

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 217.992 van 15 februari 2012
in de zaak A. 190.453/XII-5632**

In zake: de NV BULVANO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de MAATSCHAPPIJ VOOR HET INTERCOMMUNAAL
VERVOER TE BRUSSEL (MIVB)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat France Maussion
kantoor houdend te 1050 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 24 november 2008, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 16 september 2008 van de Maatschappij voor het Intercommunaal Vervoer te Brussel “om de overheidsopdracht betreffende het sluiten van een raamovereenkomst voor de levering, montage en plaatsing van kantoormeubilair, wat betreft lot 4 ‘Lounges’, toe te wijzen aan de nv Pami”.

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.

Auditeur Alexander Van Steenberge 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 22 november 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Leopold Schellekens, die loco advocaat France Maussion verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een met dit arrest andersluidend 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. Verwerende partij schrijft in de loop van 2008 een overheidsopdracht uit bij wijze van onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking voor het sluiten van een raamovereenkomst voor de levering, montage en plaatsing van kantoormeubilair voor ‘open space’-kantoren.

De opdracht omvat zes loten:

Lot 1: Meubilair voor ‘landscape open space’, zoals werktafels, bijkomende vergadertafels,

Lot 2: Ergonomische kantoorstoelen,

Lot 3: Kasten,

Lot 4: Lounges (fauteuil met hoge rug en werktafel),
Lot 5: Stoelen voor vergaderzalen en bezoekers,
Lot 6: Taboeretten.

Het voorliggend geschil heeft betrekking op lot 4.

3.2. De opdracht wordt op 23 januari 2008 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 25 januari 2008 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

De uiterste datum van ontvangst van de dossiers voor de preselectie wordt vastgelegd op 29 februari 2008.

3.3. Onder meer de nv Pami en verzoekende partij dienen hun kandidatuur in. Verzoekende partij heeft dit voor alle loten gedaan.

3.4. Bij brief van 30 april 2006 wordt verzoekende partij in kennis gesteld van het feit dat haar kandidatuur wordt geselecteerd wat betreft de loten 1 en 4.

3.5. Aan de gekozen kandidaten wordt de definitieve versie van het bestek meegedeeld.

In dit bestek zijn de volgende gunningscriteria opgenomen:

“1. Gunningscriteria

Aan het einde van de procedure kiest de aanbestedende dienst de regelmatige offerte die hij het interessantst acht op grond van volgende criteria en subcriteria die, tenzij anders vermeld, zijn opgesomd in dalende volgorde van belang:

De dalende volgorde van belang wordt voor onderstaande criteria als volgt vastgelegd:

- de financiële en commerciële kwaliteit van de offerte (45 punten);
- de technische kwaliteit van het aangeboden meubilair (37 punten);
- de organisatorische kwaliteit van het project (13 punten);
- de verschillende kenmerken van de offerte (5 punten).

Wanneer voor de beoordeling van een criterium geen enkel relevant element wordt geleverd, is de coterings gelijk aan nul (0).

De technische en organisatorische kwaliteiten zullen worden beoordeeld op basis van:

- de documenten die het voorwerp uitmaken van Hoofdstuk II, paragraaf 4 of enig ander contractueel document;
- een terbeschikkingstelling van het aangeboden meubilair om het te laten beoordelen door de aanbestedende dienst en diens studiebureaus.

1.1. De financiële en commerciële kwaliteit

a) de financiële kwaliteit, d.w.z. de prijzen van de door de aanbestedende dienst weerhouden elementen voor elk lot:

- de aankoopprijs van het meubilair, met inbegrip van de prijs van de door de aanbestedende dienst weerhouden vrije varianten (FIN01);

b) de commerciële kwaliteit van de levering van het meubilair:

- de inachtneming van de leveringsplanning en de soepelheid waarmee deze kan worden aangepast (COM01);

- de inachtneming van de beginselen van de waarborg en de verbetering van de waarborgen en de serviceafdeling (COM02);

- de inachtneming van de administratieve bepalingen en de eventuele commerciële verbeteringen die er zijn aan aangebracht (COM03);

- de transparantie in de berekening van de toevoegingen en weglatingen (COM04);

- de uurkosten (COM05);

1.2. De technische kwaliteit van de basisofferte en van de weerhouden vrije varianten

[...]

a) De functionaliteit

De manier waarop het meubilair voldoet aan de functies waarvoor het bestemd is.

b) De ergonomie, het comfort

De ergonomische performances en het geboden comfort.

c) De esthetische eigenschappen

De vormen, de kleuren en het design die de esthetische eigenschappen van het aangeboden product uitmaken.

d) De kwaliteit van de materialen

De officieel erkende certificeringen voor kwaliteitsproductie.

e) Het onderhoud en de veiligheid

De voor het onderhoud geboden faciliteiten.

f) De recyclage

De recyclagemogelijkheden die bestaan als het meubilair is afgedankt.

