduid.

Ingeval de offerte van SGS Belgium als de meest voordelige offerte zou worden beschouwd bij toepassing van de gunningscriteria (zie hoofdstuk hierna), zal SGS Belgium voorafgaandelijk het voldoen aan deze ontbrekende kwalitatieve selectie-eisen moeten aantonen.

Onder dit voorbehoud, wordt de offerte van SGS Belgium mee opgenomen in de beoordeling van de offertes, die getoetst worden aan de in het bestek voorziene gunningscriteria.”

3.5.2. Vervolgens worden de offertes onderworpen aan een onderzoek naar de administratieve regelmatigheid. Enkel wat betreft de offerte van inschrijver GMA Geo Measuring (hierna: “GMA”), die twee verschillende prijzen had ingediend in functie van de grootte van de veldoppervlakte, wordt een specifieke opmerking gemaakt:

“In feite komt dit dus neer op het indienen van twee offertes, hetgeen door artikel I.4 laatste lid van het bestek niet toegelaten is en tot uitsluiting van de offerte kan/moet leiden. Onverminderd de onregelmatigheid van deze offerte, wordt deze onder dit uitdrukkelijke voorbehoud mee beoordeeld en getoetst aan de gunningscriteria, zonder dat dit als een verzaking aan het recht om de offerte uit te sluiten kan beschouwd worden.”

3.5.3. Ten slotte worden alle offertes getoetst aan de gunningscriteria.

3.5.3.1. Inzake het eerste criterium “totale kostprijs” wordt vermeld dat de volgende formule wordt toegepast:

$$P = P_{\max} \left(1 - \frac{X - L}{L} \right)$$

Waarbij:

P = punten voor de onderzochte offerte X

P_{max} = maximaal aantal punten voor dit criterium (50)

L = totaal bedrag van de laagste offerte

X = totaalbedrag van de onderzochte offerte.”

Voor inschrijver GMA wordt de gemiddelde prijs van de twee prijsvoorstellen berekend en mee opgenomen in de vergelijking.

Verzoekende partij dient de laagste prijs in (166.134,80 euro) en thv Cockaerts/ACC Geology (hierna: “thv Cockaerts/ACC”), de uiteindelijke begunstigde van de opdracht, de op één na laagste prijs (173.949,60 euro) wat resulteert in respectievelijk 50 punten en 47,6 punten.

3.5.3.2. Inzake het tweede criterium “totale uitvoeringstermijn” (30 punten) wordt in de eerste plaats een korte beschrijving gegeven van de toelichting die de inschrijvers in dit verband in hun offerte opnemen.

Hieruit blijkt dat de offerte van thv Cockaerts/ACC een zeer gedetailleerde schematische indeling van de uitvoeringstermijn volgens de verschillende fasen en onderdelen van de opdracht bevat. De toelichting bij de offerte van verzoekende partij wordt beoordeeld als vrij summier en eerder op een ruwe inschatting dan op een gedetailleerde uitvoeringsplanning gebaseerd.

Voor de offerte van SGS Belgium (hierna: “SGS”) wordt opgemerkt:

“SGS Belgium: 21 dagen. De offerte bevat geen enkele verantwoording, aanduiding of toelichting bij deze uitvoeringstermijn. Bij gebreke van informatie is deze vooropgestelde totale uitvoeringstermijn, die op zich onrealistisch kort is, niet beoordeelbaar.”

Vervolgens wordt gesteld dat voor de quoterings volgende formule is gebruikt:

“ $P = P_{\max} \times L/X$

Waarbij:

P = behaalde punten

$P_{\max}$ = maximaal voorziene punten voor dit criterium (30)

L = kortste uitvoeringstermijn

X = uitvoeringstermijn van de onderzochte offerte.”

Daaraan wordt echter in het gunningsverslag volgende verduidelijking toegevoegd:

“Voor het bepalen van L werd de uitvoeringstermijn (21 dagen) opgegeven door SGS Belgium buiten beschouwing gelaten. Bij gebreke

van enige toelichting bij de opgegeven uitvoeringstermijn van 21 dagen is deze totaal niet beoordeelbaar en kan dus niet als referentie gelden om de andere uitvoeringstermijnen mee te vergelijken.

De referentie uitvoeringstermijn L is bijgevolg deze opgegeven door inschrijver GMA.”

Verzoekende partij, die een uitvoeringstermijn van 75 kalenderdagen voorziet, krijgt 19,6 punten voor dit criterium, terwijl de thv Cockaerts/ACC, met een uitvoeringstermijn van 8 weken een score van 26,25 punten krijgt.

3.5.3.3. Inzake het derde criterium “garanties op vlotte samenwerking” wordt voor elk van de inschrijvers een korte samenvatting en appreciatie van de relevante documenten en informatie gegeven.

Met betrekking tot de offerte van verzoekende partij wordt vermeld:

“de offerte bevat een uitgebreide en gedetailleerde beschrijving van de wijze waarop de samenwerking en de organisatie van de werkzaamheden zal verlopen.

