

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.352 van 8 maart 2012
in de zaak A. 196.214/XII-6172**

In zake: de NV SPORTINFRABOUW
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Leen De Vuyst
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 16 april 2010, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen van 18 december 2009 om de overheidsopdracht “ontwerp en aanleg van korfbalvelden in kunstgras [...] - bestek SW/OD/09/5690” te gunnen aan de nv Lesuco, alsook van de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de nv Sportinfrabouw.

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 10 januari 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Lore Derdeyn, die loco advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Filip Lahaye, die loco advocaat David D'Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest gedeeltelijk 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 stad Antwerpen schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een overheidsopdracht voor het ontwerp en de aanleg van korfbalvelden in kunstgras.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 30 september 2009.

3.2. Volgens het bestek zullen vijf gunningscriteria worden gehanteerd om de offertes te beoordelen:

1. de technische waarden, de beoordeling van de kwaliteit van het materiaal en aanleg, de esthetiek van de grasmatten (45 punten),
2. de inschrijfsom (30 punten),
3. de waarborg (10 punten),
4. het voorgestelde onderhoudscontract (10 punten),
5. de uitvoeringstermijn en de voorgestelde projectplanning (5 punten).

Elk gunningscriterium wordt nader omschreven in het bestek.

3.3. De offertes worden geopend op 3 november 2009. Vier ondernemingen hebben een offerte ingediend, waaronder de nv Sportinfrabouw en de nv Lesuco.

3.4. Er wordt een gunningsverslag opgesteld. De offerte van de nv Lesuco behaalt 94 punten en wordt als eerste gerangschikt. De offerte van verzoekende partij behaalt 89,25 punten en wordt als tweede gerangschikt. Wat de toetsing aan de gunningscriteria betreft luidt het verslag voor deze beide inschrijvers als volgt:

“1. Lesuco, Huldenberg

1 024 725,81 EUR

846 880,83 EUR (exclusief btw)

[...]

Gunningscriteria

	Criteria	Totaal waardering
1	Technische waarden, beoordeling van de kwaliteit van het materiaal en aanleg, esthetiek van de grasmatten	45/45
A	De beantwoording van de inschrijving aan de randvoorwaarden en de technische minimale karakteristieken opgesomd in het technische gedeelte van onderhavig bestek	15/15
B	de kwaliteit van de offertebundel en de bijgevoegde uitvoeringsplannen	5/5
C	de esthetiek van de grasmatten	10/10
D	het voorgestelde drainagesysteem	10/10

E	de bijkomende velduitrusting: omheining, schoonloopbak, onderhoudsmateriaal, veldverlichting, dug-outs, ...	5/5	
2	Inschrijfsom		24/30
3	Waarborg		10/10
A	Productgarantie op de mechanische eigenschappen van het kunstgrastapijt	4/4	
B	Productgarantie op de speeltechnische eigenschappen van het kunstgrastapijt	4/4	
C	Gecertificeerde kopij van de verzekeringspolis	2/2	
4	Voorgestelde onderhoudscontract		10/10
A	een beschrijving van het gespecialiseerd onderhoud dat via een onderhoudscontract wordt verricht door de inschrijver of onder de verantwoordelijkheid van de inschrijver	6/6	
B	een beschrijving van het dagelijkse en wekelijkse onderhoud dat door de gebruiker van het kunstgrasveld dient te worden verricht	3/3	
C	een gebruiksreglement met richtlijnen, verbodsbepalingen en toezichttips ter bevordering van de duurzaamheid van het kunstgrasveld	1/1	
5	Uitvoeringstermijn en de voorgestelde projectplanning		5/5
	Algemeen totaal		94/100

Toelichting bij de score:

De korfbalvelden worden uitgevoerd volgens het ingediende basisvoorstel.

Onderstaande materialen worden gewijzigd:

Type fundering: suggestie 2 Copro aan 11,35 EUR/m²

Type synthetisch tapijt: Lano Profoot MAX 40 aan 22,80 EUR/m²".

“2. Sportinfrabouw, Essen

829 667,00 EUR

685 675,20 EUR (exclusief btw)

[...]

Gunningscriteria

	Criteria	Totaal waardering
1	Technische waarden, beoordeling van de kwaliteit van het materiaal en aanleg, esthetiek van de grasmatten	38/45
A	de beantwoording van de inschrijving aan de randvoorwaarden en de technische minimale karakteristieken opgesomd in het technische gedeelte van onderhavig bestek	15/15

B	de kwaliteit van de offertebundel en de bijgevoegde uitvoeringsplannen	3/5	
C	de esthetiek van de grasmat	5/10	
D	het voorgestelde drainagesysteem	10/10	
E	de bijkomende velduitrusting: omheining, schoonloopbak, onderhoudsmateriaal, veldverlichting, dug-outs, ...	5/5	
2	Inschrijfsom		30/30
3	Waarborg		10/10
A	Productgarantie op de mechanische eigenschappen van het kunstgrasapijt	4/4	
B	Productgarantie op de speeltechnische eigenschappen van het kunstgrasapijt	4/4	
C	Gecertificeerde kopij van de verzekeringspolis	2/2	
4	Voorgestelde onderhoudscontract		9/10
A	een beschrijving van het gespecialiseerd onderhoud dat via een onderhoudscontract wordt verricht door de inschrijver of onder de verantwoordelijkheid van de inschrijver	5/6	
B	een beschrijving van het dagelijkse en wekelijkse onderhoud dat door de gebruiker van het kunstgrasveld dient te worden verricht	3/3	
C	een gebruiksreglement met richtlijnen, verbodsbepalingen en toezichttips ter bevordering van de duurzaamheid van het kunstgrasveld	1/1	
5	Uitvoeringstermijn en de voorgestelde projectplanning		2,25/5
	Algemeen totaal		89,25/100

Toelichting bij de score:

Minder kwaliteitsvolle offertebundel en uitvoeringsplannen.

Esthetiek van het gras is heel wat minder dan de andere inschrijvers”.

3.5. Het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen beslist op 18 december 2009 om de opdracht te gunnen aan de nv Lesuco.

Deze beslissing wordt, wat de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria betreft, als volgt gemotiveerd:

“Zoals blijkt uit het gunningsverslag is, na evaluatie, de eindconclusie als volgt:

Gunningscriteria		Lesuco	Sportinfrabouw	[...]	[...]
Technische waarden, beoordeling van de kwaliteit van het materiaal en aanleg, esthetiek van de grasmatten	45 %	45	38	[...]	[...]
inschrijfsom	30 %	24	30	[...]	[...]
Waarborg	10 %	10	10	[...]	[...]
Voorgestelde onderhoudscontract	10 %	10	9	[...]	[...]
Uitvoeringstermijn en de voorgestelde projectplanning	5 %	5	2,25	[...]	[...]
Algemeen totaal	100 %	94	89,25	[...]	[...]

Beoordeling

De meest voordelige offerte gaat uit van de firma Lesuco nv [...].

Omschrijving	Bedrag	21 % btw	Algemeen totaal
Ontwerp en aanleg van korfbalvelden in kunstgras	846 880,83 EUR	177 844,98 EUR	1 024 725,81 EUR

De inschrijving is in regel”.

3.6. Met een aangetekende brief van 18 februari 2010 wordt verzoekende partij door verwerende partij ervan op de hoogte gebracht dat haar offerte niet werd gekozen.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van het beroep in zoverre het gericht is tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de nv Sportinfrabouw omdat verzoekende partij geen aanspraak kan maken op een recht op toewijzing van de opdracht.

5. De exceptie kan niet worden aanvaard. In beginsel staat het impliciete karakter van de beslissing om niet aan verzoekende partij toe te wijzen, de aanvechtbaarheid van die beslissing niet in de weg. Verzoekende partij dient hierbij niet eerst aan te tonen dat zij een recht op toewijzing van de opdracht zou

hebben. In zoverre verzoekende partij evenwel zou menen dat uit een eventuele nietigverklaring van de impliciete weigering voor het bestuur de rechtsplicht zou volgen om het geweigerde alsnog te geven –in dit geval de gunning– wordt zij niet bijgevalen. Wat de overheid na de nietigverklaring van de weigeringsbeslissing op grond van het arrest inhoudelijk al dan niet moet doen, of niet meer mag doen, hangt immers af van het vernietigingsmotief, met andere woorden van het gegronde bevonden middel.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

6. In het enig middel roept verzoekende partij de schending in van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder de materiële motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het transparantiebeginsel.

Zij betoogt daartoe in essentie dat verwerende partij noch in de bestreden beslissing, noch in het gunningsverslag op afdoende wijze motiveert hoe tot de puntenverdeling wordt gekomen voor het eerste, vierde en vijfde gunningscriterium zodat het voor haar niet duidelijk is waarom de offerte van de nv Lesuco beter scoort voor deze gunningscriteria dan die van verzoekende partij. De zeer summiere toelichting in het gunningsverslag – die niet in de bestreden beslissing werd hernomen – kan niet worden beschouwd als een afdoende en draagkrachtige motivering waaruit kan worden afgeleid waarom de offerte van de nv Lesuco beter scoort.

In de eindrangschikking van de offertes is er een verschil tussen de offertes van verzoekende partij en die van de nv Lesuco van 4,75 punten. Uit de puntentoekenning blijkt dat de offerte van de nv Lesuco voor drie gunningscriteria in totaal 10,75 punten meer scoorde dan die van verzoekende partij, zonder dat dit op enige wijze wordt gemotiveerd. De offerte van de nv Lesuco werd enkel als beste gerangschikt omdat ze, aldus verzoekende partij,

zomaar en zonder meer opmerkelijk meer punten kreeg dan die van verzoekende partij.

7. In de memorie van antwoord betwist verwerende partij in de eerste plaats de ontvankelijkheid van het middel. Verzoekende partij toont niet aan dat, indien het middel gegrond wordt bevonden, dit de rangschikking van de offertes wijzigt en de offerte van verzoekende partij als meest voordelige wordt gerangschikt.

Ten gronde erkent verwerende partij dat de motieven eerder summier zijn. Dit neemt niet weg dat er wel degelijk een grondig onderzoek van de offertes heeft plaatsgevonden en dat de offerte van de nv Lesuco terecht een betere beoordeling kreeg. Verwerende partij gaat vervolgens nader in op de beoordeling van de offertes en de puntentoekenning voor de betrokken gunningscriteria. Zij besluit dat de motieven van de toewijzingsbeslissing voldoende uit het administratief dossier blijken, minstens is de beoordeling van de offertes niet kennelijk onredelijk.

8. Verzoekende partij betoogt in de memorie van wederantwoord dat zij onmiskenbaar belang heeft bij het middel. Zij moet niet aantonen dat zij bij een nietigverklaring als beste zou worden gerangschikt, vóór de nv Lesuco. Het gebrek aan motivering maakt het verzoekende partij bovendien onmogelijk om aan te tonen dat zij met een andere puntentoekenning de meest voordelige offerte had kunnen hebben.

Ten gronde wijst verzoekende partij er op dat verwerende partij niet betwist dat noch de bestreden beslissing, noch het gunningsverslag, afdoende gemotiveerd werden. Met de motieven voor de puntentoekenning die verwerende partij in haar memorie van antwoord ontwikkelt mag geen rekening worden gehouden. Deze motieven zijn nergens in het gunningsverslag, noch in de bestreden beslissing terug te vinden; verwerende partij maakt in die stukken louter gebruik van punten.

9. In haar laatste memorie betwist verwerende partij dat zij een *a posteriori* motivering zou geven. De motieven zijn immers wel degelijk

opgenomen in het gunningsverslag en in de bestreden beslissing. Het betoog in de memorie van antwoord is enkel een illustratie van deze motieven, de “motieven achter de motieven”. De essentie van de motieven is in het gunningsverslag vervat en het administratief dossier ondersteunt en bevestigt deze motieven. Verwerende partij wijst er voorts op dat een achteraf gegeven motivering wel kan worden aanvaard, als deze een zodanige graad van vanzelfsprekendheid vertoont dat ze eigenlijk niet om een verwoording vraagt. Te dezen moest het voor verzoekende partij evident zijn waarom haar offerte een mindere score verdiende. Verzoekende partij was alleszins in staat om in te schatten of haar score gerechtvaardigd was.

Beoordeling

10. In tegenstelling tot wat verwerende partij stelt dient verzoekende partij niet onomstotelijk aan te tonen dat haar offerte als de meest voordelige zou worden gerangschikt opdat zij belang zou hebben bij het middel. Het volstaat dat de aangevoerde grief ertoe leidt dat zij, bij een nieuw onderzoek en beoordeling van de offertes, opnieuw kans maakt om als eerste te worden gerangschikt, of minstens dat zij de alsdan uitgesproken en in de gunningsbeslissing opgenomen motieven van de nieuwe beslissing kan beoordelen en eventueel betwisten.

11.1. Een loutere puntentoekenning volstaat niet als een toereikende motivering in een procedure van offerteaanvraag. Aan de gegeven punten moeten motieven ten grondslag liggen en die motieven dienen zichtbaar te zijn onder de vorm van een beschrijvende evaluatie, doorgaans in woorden. Alleszins moet duidelijk geweten zijn waarom aan de offertes voor elk criterium een bepaald aantal punten wordt toegekend, zodat elke inschrijver achteraf kan nagaan of de puntentoekenning rechtmatig is gebeurd.

11.2. Het bestek voorziet in vijf gunningscriteria, waarvan drie met meerdere subcriteria. Volgens het bestek zal verwerende partij de offertes op in totaal zestien aspecten moeten toetsen. De beschrijvende evaluatie van de offertes voor de criteria, zoals deze dient te worden weergegeven in de

gunningsbeslissing, minstens in het gunningsverslag, zal dan ook eerder omstandig moeten zijn.

De puntentoeckenning aan de offerte van de gekozen inschrijver wordt evenwel enkel als volgt gemotiveerd:

“De korfbalvelden worden uitgevoerd volgens het ingediende basisvoorstel.

Onderstaande materialen worden gewijzigd:

Type fundering: suggestie 2 Copro aan 11,35 EUR/m²

Type synthetisch tapijt: Lano Profoot MAX 40 aan 22,80 EUR/m²”.

De motivering voor de puntentoeckenning aan de offerte van verzoekende partij is nog korter:

“Minder kwaliteitsvolle offertebundel en uitvoeringsplannen.

Esthetiek van het gras is heel wat minder dan de andere inschrijvers”.

11.3. Uit deze uitermate korte toelichtingen in het gunningsverslag kan niet worden afgeleid op welke wijze de offertes in meer of in mindere mate voldoen aan de verlangens van de overheid ten aanzien van het gevraagde, zoals deze hun neerslag hebben gevonden in de gunningscriteria. De toelichting bij de offerte van de nv Lesuco blijkt zelfs veeleer betrekking te hebben op de technische regelmatigheid van deze offerte dan op de toetsing van het aangeboden aan de gunningscriteria. Wat de offerte van verzoekende partij betreft wordt niet toegelicht hoe deze offerte en de uitvoeringsplannen minder kwaliteitsvol zijn, noch waarom in de ogen van verwerende partij de esthetiek van het gras “heel wat minder [is] dan de andere inschrijvers”.

11.4. De motieven voor de puntentoeckenning die door verwerende partij alsnog worden gegeven in haar memorie van antwoord kunnen niet anders dan als een motivering *a posteriori* worden beschouwd, aangezien ze niet blijken uit de bestreden beslissing, noch uit het gunningsverslag, noch uit een ander stuk van het administratief dossier. Met dit betoog kan dan ook geen rekening worden gehouden. Er kan voorts niet worden aanvaard, zoals verwerende partij in de laatste memorie nog opwerpt, dat de motieven te dezen een zodanige graad van

vanzelfsprekendheid vertonen dat ze eigenlijk niet om een uitdrukkelijke verwoording vragen.

11.5. Uit het voorgaande volgt dan ook dat noch uit de gunningsbeslissing, noch uit het gunningsverslag, noch uit een ander stuk van het administratief dossier de rechtens vereiste materiële grondslag blijkt die aan verwerende partij toestond om aan de offerte van de nv Lesuco de voorkeur te geven eerder dan aan die van verzoekende partij.

Het middel is in die mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen van 18 december 2009 om de overheidsopdracht “ontwerp en aanleg van korfbalvelden in kunstgras – bestek SW/OD/09/5690” te gunnen aan de nv Lesuco, alsook de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de nv Sportinfrabouw.

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 8 maart 2012, door de Raad van State, XIIe 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