1.3. De organisatorische kwaliteit van het aangeboden project met betrekking tot:

• De projectleider (beschikbaarheid, competenties, bekwaamheden,...).

• De voorgestelde organisatie om de verschillende etappes van het project te volgen (team, steun en andere tussenkomende partijen).

1.4. De verschillende kenmerken van de offerte met betrekking tot:

• De duidelijkheid van de offerte.

• De kwaliteit van de antwoorden tijdens de onderhandelingen”.

3.6. Op 30 mei 2008 dient verzoekende partij haar offerte in voor de loten 1 en 4.

3.7. Op 10 en 11 juli 2008 wordt een vergadering gehouden voor technische gelijkstelling en organisatie met het oog op de presentatie van de mock-ups (een mock-up is een model van ontwerp of product). De mock-ups worden tussen 18 en 22 augustus 2008 tentoongesteld. Deze presentatie is de gelegenheid om de offertes te verduidelijken en om de producten te evalueren op basis van de gunningscriteria van het bestek.

3.8. Op 16 september 2008 neemt verwerende partij de bestreden beslissing, zich steunend op een uitgebreide nota.

Wat lot 4 betreft luidt de beslissing:

“1) Inzake het eerste criterium

[...]

2) Inzake het tweede criterium

[...]

De evaluatie van de organisatorische kwaliteiten (derde criterium) en de diverse kwaliteiten (vierde criterium) voor de 6 percelen geeft de volgende resultaten:

Inzake het derde criterium

Organisatorische kwaliteit (13,000)	Projectleider	Organisatie	Totale quotering
Bulvano	4,875	4,550	9,425
Pami	4,225	5,525	9,750
[...]			

De verschillende offertes onderscheiden zich voornamelijk inzake:

- de aanwezigheid van de projectleider tijdens de mock-up en de onderhandelingsvergaderingen;
- de coherentie van de eventuele projectploeg;
- de aard van de inschrijver (doorverkoper / fabrikant);
- de contractuele banden tussen de filialen en de moederfirma's.

Inzake het vierde criterium

Diverse kwaliteiten (5,000)	Duidelijkheid van de offerte	Antwoorden bij onderhandelingen	Totale quotering
Bulvano	1,625	1,750	3,375
Pami	1,800	2,000	3,800
[...]			

De verschillende offertes onderscheiden zich door:

- de duidelijkheid van de inschrijving;
- de coherentie van de antwoorden op de gestelde vragen;
- de fouten of de afwezigheid van fouten in de opgegeven prijzen.

Perceel 4 — Lounges (zetel met hoge rugleuning van werktafel)

Perceel (100,000)	4	Financiële en commerciële kwaliteit	Technische kwaliteit	Organisatorische kwaliteit	Diverse kwaliteiten	Totale quotering
Bulvano Nurus	–	42,811	22,243	9,425	3,375	77,854
Pami – Inov		30,409	34,810	9,750	3,800	78,769
Ahrend 750		23,888	23,638	8,775	4,000	60,300
TDS – Inov		30,214	34,810	9,425	3,375	77,824

Voor perceel 4 is de offerte van Pami globaal de beste.”

3.9. Bij brief van 17 september 2008 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht dat zij de opdracht niet krijgt toegewezen.

IV. Rechtsmacht van de Raad van State

Uiteenzetting van de exceptie

4. In de eerste plaats betoogt verwerende partij dat zij niet mag worden gekwalificeerd als een administratieve overheid in de zin van artikel 14 van de voormelde gecoördineerde wetten. Zij voldoet immers niet aan één van de fundamentele voorwaarden van de definitie van een administratieve overheid, zijnde beschikken over een eenzijdige beslissingsbevoegdheid. De theorie van de afsplitsbare akte is niet voldoende om verwerende partij als een administratieve overheid te aanzien. Deze theorie is van restrictieve interpretatie. Om te bepalen of een aanbestedende overheid al dan niet een administratieve overheid is in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten, dient te worden onderzocht of deze entiteit over een werkelijke eenzijdige beslissingsbevoegdheid beschikt, zoals die om haar personeel te benoemen of vergoedingen op te leggen.

Voorts is de beslissing tot gunning van een opdracht op zich niet het resultaat van de eenzijdige beslissingsbevoegdheid van de contracterende overheid. Een dergelijke beslissing is niets anders dan de uitdrukking van de toestemming van de overheid bij het contract. Wat de voorbijgegangene inschrijvers betreft, is hun juridische toestand aangetast door de gunningsbeslissing, niet omdat die beslissing een eenzijdige bestuurshandeling zou zijn, maar omdat het gaat om een weigering te contracteren. Het is slechts als gevolg van een juridische fictie dat de Raad van State zich bevoegd verklaarde om kennis te nemen van een dergelijke akte. De theorie bestaat erin dat de toestemming van de

aanbestedende overheid wordt afgesplitst van het contract en dat vervolgens deze toestemming wordt omgevormd in een bestuurshandeling vatbaar voor vernietiging door de Raad van State.

Beoordeling

5.1. Overeenkomstig artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, mag deze enkel kennis nemen van beroepen tot nietigverklaring ingesteld tegen de akten en reglementen van de onderscheiden administratieve overheden, alsook tegen de akten en reglementen van wetgevende vergaderingen of van hun organen, daarbij inbegrepen de ombudsmannen ingesteld bij deze assemblees, van het Rekenhof en van het Grondwettelijk Hof, van de Raad van State en de administratieve rechtscolleges evenals van organen van de rechterlijke macht en van de Hoge Raad van de Justitie met betrekking tot overheidsopdrachten en leden van hun personeel.

5.2. Artikel 1 van de ordonnantie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest van 22 november 1990 betreffende de organisatie van het openbaar vervoer in het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest luidt:

“Het stedelijk openbaar vervoer moet voldoen aan de noden van zijn cliënteel. Dit moet geschieden in de meest gunstige economische en sociale omstandigheden voor de gemeenschap. De ontwikkeling van het openbaar personenvervoer is prioritair en moet worden aangemoedigd.

Ze draagt bij tot de gewestelijke eenheid, de economische en sociale ontwikkeling evenals tot een evenwichtige ruimtelijke ordening. Bovendien zal aan het recht op mobiliteit door middel van het openbaar vervoer zo goed mogelijk worden voldaan.

Om de realisatie van de doelstellingen, die in het vorige lid worden uiteengezet, mogelijk te maken, wordt de Brusselse Hoofdstedelijke Executieve, hierna ‘de Executieve’ genoemd, gemachtigd om de oprichting goed te keuren van een publiekrechtelijke vereniging die beschikt over de nodige rechtspersoonlijkheid en belast is met de uitbating van de openbare dienstverlening van het stedelijk openbaar vervoer in het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest overeenkomstig artikel 94, § 2, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen, gewijzigd door de wet van 8 augustus 1988, de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen en de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de gemeenschappen en de gewesten.

De bovengenoemde oprichting wordt georganiseerd overeenkomstig de bepalingen van deze ordonnantie.

De Executieve hecht haar goedkeuring aan de eerste statuten van deze maatschappij.

Elke latere wijziging van de statuten door de algemene vergadering wordt door de Executieve goedgekeurd, op voorstel van het lid van de Executieve dat bevoegd is voor verkeerswezen.

De maatschappij zal ‘Maatschappij voor het Intercommunaal Vervoer te Brussel’ heten en wordt hierna ‘de Maatschappij’ genoemd.

Behoudens de afwijkingen voortvloeiend uit de bepalingen van deze ordonnantie of van de statuten van de Maatschappij, wordt deze aanvullend geregeld door het Wetboek van Vennootschappen en de uitvoeringsbesluiten ervan”.

5.3. Verwerende partij MIVB is aldus opgericht door de ordonnantiegever en dit als een publiekrechtelijke vereniging. Een dergelijke vereniging is een administratieve overheid in de zin van voormeld artikel 14, §1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

De omstandigheid dat niet zou zijn aangetoond dat verwerende partij de bevoegdheid heeft om eenzijdige bindende beslissingen te nemen is hier bijgevolg zonder relevantie. Zoals het Hof van Cassatie in zijn arrest nr. C.09.0102.N van 10 september 2009 overwoog zou de vraag of zij beslissingen kan nemen die derden kunnen binden, slechts relevant zijn indien zij “een privaatrechtelijk orgaan” zou zijn, wat te dezen niet het geval is. Het laatstgenoemde arrest noopt ertoe de stelling van verwerende partij, uitgedrukt in haar laatste memorie, niet bij te vallen, in zoverre zij daarbij uit de arresten van het Hof van Cassatie van 14 februari 1997, 10 september 1999 en 6 september 2002 het tegendeel afleidt, weliswaar er zelf bij vermeldend dat het daarin telkens instellingen betrof “die een privaatrechtelijke vorm hadden”.

Verwerende partij is dan ook een administratieve overheid in de zin van artikel 14, § 1, 1°, voornoemd. De bestreden beslissing, een gunning die levering, montage en plaatsing van kantoormeubilair betreft, is ten slotte een van het contract afscheidbare akte die naar vaste rechtspraak van de Raad van State een akte is, zoals bedoeld in meer vermeld artikel 14. Aldus heeft de Raad van State rechtsmacht om over een vordering tot nietigverklaring ervan te beslissen.

De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

6.1. Verzoekende partij voert in haar eerste middel de schending aan van de materiële motiveringsplicht.

In een tweede onderdeel voert verzoekende partij de gebrekkige motivering aan ten aanzien van het derde en vierde gunningscriterium. De verwerende partij heeft naast een puntentabel met de score per subcriterium een generieke beoordeling gegeven omtrent het derde en het vierde gunningscriterium over alle percelen en alle inschrijvers heen. Dit beantwoordt niet aan de eisen van de materiële motivering.

Het derde gunningscriterium werd onderverdeeld in twee subgunningscriteria Projectleider en Organisatie. Verzoekende partij behaalt hier 0,325 punten minder dan de gekozen inschrijver. Hieromtrent stelt de bestreden beslissing dat de verschillende offertes zich onderscheiden door voornamelijk de aanwezigheid van de projectleider tijdens de mock-up en de onderhandelingsvergaderingen, de coherentie van de eventuele projectploeg, de aard van de inschrijver (doorverkoper/fabrikant) en de contractuele banden tussen de filialen en de moederbedrijven. De loutere opsomming van de verschilpunten die verwerende partij heeft vastgesteld tussen de offertes over de percelen heen, laat verzoekende partij niet toe kennis te nemen waarom de offerte van de uitgekozen inschrijver als beter wordt beoordeeld dan de hare.

Deze kritiek gaat ook op voor het vierde gunningscriterium. Ook hier wordt in de bestreden beslissing gesteld dat de verschillende offertes zich onderscheiden door de duidelijkheid van de inschrijving, de coherentie van de antwoorden op de gestelde vragen en de fouten of de afwezigheid van fouten in de opgegeven prijzen. Nergens blijkt welke aspecten van de offerte van de gekozen inschrijver duidelijker waren dan de offerte van verzoekende partij, welke antwoorden van verzoekende partij een gebrek aan samenhang vertoonden

of waarom de antwoorden van de gekozen inschrijver meer coherent waren of in welke mate verzoekende partij meer fouten heeft gemaakt bij de mededeling van haar prijzen dan de gekozen inschrijver. Er wordt op generlei wijze aangegeven waarom de verschillen tot een inhoudelijke minder- of meerwaarde moeten leiden bij de beoordeling van het gunningscriterium. De bestreden beslissing is op een kennelijk onvoldoende wijze gemotiveerd.

6.2. Verwerende partij antwoordt dat het tweede middelonderdeel onontvankelijk is omdat het, gesteund op de materiële motiveringsplicht, evenwel betrekking heeft op de formele motiveringsplicht.

In ondergeschikte orde is volgens haar de kritiek inzake de formele motivering in elk geval niet gegrond. De bestreden akte voldoet aan de eisen van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen. De beslissing bevat een passende formele motivering waardoor verzoekende partij weet waarom de offerte van de nv Pami werd gekozen en haar offerte werd verworpen. De formele motivering van de litigieuze akte kan worden teruggevonden overheen meer dan 30 bladzijden. De aanbestedende overheid dient niet de motieven van de motieven mede te delen. De eisen inzake de formele motivering worden nageleefd wanneer de beslissing een gedetailleerde tabel van de quoterings bevat ten aanzien van elk gunningscriterium en ze bovendien preciseert ten aanzien van welke elementen de verdiensten van de offertes onderling verschillen.

6.3. Verzoekende partij stelt in haar memorie van wederantwoord dat het middel wel betrekking heeft op een gebrekkige materiële motivering.