Mava stelt dat het voor het veldwerk beroep kan doen op eigen boorteam (drie boorploegen beschikbaar) vermits het erkend is om boringen in eigen beheer uit te voeren. Mava beschikt ook over 15 projectleiders om de technische verslagen en rapporten te maken. Het gegevensbeheer verloopt volgens een zelf ontwikkeld datasysteem.”

Met betrekking tot de offerte van thv Cockaerts/ACC wordt vermeld:

“de offerte bevat een nota over de timing en communicatie. Hieruit blijkt dat het halen van de timing (2 maanden) aan een aantal voorbehouden onderworpen is (o.a. de toegankelijkheid tot de terreinen, slechte weersomstandigheden enz). Deze voorbehouden zijn op zich geen afwijkingen op essentiële bepalingen aangezien deze voorbehouden de facto ook voor de andere inschrijvers gelden. De nota bevat een duidelijk en realistisch plan van aanpak en van organisatie van de werkzaamheden en de communicatie desbetreffend met de opdrachtgever. Dit wordt gekoppeld aan een gedetailleerde uitvoeringsplanning volgens de verschillende onderdelen van de opdracht.”

Deze bevindingen leiden tot een score van 15 punten voor verzoekende partij en 14 punten voor de thv Cockaerts/ACC.

3.5.3.4. Uiteindelijk krijgt verzoekende partij 84,60 punten en de thv Cockaerts/ACC 87,90 punten.

De offerte van thv Cockaerts/ACC wordt in het gunningsverslag voorgedragen met het oog op de toekenning van de opdracht voor een totaalbedrag van 173.949,60 euro, btw inbegrepen.

3.6. De opdracht wordt aan deze thv toegewezen door beslissing van de secretaris-generaal van het departement Cultuur, Jeugd, Sport en Media van 6 maart 2009 waarin wordt verwezen naar het gemotiveerde gunningsverslag dat bij de beslissing wordt gevoegd.

IV. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. Verzoekende partij voert in haar enig middel de schending aan van de artikelen 110, § 2, 115 en 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (hierna: het koninklijk besluit van 8 januari 1996), van de besteksbepaling onder artikel 115, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van het zorgvuldigheidsbeginsel, van het *patere legem* – beginsel en van het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers zoals bepaald in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, en ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag.

In essentie stelt verzoekende partij dat verwerende partij bij de beoordeling van de offertes voor het tweede gunningscriterium, na te hebben gekozen voor een mathematische beoordelingsmethodologie in de vorm van een formule, de parameters van die formule toepast abstractie makend van de offerte van de inschrijver SGS gezien het beweerde onrealistische karakter ervan, hoewel

deze offerte als regelmatig werd bevonden zonder voorbehoud. Door deze beoordeling werd, aldus verzoekende partij, haar positie in de finale rangschikking op onrechtmatige wijze gewijzigd van de eerste naar de tweede positie. De offerte van SGS werd door verwerende partij materieel en vormelijk regelmatig geacht. Desondanks werd met de door deze inschrijver opgegeven uitvoeringstermijn, namelijk 21 dagen, dit is van alle offertes de kortste uitvoeringstermijn, geen rekening gehouden bij de toepassing van de formule voor de beoordeling van het tweede gunningscriterium.

Als motivering in het gunningsverslag voor deze handelwijze stelt verwerende partij dat deze offerte geen enkele verantwoording bevat, noch aanduiding of toelichting bij deze uitvoeringstermijn en dat bij gebreke van informatie deze vooropgestelde totale uitvoeringstermijn, die op zich onrealistisch kort is, niet beoordeelbaar is. Door aldus te overwegen, zo vervolgt verzoekende partij, komt verwerende partij in de fase van de beoordeling van de offertes aan de gunningscriteria terug op haar standpunt dat deze offerte vormelijk en materieel regelmatig was. Zo vermengt verwerende partij het regelmatigheidsonderzoek met de beoordeling van de offertes ten gronde.

De werkwijze van verwerende partij strijdt met artikel 115 van het bestek. Voor het tweede gunningscriterium diende enkel de uitvoeringstermijn te worden vermeld en was er geen verantwoording vereist. Dergelijke verantwoording was, aldus verzoekende partij, slechts aan de orde in het kader van het derde gunningscriterium. Verwerende partij heeft aldus aan het tweede gunningscriterium, dat een zuivere mathematische benadering vereist, een andere draagwijdte gegeven dan in het bestek voorzien.

Verwerende partij kon voorts de uitvoeringstermijn in de offerte van SGS niet als onrealistisch aan de kant schuiven bij gebreke aan reglementaire grondslag, anders dan bij een criterium zoals de prijszetting waar artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 wel in zo'n grondslag voorziet.

De formele-motiveringsplicht is voorts ook geschonden; er is een tegenspraak tussen de regelmatigverklaring en het weren van voornoemde offerte bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium.

Op te merken valt ook, aldus verzoekende partij, dat de offerte van GMA die substantieel onregelmatig moet worden geacht, toch bij de vergelijking der offertes is betrokken, wat een schending uitmaakt van artikel 103 *juncto* artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Wanneer de uitvoeringstermijn van de offerte van SGS was opgenomen bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium dan had de offerte van verzoekende partij de meeste punten behaald in de finale rangschikking en was zij de meest voordelige regelmatige offerte geweest.