In het tweede onderdeel wordt de schending ingeroepen van de materiële motivering. Uit de weergegeven motivering blijkt niet welke verschillen een band hebben met de offerte van welke inschrijver en waarom deze verschillen ook tot een inhoudelijke minder- of meerwaarde moeten leiden bij de beoordeling van het betreffende gunningscriterium. Voorts wijst verzoekende partij erop dat de opmerking van verwerende partij dat “de formele motivering van de litigieuze akte [...] kan worden teruggevonden in meer dan 30 bladzijden”, niet aanvaardbaar is; slechts 3 van de 31 bladzijden hebben

betrekking op de beslissing tot toewijzing van lot 4. De loutere omvang of het aantal bladzijden van een gunningsbeslissing kan bezwaarlijk als criterium worden gehanteerd om te beoordelen of de betreffende beslissing voldoet aan de materiële motiveringsplicht. Voorts wijst verzoekende partij erop dat aan de puntentoeckenning motieven ten grondslag moeten liggen en dat die motieven zichtbaar dienen te zijn onder de vorm van een beschrijvende evaluatie.

Ten slotte merkt verzoekende partij op dat wat het derde en vierde gunningscriterium betreft, er niet wordt verduidelijkt welke grieven precies ten aanzien van welke inschrijvers worden aangedragen. Door een puntentabel op te nemen en vervolgens een aantal verschilpunten op te sommen zonder die verschilpunten aan één of meerdere bepaalde inschrijvers toe te schrijven in positieve of in negatieve zin is voldaan aan de formele motiveringsplicht, maar niet aan het materiële motiveringsbeginsel.

Beoordeling

7.1. De materiële-motiveringsplicht vereist dat voor elke administratieve beslissing rechtens aanvaardbare motieven bestaan met een voldoende feitelijke grondslag en dat het werkelijk bestaande feiten betreft die door het bestuur met de nodige zorgvuldigheid worden vastgesteld. Zo hiervan al niet overtuigend blijkt wordt gegeven in het besluit zelf vereist de mogelijkheid tot controle hierop dat die grondslag blijkt uit het administratief dossier.

7.2. Verzoekende partij voert in het besproken tweede middel-onderdeel in essentie aan dat de motivering van de bestreden beslissing, wat de beoordeling van het derde en het vierde gunningscriterium betreft, zich beperkt tot een puntentabel en een opsomming van de verschilpunten die verwerende partij heeft vastgesteld over de offertes heen zonder duidelijk te maken welke verschillen bij welke offerte horen.

7.3. In het administratief dossier bevindt zich geen stuk dat een nadere toelichting bij de gegeven puntentabel en motivering geeft zodat op grond van de beschikbare gegevens moet worden aangenomen dat verwerende partij geen andere motieven heeft dan deze opgenomen in de bestreden beslissing.

Verwerende partij heeft zelfs in haar memorie van antwoord – weze het alsdan louter *a posteriori* – geen verdere toelichting bij de puntentoekenning gegeven dan die welke is vermeld in de bestreden beslissing zelf.

7.4. Het derde en het vierde gunningscriterium betreffen de organisatorische kwaliteit van het project, respectievelijk de verschillende kenmerken van de offerte. In het bestek wordt voorts aangegeven welke elementen bij die criteria worden betrokken.

De beoordeling van deze criteria, die een ruime beoordelingsvrijheid laten, mag niet enkel worden herleid tot een rangschikking door middel van gegeven punten zonder begeleidende verduidelijkingen naar de aparte offertes toe. Een loutere puntentoekenning, weze het aangevuld met verschilpunten over de offertes heen echter zonder band met deze of gene offerte, volstaat niet als evaluatietechniek voor de beoordeling van deze criteria. De door verwerende partij in deze zaak gehanteerde evaluatietechniek waarborgt niet dat de beoordeling is gebeurd met de door de materiële motiveringsplicht vereiste zorgvuldigheid.

De beoordeling van deze criteria moet dan ook worden geacht niet te steunen op deugdelijke motieven. Gelet op het zeer geringe puntenverschil tussen de offerte van de gekozen inschrijver, de nv Pami, en deze van verzoekende partij, namelijk 0,915 punten, dient dan ook te worden besloten dat niet langer afdoende vaststaat dat de opdracht werd toegewezen aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte op grond van de in het bestek vermelde gunningscriteria heeft ingediend.

Het tweede onderdeel van het eerste middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 16 september 2008 van de Maatschappij voor het Intercommunaal Vervoer te Brussel om de overheidsopdracht betreffende het sluiten van een raamovereenkomst voor

de levering, montage en plaatsing van kantoormeubilair, wat betreft lot 4, toe te wijzen aan de nv Pami.

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 15 februari 2012, 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