Deze handelwijze houdt ten slotte tevens een schending in van het zorgvuldigheidsbeginsel en van de gelijkheid onder de inschrijvers.

4.2. In haar memorie van wederantwoord en laatste memorie weerspreekt verzoekende partij de stelling van verwerende partij namelijk dat verzoekende partij geen belang heeft bij het aanvoeren van de schending van artikel 110, § 2, omdat het onregelmatig verklaren van de offerte van SGS verzoekende partij nog minder punten oplevert. Verzoekende partij wijst er op dat artikel 110, § 2, geschonden is in de mate dat verwerende partij, niettegenstaande zij de offerte van SGS niet onregelmatig verklaart, deze offerte niet toetst aan alle gunningscriteria.

Voorts wijst zij er op dat de toelichting die verwerende partij in haar memorie van antwoord geeft op het onrealistisch karakter van de door SGS opgegeven uitvoeringstermijn, substitutie van motieven is; dit onrealistisch karakter van de door deze onderneming opgegeven uitvoeringstermijn is een boutade.

Beoordeling

5.1. Verzoekende partij heeft geen belang bij het aanvoeren van de schending van artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. De gebeurlijke onregelmatigverklaring van de offerte van GMA brengt haar geen baat bij.

5.2. Verwerende partij heeft de offerte van SGS niet onregelmatig verklaard en heeft ze mee opgenomen bij de offertes die getoetst dienden te worden aan de gunningscriteria.

Wat de schending van artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 aangaat, dient het middel aldus te worden begrepen dat verzoekende partij hiermee niet de onregelmatigheid van SGS aanvoert aangezien ook dit haar geen baat bijbrengt.

5.3. Het behoort tot de discretionaire beoordelingsvrijheid van een aanbestedende overheid de volgens haar best geschikte beoordelingsmethode van de gunningscriteria te kiezen, zij het dat die vrijheid wordt beperkt door de beginselen van behoorlijk bestuur en door hetgeen zijzelf in haar bestek heeft bepaald. De Raad van State mag niet in de plaats van het bestuur de beoordelingsmethode vastleggen maar mag de gebruikte methode enkel op haar rechtmatigheid toetsen.

5.4. Geconfronteerd met een uitvoeringstermijn, bijzonder kort en onrealistisch geacht, opgegeven zonder nadere toelichting en die zij als niet beoordeelbaar beschouwde, mocht verwerende partij, zonder de perken van de redelijkheid te buiten te gaan, hiervoor een nul-score geven en beslissen dat deze termijn dan ook niet als referentietermijn kon worden gehanteerd bij de formules van de scoretoekenningen. Er is dan ook geen tegenstrijdigheid tussen het regelmatigheidsonderzoek en de toetsing aan de gunningscriteria. De vraag kan trouwens worden gesteld in hoeverre verwerende partij rechtmatig zou hebben gehandeld, mocht ze een volgens haar onrealistische termijn als referentie hebben gebruikt om de overige offertes aan af te toetsen.

5.5. Verzoekende partij poneert dat verwerende partij afbreuk doet aan haar eigen wiskundige beoordelingsmethode wanneer zij plots naar aanleiding van de toepassing ervan, vaststelt dat deze niet tot het “gewenste” resultaat leidt. Verzoekende partij laat hier na enige nadere verduidelijking te geven waaruit zou kunnen worden afgeleid dat de optie waarbij onrealistische uitvoeringstermijnen niet worden meegerekend, de bevoordeling van bepaalde inschrijvers op het oog had.

5.6. Verzoekende partij toont ook niet aan dat het derde gunningscriterium en de toelichting bij het tweede gunningscriterium betrekking hebben op hetzelfde aspect van de offertes. De toelichting bij het tweede gunningscriterium was niet het voorwerp van een scoretoekenning, enkel van een beoordeling over het al dan niet realistisch karakter van de opgegeven uitvoeringstermijn. Voorts moet hierbij worden opgemerkt dat daar waar de toelichting bij het tweede gunningscriterium in hoofde van verzoekende partij minder gedetailleerd lijkt dan deze van de thv Cockaerts/ACC, verzoekende partij voor het derde gunningscriterium beter beoordeeld werd dan die thv.

5.7. De kritiek van verzoekende partij dat verwerende partij onvoldoende gemotiveerd heeft in het gunningsverslag waarom de door SGS opgegeven uitvoeringstermijn niet beoordeelbaar was en pas in haar memorie van antwoord handelde over een onrealistische uitvoeringstermijn, werd niet afdoende ontwikkeld in het inleidend verzoekschrift. Deze is dan ook laattijdig. Het is immers niet aanneembaar dat verzoekende partij als deelnemer aan de gunningsprocedure met deze opdracht onvoldoende de draagwijdte van de passage in het gunningsverslag over de niet-beoordeelbaarheid van bedoelde uitvoeringstermijn zou hebben begrepen en zo niet in staat zou zijn geweest om inhoudelijke kritiek te formuleren.

5.8. Het middel is ongegrond.

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 8 september 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest