

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.358 van 8 maart 2012
in de zaak A. 195.269/XII-6087**

In zake: de BVBA ARCHITEKTENBURO AROS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Ghysels
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpssteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD HALLE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Lindemans en Jochen Honnay
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 21 januari 2010, strekt tot de nietigverklaring van:

“- de beslissing van de Stad Halle van 30 december 2009 om de opdracht ‘Aanstellen van een ontwerper voor de Stedelijke werkplaatsen en het stedelijk recyclagepark’, toe te wijzen aan dbv-architecten [...];
- de beslissing van de Stad Halle van 30 december 2009 om de opdracht ‘Aanstellen van een ontwerper voor de Stedelijke werkplaatsen en het stedelijk recyclagepark’, niet toe te wijzen aan Aros bvba”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 201.020 van 18 februari 2010 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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 heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 november 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jan Ghysels, die verschijnt voor verzoekende partij, en advocaat Thomas Eyskens, die loco advocaten Dirk Lindemans en Jochen Honnay verschijnt voor 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. De stad Halle schrijft een overheidsopdracht van diensten uit voor de aanstelling van een ontwerper voor de stedelijke werkplaatsen en het stedelijk recyclagepark. De opdracht wordt gegund volgens de procedure van de algemene offerteaanvraag.

3.2. Het ereloonpercentage van de architect wordt in het bestek geraamd op 8 % van de totale kostprijs van het project.

3.3. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Publicatieblad van de Europese Unie op respectievelijk 7 en 17 juli 2009.

3.4. Volgende gunningscriteria zijn van toepassing bij gunning van de opdracht:

“1. Ontwerp: 30 punten

Het voorgestelde schetsontwerp wordt geëvalueerd met het oog op:
(Deze lijst is opgesteld in volgorde van belangrijkheid)

1. functionaliteit
2. integratie in de site
3. architectuur
4. materiaalkeuze

Ook aangaande interne organisatie van de verschillende bouwprogramma's wordt het voorgestelde ontwerp geëvalueerd. Belangrijk hierbij is de benodigde oppervlaktes voor de verschillende functies, de onderlinge relaties en de bijhorende circulatiepatronen (d.m.v. organigram,...).

2. Kostprijs (ereloonpercentage): 25 punten

a) De inschrijver voorziet een ereloonpercentage voor het uitvoeren van de gehele projectcoördinatie (dus inclusief de erelonen van de ingenieur, veiligheidscoördinator,...).

Indien de inschrijver ook de taak van veiligheidscoördinatie op zich kan nemen, moeten de kosten hiervan specifiek vermeld worden. (De opdrachtgever behoudt echter het recht geen gevolg te geven aan deze variëte, bij een eventuele aanvaarding van de aanneming van diensten voor dit project).

(20 punten)

b) Systeem van budgetbewaking; visie van budgetbeheer tijdens ontwerp- en uitvoeringsfase

(5 punten)

3. Concept duurzaam energiegebruik: 15 punten

De stedelijke werkplaatsen en het stedelijk recyclagepark worden aanzien als voorbeeldprojecten inzake duurzaam energiegebruik. Hieraan dient extra aandacht geschonken te worden gezien dit van doorslaggevend belang kan zijn bij de beoordeling.

4. Planning: 15 punten

Visie en toelichting op de planning en het verloop van het project. Zie voor dit gedeelte ook het hoofdstuk over de uitvoeringstermijn. (II.4)

5. Raming: 10 punten

De inschrijver wordt eraan gehouden een beknopte raming aan zijn inschrijving toe te voegen.

De raming dient de kostprijs te bevatten van de verschillende bouwfasen:

- ruwbouw
- technieken
- omgevingswerken (aanleg parkings, groenaanleg,...)
- ...

In de raming dienen ook de voorziene technieken en bijhorende subsidies vermeld te worden inzake duurzaam energiegebruik.

6. Kwaliteit: 5 punten

De kwaliteit van de offerte wordt beoordeeld naar onder meer structuur van de offerte, duidelijkheid en volledigheid van de offerte.

* De inschrijver dient bij zijn offerte de nodige documenten te voegen teneinde een evaluatie van de gunningscriteria mogelijk te maken.

* Voor de beoordeling van de offertes zal het aanbestedend bestuur de inschrijvers vragen hun offerte en voornamelijk hun visie op het ontwerp te komen toelichten.

De toelichting wordt voorzien op woensdag 07 oktober 2009.”.

3.5. Omdat blijkbaar verscheidene kandidaat-inschrijvers bij de stad Halle informeerden naar de kostenraming voor de bouw van de werkplaatsen en het recyclagepark deelt de stad Halle met een e-mailbericht van 5 augustus 2009 gericht volgens haar aan “alle inschrijvers” mee dat het bestek weliswaar geen melding maakt van een richtprijs omdat die afhankelijk is van het ingediende project, doch dat het project volgens een ruwe kostenraming wordt geschat op ongeveer 6,5 miljoen euro.

3.6. Verzoekende partij haalt het bestek pas af op 13 augustus 2009. Bij e-mail van diezelfde dag wordt haar dezelfde informatie betreffende de kostenraming meegedeeld als diegene die aan de andere kandidaat-inschrijvers was meegedeeld met voormeld e-mailbericht van 5 augustus 2009.

3.7. Uit het proces-verbaal van de opening van de offertes van 11 september 2009 blijkt dat zes inschrijvers een offerte hebben ingediend, onder wie verzoekende partij.

3.8. Op 7 oktober 2009 worden de offertes door de inschrijvers mondeling toegelicht op het stadhuis.

3.9. Op 30 december 2009 keurt het college van burgemeester en schepenen van de stad Halle het gunningsverslag goed. De opdracht wordt toegewezen aan dbv-architecten.

3.10. Bij aangetekend schrijven en e-mail van 7 januari 2010 wordt aan de niet gekozen inschrijvers, onder wie verzoekende partij, meegedeeld dat hun offerte niet werd gekozen.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Verwerende partij voert in een exceptie de onontvankelijkheid aan van het beroep voor zover het gericht is tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan verzoekende partij.

5. Deze exceptie mag onbesproken blijven nu, zoals hierna wordt gezien, in het beroep hoe dan ook geen gegronde middelen worden aangevoerd.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. In een eerste middel voert verzoekende partij 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 gelezen in samenhang met artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van het beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’, van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel en van het motiveringsbeginsel”.

Verzoekende partij merkt op dat, hoewel in het uiteindelijke verslag van nazicht dienstig voor de beslissing van 30 december 2009 de budgettaire motieven bij het eerste gunningscriterium “visie/ontwerp” ten aanzien van de offerte van verzoekende partij en van dbv-architecten zoals opgenomen in een eerder verslag voor een zitting van het college van 18 december 2009 niet worden hernomen, de score die verzoekende partij en dbv-architecten behalen voor dit gunningscriterium ongewijzigd is gebleven.

Wanneer in de loop van de administratieve procedure, een negatief of positief punt wegvalt waarmee eerder in het berekenen van de score rekening is gehouden, moet dit wegvallen een vertaling vinden in een verhoging respectievelijk een verlaging van de score. Zulks is niet gebeurd: een negatief punt voor verzoekende partij werd weggelaten, een positief punt voor dbv-architecten, maar zulks had geen enkele impact op de scores.

Aldus zouden de scores van verzoekende partij en dbv-architecten niet op in feite juiste en in rechte pertinente motieven steunen en zou in het beoordelingsproces de transparantie en objectiviteit volkomen zoek zijn.

6.2. In haar verzoek tot voortzetting na het tussenarrest van 18 februari 2010 herhaalt verzoekende partij haar kritiek die ze gesterkt weet door stuk 9 van het administratief dossier; dit stuk bevat de toelichting van de diverse beoordelaars bij het eerste gunningscriterium. Uit bepaalde van die beoordelingen blijkt dat de prijs en de budgetbewaking een rol speelden bij hun individuele rangschikking.

6.3. In haar memorie van wederantwoord voegt verzoekende partij nog een bijkomend stuk aan haar dossier toe, namelijk een verslag van de stedelijke diensthoofdenvergadering van 5 juli 2010 waaruit volgens haar blijkt dat de ontwerpschets van dbv-architecten niet goed is en dat de raming van het ontwerp te duur is. Verzoekende partij stelt zich dan ook vragen bij de beoordeling van de twee gunningscriteria raming en kwaliteit ontwerp. Voorts stelt verzoekende partij dat ze “vernomen” heeft dat in het aangenomen ontwerp de schuine daken, die een positief punt waren bij de beoordeling van het ontwerp, vervangen moeten worden door platte daken en dat het thans voorgelegde ontwerp 780.000 euro boven de oorspronkelijke raming ligt.

Dit alles doet verzoekende partij er toe besluiten dat er “terechte twijfels kunnen bestaan” bij de beoordeling. Ze meent dat deze kritiek vervat zit in haar eerste middel dat “in essentie de bedoeling [had] aan te klagen dat de Stad Halle onduidelijke en niet-transparante beoordelingsmaatstaven had gebruikt”.

Verzoekende partij vordert ten slotte de aanstelling van een deskundige “om uit te maken hoe de overheid te werk is gegaan bij het toekennen van de punten, en of die puntentoekenning in redelijkheid kan worden aanvaard”.

Beoordeling

7.1. Het middel zoals in het inleidend verzoekschrift aangevoerd steunt op een vergelijking tussen een ontwerpversie van het gunningsverslag en het gunningsverslag dat effectief werd aangenomen door het college van burgemeester en schepenen. Aangezien de bestreden beslissing uitsluitend steunt op het aangenomen gunningsverslag, moet enkel met dit laatste gunningsverslag rekening worden gehouden. Het feit dat bepaalde verslagen van de beoordelaars prijs en budget vermelden als positief of negatief element van de ontwerpen is niet hernomen in het definitief gunningsverslag dat diende als basisdocument voor de eerste bestreden beslissing.

7.2. Voorts kan de Raad van State zich wat betreft de appreciatie van de offertes aan de hand van de gunningscriteria niet in de plaats van het bestuur stellen en enkel nagaan of het daarbij de grenzen van de redelijkheid niet te buiten is gegaan.

In dit verband dient te worden vastgesteld dat verzoekende partij voor het eerste gunningscriterium, -visie/ontwerp- 29,6/30 punten behaalt, welke score wordt gemotiveerd als volgt:

“positief:

- goed vooronderzoek en veel voeling met de werking van de stadsdiensten
- duidelijk organigram
- duidelijk gescheiden circulatie tussen bezoekers en verkeer op de site
- goed overzicht over de site vanuit de burelen

negatief:

- gemengde circulatie van vrachtverkeer en personeel
- zeer industrieel concept”.

Dbv-architecten behaalt op dit criterium slechts 19,6 punten wat wordt gemotiveerd als volgt:

“positief:

- zeer goede uitbreidingsmogelijkheden
- eenvoud en efficiëntie van het ontwerp

negatief:

- geen gescheiden circulatie op de site
- de conciërgewoning heeft geen uitzicht over de gehele site
- er zijn geen aparte containers voorzien voor het stadsmagazijn”.

Verzoekende partij toont niet aan dat verwerende partij aldus bij haar beoordeling in de bestreden beslissing en in het gunningsverslag van 30 december 2009 de grenzen van een redelijke beoordeling te buiten is gegaan.

7.3. Verzoekende partij voert in haar memorie van wederantwoord elementen aan die de draagwijdte van haar oorspronkelijk geformuleerd middel ruim overschrijden. Zij geeft kritiek, niet meer vanuit het oogpunt van het element prijs dat ten onrechte zou zijn gehanteerd bij de beoordeling van het eerste gunningscriterium, doch zij meent dat de twee eerste gunningscriteria onzorgvuldig zijn beoordeeld nu uit een intern document van verwerende partij, een verslag van een diensthoofdenvergadering van 5 juli 2010, dit is zes maanden na de bestreden beslissingen, zou blijken dat de schets van dbv-architecten en hun raming niet zouden voldoen.

Deze kritiek, gebaseerd op een stuk van de diensten van verwerende partij dat lapidair is opgesteld en waarvan de context zoals onder meer de bekritiseerde schets, de hierbij opduikende afwijkingen en het statuut van het uitgekozen ontwerp ontbreekt, is, temeer ze betrekking heeft op de uitvoering van de opdracht en niet op de totstandkoming van de bestreden beslissingen als dusdanig, te weinig substantieel uitgewerkt om de gegrondheid ervan na te gaan. Deze grief is dan ook onontvankelijk zodat het verzoek tot de aanstelling van een deskundige in dit verband evenzeer onontvankelijk is.

7.4. Het eerste middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8.1. Een tweede middel is genomen uit de schending van “artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten gelezen in samenhang met artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van het beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’, van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel en van het motiveringsbeginsel, evenals het proportionaliteitsbeginsel”.

In haar tweede middel betwist verzoekende partij de beoordeling van het tweede, derde, vierde, vijfde en zesde gunningscriterium omdat telkens de puntenspreiding en quotering niet in verhouding zouden staan tot de verschillen tussen de offertes.

Inzake de beoordeling van het tweede gunningscriterium “kostprijs” merkt zij op dat niettegenstaande de inschrijvers met het hoogste ereloonpercentage slechts een korting toekennen van 0,25 % zij hiervoor toch nog meteen 10 op 20 punten krijgen, terwijl de inschrijver met het laagste ereloonpercentage weliswaar 20 op 20 punten krijgt toebedeeld, maar wel met liefst 1,28 % korting. Dergelijke puntenspreiding staat niet in verhouding tot de verschillen tussen de offertes. Aangezien uit het verslag niet valt af te leiden op grond van welk systeem verwerende partij dan wel tot haar schaalverdeling komt, mist de beoordeling volgens verzoekende partij ook de nodige transparantie.

Inzake de beoordeling van het derde gunningscriterium “concept duurzaam energiegebruik” merkt verzoekende partij op dat verwerende partij hierbij gebruik zou hebben gemaakt van niet in het bestek bepaalde criteria, meer bepaald criteria inzake duurzaamheid in het algemeen maar niet inzake duurzaam energiegebruik. Voorts zou ook hier het verschil in de quotering van verzoekende partij (14 op 15 punten) en van dbv-architecten (15 op 15 punten) buiten verhouding zijn aangezien het ontwerp van verzoekende partij voor alle

gebouwen een isolatiewaarde K30 en een energiepeil E75 heeft, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen de gebouwen, terwijl het ontwerp van dbv-architecten “slechts een isolatiewaarde K30 en energiepeil E75 heeft, en dit enkel voor het kantoorgebouw en de woning”.

Ook de puntentoekenning voor het vierde gunningscriterium “planning” (12,5/15 voor dbv-architecten tegenover 10 op 15 voor verzoekende partij) zou disproportioneel zijn aangezien het negatieve motief “onduidelijkheid over de inclusiviteit van termijnen inherent aan werken voor openbare besturen” bij de offerte van verzoekende partij feitelijke grondslag zou missen.

Inzake de beoordeling van het vijfde gunningscriterium “raming” merkt verzoekende partij op dat uitsluitend haar offerte wordt vergeleken met de laagste raming zodat aldus een criterium wordt gehanteerd dat niet ten aanzien van de andere inschrijvers wordt gebruikt. Bovenal valt volgens verzoekende partij op dat inzake het vijfde gunningscriterium een berekeningsmethode wordt gehanteerd die klaarblijkelijk afwijkt van de methode voor de andere gunningscriteria: waar bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium de minst voordelige inschrijver toch nog de helft van de punten krijgt toegekend, wordt voor het gunningscriterium “raming” de minst voordelige inschrijver slechts 1 op 10 punten toebedeeld, hetgeen de onderlinge verschillen uitvergroot. Daarnaast zou de motivering van verwerende partij voor wat betreft dit gunningscriterium evenmin correct zijn nu in de motivering niets terug te vinden is over de wijze waarop de ramingen werden herwerkt naar een vergelijkbare basis, noch over de voorziene technieken en bijhorende subsidies. Bovendien zou ten onrechte zijn opgemerkt dat de kosten voor grondverzet en groenaanleg niet inbegrepen zijn in de raming van verzoekende partij.

Ten slotte zou ook de quotering voor het zesde gunningscriterium “kwaliteit” disproportioneel zijn nu verzoekende partij en dbv-architecten dezelfde score (4,75/5) krijgen toebedeeld terwijl er tussen beide offertes wel degelijk een objectief verschil zou bestaan. Verzoekende partij verwijst daartoe naar de beoordeling van de paginanummering en de inhoudsopgave.

8.2. In haar memorie van wederantwoord wijst verzoekende partij erop dat zij belang heeft bij haar kritiek op de beoordeling van het tweede gunningscriterium niettegenstaande zij een ereloonpercentage voorstelde van 7,6 % en dbv-architecten 7,75 % en een herrekening volgens haar maatstaven zou betekenen dat de tijdelijke handelsvennootschap Stabo-Ar-Te, die 6,72 % voorstelde, de voordeligste offerte zou hebben ingediend. Zij wijst erop dat zij hoe dan ook meer punten zou moeten hebben gekregen dan dbv-architecten en dat de tijdelijke handelsvennootschap Stabo-Ar-Te misschien, na herevaluatie van alle gunningscriteria, toch niet de voordeligste zou zijn.

Wat het derde gunningscriterium betreft beklemt toont verzoekende partij dat zij voor alle gebouwen een isolatiewaarde K30 en een energiepeil E75 heeft gegeven. Dbv-architecten heeft slechts voor twee gebouwen, het kantoorgebouw en de woning, dit is een klein gedeelte van de totaliteit van de gebouwen, een energiepeil van E75 of E60 gegeven.

Wat het vierde gunningscriterium betreft stelt verzoekende partij dat zij de bewering dat dbv-architecten een planning over 12 bladzijden heeft ingediend, gelet op het vertrouwelijk karakter van bepaalde stukken uit het administratief dossier, niet kan nagaan.

Wat het vijfde gunningscriterium betreft heeft verwerende partij bij de vergelijking van de ramingen geen rekening gehouden met het feit dat verzoekende partij een offerte had ingediend waarvan de prijsraming naargelang de functies afzonderlijk werd berekend. Het project van dbv-architecten voorzag in 800 m² minder gebouwen dan dit van verzoekende partij. Verwerende partij heeft dus ramingen vergeleken die niet vergelijkbaar zijn. Voorts blijkt verwerende partij hoe dan ook ten onrechte op te merken dat de prijsraming in de offerte van verzoekende partij geen rekening hield met groenaanleg en grondverzet.

Wat het zesde gunningscriterium betreft blijft verzoekende partij erbij dat de duidelijke paginanummering in haar offerte niet als positief werd beoordeeld daar waar dit bij de offerte van dbv-architecten wel het geval was.

Opnieuw wijst verzoekende partij erop dat een deskundige zou dienen te worden aangesteld om de manier van puntentoekenning te onderzoeken en na te gaan of er op grond van de gehanteerde puntentoekenning wel tot de finale rangschikking kon worden gekomen.

Verzoekende partij verwijst voorts naar het eerder vermelde verslag van de stedelijke diensthoofdenvergadering en naar informatie die haar ter ore zou zijn gekomen waaruit zou blijken dat het college noch de schetsen, noch de raming van de dbv-architecten kan goedkeuren, dat de in die schetsen voorgestelde oppervlakte afwijkt van de offerte, dat er gesprekken zouden worden gevoerd tussen verwerende partij en dbv-architecten om het ontwerp aan te passen aan dit van verzoekende partij, dat uit die gesprekken ook zou blijken dat de door dbv-architecten voorgestelde raming te laag is, dat het ontwerp van dbv-architecten op essentiële punten tekort komt en dat de werkelijke kostprijs veel meer zou bedragen dan de raming van verwerende partij zelf.

Uit die laatste elementen blijkt dat de raming van dbv-architecten ongeloofwaardig was. “In dit opzicht betaamt het de vraag te stellen of de aanbestedende dienst op een juiste en redelijke manier is kunnen komen tot de puntentoekenning die zij gegeven heeft”.

8.3. In haar laatste memorie wijdt verzoekende partij het feit dat in de udn-procedure er geen deskundige is aangesteld aan de omstandigheid dat zulks onverenigbaar is met de uiterst dringende aard van de gevoerde procedure. Dit zou volgens verzoekende partij haaks staan op de vereiste van een effectieve rechtsbescherming. Zij verzoekt dan ook tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie over de verenigbaarheid van de vereiste van een doeltreffende rechtsbescherming vervat in de Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, met de wettelijke bepalingen inzake de Raad van State “in zoverre die bepalingen en die praktijken bij het behandelen van een beroep [...] de aanstelling van een deskundige onmogelijk maken, dermate dat een deskundige naderhand niet meer of slechts in minder gunstige voorwaarden

en met een geringere effectiviteit op het vlak van verzekeren van rechtsbescherming kan worden aangesteld”.

Beoordeling

9.1. Het ereloonpercentage waarin de inschrijver dient te voorzien voor het uitvoeren van de gehele projectcoördinatie vormt binnen het tweede gunningscriterium een subcriterium, waaraan het bestek 20 punten toekent. In de technische bepalingen van het bestek wordt voorts vermeld dat het gemeentebestuur dit ereloon raamt op 8 %, doch dat de ontwerper hierop een korting dient te verlenen. Het is geen onzorgvuldige werkwijze, noch gaat deze de perken van de redelijkheid te buiten, om aan inschrijvers die een korting hebben aangeboden op het voorgestelde ereloonpercentage alsnog 10/20 punten toe te kennen en de punten vervolgens toe te kennen naar evenredigheid van het voorgestelde ereloonpercentage. Het argument van verzoekende partij dat niet kan worden afgeleid op grond van welk systeem verwerende partij tot haar schaalverdeling komt, is niet ernstig nu uit het verslag wel duidelijk kan worden afgeleid dat werd uitgegaan van een minimumscore van 10/20 in de mate dat er een korting werd geboden ten opzichte van de raming en dat de erelonen vervolgens verhoudingsgewijs werden omgerekend naar de gegeven quotering.

9.2. Inzake de beoordeling van het derde gunningscriterium “concept duurzaam energiegebruik” wordt aanvaard dat de motieven van de bestreden beslissing wel degelijk betrekking hebben op aspecten van duurzaam energieverbruik. Voorts heeft volgens het gunningsverslag het ontwerp van dbv-architecten een energiepeil E60 en niet E75 zoals verzoekende partij ten onrechte in haar verzoekschrift opmerkt en is blijkbaar voor alle offertes, zonder onderscheid, het energiepeil enkel berekend voor het kantoorgebouw en de woning.

9.3. Wat betreft het vierde gunningscriterium “planning” dienden de inschrijvers volgens het bestek een visie en toelichting te geven op de planning en het verloop van het project. Tevens vermeldt het bestek de termijnen die richtinggevend zijn voor de deeltermijnen van de verschillende deelprojecten. Inzake de kritiek van verzoekende partij moet uit het administratief dossier worden afgeleid dat zij betreffende de planning in haar offerte slechts 1 bladzijde

opneemt waarin zij de besteksbepalingen in essentie herneemt en kortere termijnen voorstelt, zonder nadere toelichting. Dbv-architecten blijkt de planning daarentegen op 12 bladzijden te hebben toegelicht, waarbij bij de minimale planning telkens rekening wordt gehouden met het aspect “goedkeuring opdrachtgevend bestuur”. Het verschil in puntentoekenning bedraagt ondanks het voormelde verschil tussen beide offertes slechts 2,5 punten op 15 punten. De kritiek gaat niet op.

9.4. Inzake de kritiek van verzoekende partij op de beoordeling van het vijfde gunningscriterium “raming” valt in de eerste plaats op te merken dat de vermelding in het gunningsverslag dat de raming van verzoekende partij ongeveer “1/3^e hoger [ligt] dan de laagste raming”, een relevant motief kan zijn om de score van verzoekende partij voor het vijfde gunningscriterium te verantwoorden en dus geenszins als een “criterium” op zichzelf is te beschouwen. Voorts dient te worden vastgesteld dat de raming van verwerende partij 6.500.000 euro bedroeg, de door verwerende partij in haar memorie van antwoord geraamde gemiddelde kostprijs van de voorgestelde ontwerpen 7.854.499,68 euro, terwijl verzoekende partij de kostprijs raamde op 8.816.711,20 euro. In het licht van deze gegevens toont verzoekende partij niet aan dat de punten-toekenning voor wat betreft dit gunningscriterium disproportioneel zou zijn. Het feit dat er een bredere waaier aan puntenverschil is bij het ene dan bij het andere gunningscriterium lijkt immers op zich niet te moeten leiden naar de vaststelling van een ondeugdelijk hanteren van de gunningscriteria.

Daargelaten de vraag of grondverzet en groenaanleg al dan niet in de raming van verzoekende partij zouden zijn inbegrepen, kan nergens uit de eigenlijke motivering worden afgeleid dat verwerende partij voor de quotering met dit aspect rekening zou hebben gehouden, zodat de kritiek van verzoekende partij niet pertinent is.

Ook toont verzoekende partij niet aan dat de herwerking van de ramingen steunt op ondeugdelijke motieven.

Ten slotte, zoals ook opgemerkt bij de beoordeling van het eerste middel, is het verslag van de stedelijke diensthoofdenvergadering als stuk

op zich te beknopt en nietszeggend en opgesteld in het kader van de uitvoering van de opdracht door ondergeschikten zonder dat het aan de bevoegde organen van verwerende partij kan worden toegeschreven, om aan het middel een beslissende andere beoordeling te geven. De andere informatie die een, aldus verzoekende partij, “duister” licht schijnt op de beoordeling van dit gunningscriterium wordt niet bewijskrachtig aangetoond.

9.5. Wat ten slotte de kritiek van verzoekende partij op de beoordeling van het zesde gunningscriterium “kwaliteit” betreft, volstaat het vast te stellen dat het feit dat er tussen twee offertes objectieve verschillen bestaan als dusdanig niet belet dat zij globaal alsnog een gelijke score kunnen behalen.

10. In zoverre verzoekende partij verzoekt tot het aanstellen van een deskundige dient hierop niet te worden ingegaan nu de beoordeling van het middel dergelijke bijstand niet vereist.

Daargelaten of het niet eerder in de procedure had moeten worden opgeworpen, dient er op het verzoek van verzoekende partij tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie evenmin te worden ingegaan. Het antwoord erop is niet ter zake dienend.

11. Het tweede middel wordt verworpen.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

12.1. Een derde middel wordt afgeleid uit de schending van “het algemeen rechtsbeginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’, de uitdrukkelijke motiveringswet (wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen), en het motiveringsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur”.

In een eerste onderdeel merkt verzoekende partij op dat hoewel het bestreden besluit vermeldt dat er externe adviezen zijn ingewonnen, de

strekking van deze adviezen niet wordt meegedeeld en dat noch in het bestreden besluit, noch in het verslag van de administratie wordt aangegeven in welke mate wel of niet met die adviezen werd rekening gehouden.

In een tweede onderdeel stelt verzoekende partij dat wanneer het bestuur in het bestek heeft beslist om hoorzittingen te organiseren zoals te dezen, het beginsel “*patere legem*” de overheid ertoe verplicht om minstens in de motivering aan te geven wat de resultaten zijn van deze hoorzittingen en hoe er met die hoorzittingen rekening werd gehouden bij het nemen van de beslissing.

12.2. In haar memorie van wederantwoord wijst verzoekende partij erop dat de drie “externe” adviezen weliswaar adviezen zijn van personeelsleden van verwerende partij doch dat dit niet betekent dat deze adviezen onbekend moeten blijven temeer, zoals uit het hoger vermelde verslag van de stedelijke diensthoofdenvergadering blijkt, één van die personeelsleden, namelijk A. Bogaerts, meent dat het ontwerp reeds in oktober 2009 de behoeften van verwerende partij verkeerd inschatte.

Wat het tweede middelonderdeel betreft merkt verzoekende partij inzake de persoonlijke nota’s van de beoordelaars, die deel uitmaken van het administratief dossier en die zagezegd de grondslag zouden vormen voor de latere beoordeling van de ontwerpen in het gunningsverslag, op dat niet met zekerheid kan worden uitgemaakt wanneer deze nota’s werden opgesteld en in welke mate er na de hoorzitting nog een bespreking is geweest of overleg is gepleegd tussen de beoordelaars. Niets wordt daarvan teruggevonden in het gunningsverslag of de gunningsbeslissing.

Beoordeling

13. In het arrest over de vordering tot schorsing is over het middel het volgende overwogen:

“10.1. In het gunningsverslag wordt onder het opschrift ‘externe adviezen’ vermeld dat het gunningsverslag grondig werd overlopen samen met R. Timmermans (directeur grondgebiedzaken), A. Bogaerts (verantwoordelijke uitvoeringsdienst) en S. Bonhomme (diensthoofd milieu). Volgens de nota van de verwerende partij is de verwijzing naar

‘externe’ adviezen een ongelukkige verwoording in het gunningsverslag, doch werden in werkelijkheid nooit ‘externe adviezen’ geformuleerd. Dit middelonderdeel lijkt dan ook feitelijke grondslag te missen.

10.2. Voorts heeft de verwerende partij op 7 oktober 2009 een hoorzitting gehouden waarop de inschrijvers hun offerte konden toelichten zoals bepaald was in het bestek. Uit het administratief dossier blijkt ook dat zowel de quoterings als de motiveringen van de individuele beoordelaars die werden gegeven naar aanleiding van voormelde hoorzitting de grondslag vormden voor de motivering en scores voor het eerste gunningscriterium ‘visie/ontwerp’ in het gunningsverslag. Aldus lijkt de verwerende partij wel degelijk te hebben gehandeld in overeenstemming met het bestek. Aangezien de motieven worden hernomen in het gunningsverslag zelf, dat in de bestreden beslissing is geïncorporeerd, lijkt tevens aan de formele motiveringsverplichting te zijn voldaan.

10.3. Het derde middel is in zijn geheel niet ernstig”.

Onder meer gelet op het feit dat verzoekende partij niet expliciet in haar laatste memorie repliceert op de bevinding in het auditoraatsverslag dat verzoekende partij geen elementen of argumenten aanvoert tegen de verwerpingsmotieven in het tussenarrest, kan in de eerste plaats hier worden volstaan met een verwijzing naar het standpunt in dit tussenarrest.

Opgemerkt dient echter ook te worden dat voor zover verzoekende partij uit het meer aangehaalde verslag van de stedelijke diensthoofdenvergadering argumenten poogt te halen die haar stelling onderschrijven, dit verslag dermate lapidair en beknopt is en er dermate essentiële contextuele gegevens in ontbreken, dat het niet dienstig kan worden aangewend bij de beoordeling van dit middel.

Het derde middel wordt verworpen.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

14.1. In een vierde middel wordt de schending aangevoerd van “de artikelen 10 en 11 van de Grondwet”, “van de artikelen 2 en 3 van de uitdrukkelijke motiveringswet van 29 juli 1991” en van “het gelijkheidsbeginsel;

het zorgvuldigheidsbeginsel; het motiveringsbeginsel; het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel”.

In een eerste onderdeel merkt verzoekende partij op dat voor het tweede gunningscriterium “kostprijs” aan de bidders die het slechtste werden gerangschikt zonder meer de helft van de punten wordt toegekend. Deze wijze van beoordeling zou niet in het bestek zijn vastgesteld, noch worden gemotiveerd in het gunningsverslag of in de bestreden beslissing. Bovendien zou de motivering wat betreft alle inschrijvers hier identiek zijn en dus niet van aard om het verschil in punten te rechtvaardigen. Tevens zou de puntenverdeling niet proportioneel zijn.

In een tweede onderdeel stelt verzoekende partij vast dat voor de beoordeling van het tweede gunningscriterium in het gunningsverslag wordt gesteld dat de erelonen verhoudingsgewijs worden omgerekend naar de gegeven quoterings, terwijl dergelijke omrekeningsmethode nergens in het bestek wordt vermeld, hoewel vereist door het transparantiebeginsel. Ook in het gunningsverslag en het bestreden besluit zou niet worden uitgelegd hoe die omrekening dan wel is gebeurd.

14.2. In haar memorie van wederantwoord beperkt verzoekende partij zich ertoe het middel te “handhaven” en te verwijzen naar haar antwoord wat het tweede middel betreft, inclusief haar vraag tot het aanstellen van een deskundige; ook in haar laatste memorie, na verwerping ervan in het auditorsverslag, komt verzoekende partij niet uitdrukkelijk op dit middel terug.

Beoordeling

15. In het arrest over de vordering tot schorsing is over het middel het volgende overwogen:

“12. In dit middel parafraseert de verzoekende partij grotendeels delen van haar tweede middel. Zoals daar reeds werd opgemerkt, lijkt zij voor wat betreft het tweede gunningscriterium uit het oog te verliezen dat zijzelf een ereloonpercentage van 7,6 % heeft geboden, tegenover 7,75 % voor dbv-architecten. Aldus is haar belang bij dit middel onzeker nu de door haar nagestreefde beoordelingswijze lijkt te impliceren dat haar

offerte op dit criterium eveneens beduidend lager zou scoren en een andere inschrijver, namelijk de thv Stabo - ArTe, dan op het eerste gezicht de hoogste totaalscore zou hebben behaald.

Ook werd bij het tweede middel reeds opgemerkt dat het geen onzorgvuldige werkwijze lijkt om aan inschrijvers die een korting hebben aangeboden op het voorgestelde ereloonpercentage alsnog 10/20 punten toe te kennen en de punten vervolgens toe te kennen naar evenredigheid van het voorgestelde ereloonpercentage.

Voorts toont de verzoekende partij aldus niet aan dat de beoordelingsmethode die te dezen werd gehanteerd in strijd zou zijn met enig rechtsbeginsel. De verzoekende partij blijkt bovendien zelf haar voordeel te hebben gehaald uit de gehanteerde methode, zodat het belang bij haar grief niet lijkt vast te staan.

Het feit dat de inschrijvers verschillende ereloonpercentages hebben voorgesteld lijkt tezamen genomen met de opmerking dat de erelonen verhoudingsgewijs werden omgerekend naar de gegeven quoterings wel degelijk van aard om het verschil in punten te rechtvaardigen. Ten slotte lijkt de berekeningswijze wel degelijk uit het gunningsverslag af te leiden.

Het vierde middel is niet ernstig”.

Gelet op de omstandigheden van de zaak, inzonderheid het gebrek aan uitdrukkelijke weerspraak ten aanzien van de verwerpingsmotieven in het tussenarrest en het auditoraatsverslag, kan worden volstaan met een verwijzing naar het tussenarrest.

Het vierde middel wordt verworpen.

E. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

16.1. In een vijfde middel, aangevoerd in haar verzoek tot voortzetting en hernomen in haar memorie van wederantwoord, voert verzoekende partij de schending aan van “de artikelen 10 en 11 van de Grondwet”, “van (de artikelen 2 en 3) van de Uitdrukkelijke Motiveringswet van 29 juli 1991” en “van volgende beginselen van behoorlijk bestuur: het gelijkheidsbeginsel; het zorgvuldigheidsbeginsel; het motiveringsbeginsel; het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel”.

Verzoekende partij betoogt, zich steunend op stuk 10 van het administratief dossier, namelijk de tabel waarbij de door de beoordelaars toegekende punten voor het eerste gunningscriterium “Ontwerp” worden verzameld en de eindrangschikking voor dit criterium wordt opgemaakt, dat voor rang 6 10 van de 30 punten werden toegekend, voor rang 5 14, voor rang 4 18, voor rang 3 22, voor rang 2 26 en voor rang 1 30. De beoordelaars dienen elk project te rangschikken, uit stuk 10 vloeit voort welke punten welke rangschikking opleverden.

Het louter opstellen van een puntentabel zonder opgave van de overwegingen die aan die punten ten grondslag liggen, volstaat niet. Het gaat aldus niet om een onderbouwde rangschikking. De puntenspreiding dient in verhouding te staan tot de verschillen in de offertes. Aan de slechtste inschrijvers de helft van de punten geven garandeert niet dat deze in verhouding staan tot de verschillen. De effectief gehanteerde puntenverdeling is niet proportioneel. Beter ware geweest een proportionele verhouding waarbij de eerste gerangschikte 30 punten verkrijgt en de laagste gerangschikte (de zesde) 0 punten.

Ten slotte verzoekt zij om de aanstelling van een deskundige.

16.2. In repliek op een exceptie van laattijdigheid van het middel opgeworpen door verwerende partij, namelijk dat verwerende partij op vrijwillige basis verzoekende partij de kans heeft geboden meer dan zestig dagen voor het indienen van het verzoek tot voortzetting het administratief dossier in te zien en dus kennis te nemen van het bewust stuk 10, formuleert verzoekende partij in haar laatste memorie een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie nopens de verenigbaarheid van de voornoemde richtlijn 89/665/EEG met wettelijke bepalingen inzake de Raad van State die, naargelang een schorsingsvordering en een annulatieberoep in een enig verzoekschrift dan wel afzonderlijk ingediend worden, zouden leiden tot de mogelijkheid niet dan wel nieuwe onrechtmatigheidsgronden aan te voeren.

Evenzeer verzoekt verzoekende partij een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te stellen naar de verenigbaarheid met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet van voornoemde bepalingen.

Tenslotte wat de aanstelling van een deskundige betreft stelt verzoekende partij voor de prejudiciële vraag te stellen zoals reeds weergegeven onder randnummer 8.3.

Beoordeling

17. Met een e-mailbericht van 19 januari 2010 deelt verwerende partij de raadsman van verzoekende partij mee dat “het administratief dossier tijdens de kantooruren ter inzage ligt”. Verzoekende partij is niet ingegaan op dit aanbod tot inzage.

Het is niet aangetoond dat het stuk 10 uit het administratief dossier zoals voorgelegd in de procedure voor de Raad van State en waarop het middel steunt, vervat zat in het administratief dossier dat verwerende partij vrijwillig ter inzage aanbod. In die omstandigheden wordt aangenomen dat verzoekende partij slechts voor de eerste maal van dit stuk kennis kon nemen bij de neerlegging van het administratief dossier in de procedure voor de Raad van State en dat dienvolgens het verzoek tot voortzetting het eerste nuttige procedurestuk was waarin het middel voor het eerst kon worden aangevoerd.

Het middel is om die reden ontvankelijk. De prejudiciële vragen dienen niet te worden gesteld.

18. Verwerende partij heeft inzake puntentoekenning voor het eerste gunningscriterium zoals vervat in stuk 10, met name door elk van de tien beoordelaars de zes ontwerpen in een rangorde te laten schikken, vervolgens aan elke rang een vast aantal punten toe te kennen en dan per ontwerp de punten op te tellen en te delen door tien, geen onzorgvuldige werkwijze gehanteerd noch is zij de perken van de redelijkheid te buiten gegaan. Verzoekende partij is niet goed geplaatst om kritiek te geven op deze werkwijze wanneer zij aanklaagt dat er geen verantwoording voor is gegeven in het gunningsverslag of dat het slechtste ontwerp toch de helft van de punten krijgt. Wat verzoekende partij zelf voorstelt als betere werkwijze wordt door haar immers niet toegelicht. In de werkwijze van verwerende partij krijgt het “slechtste” ontwerp voorts niet de helft maar slechts een derde van het maximum.

Ter beoordeling van het middel is de bijstand van een deskundige niet vereist.

Het middel is ongegrond.

F. Zesde middel

Uiteenzetting van het middel

19.1. In een zesde middel, aangevoerd in haar verzoek tot voortzetting en hernomen in haar memorie van wederantwoord, voert verzoekende partij 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 gelezen in samenhang met artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van het beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’, van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel en van het motiveringsbeginsel”.

Zich steunend op stuk 9 van het administratief dossier, namelijk de individuele beoordelingsfiches van diverse van de tien beoordelaars voor het eerste gunningscriterium “Ontwerp”, betoogt verzoekende partij dat door deze beoordelaars herhaaldelijk het element prijs in de evaluaties werd betrokken. Alsdan wijst verzoekende partij, zoals zij reeds bij het eerste middel deed, op de twee verschillende gunningsverslagen. Hieruit blijkt dat de offerte van verzoekende partij bij het eerste gunningscriterium ongunstig werd beoordeeld omwille van de erin opgenomen raming en dat die van dbv-architecten om dezelfde reden gunstig werd beoordeeld.

Door dit te doen heeft verwerende partij bij de beoordeling van het eerste gunningscriterium een element betrokken dat niet in het bestek was voorzien.

Ten slotte verzoekt zij om de aanstelling van een deskundige.

19.2. Wat de repliek van verzoekende partij in haar laatste memorie betreft op een exceptie van laattijdigheid van het middel aangevoerd door verwerende partij en overgenomen in het auditorsverslag, kan verwezen worden naar randnummer 16.2.

Wat de aanstelling van een deskundige betreft stelt verzoekende partij ten slotte voor de prejudiciële vraag te stellen zoals reeds onder randnummer 8.3. uiteengezet.

Beoordeling

20. Wat de ontvankelijkheid van het middel betreft gesteund op stuk 9 van het administratief dossier zoals neergelegd voor de Raad van State wordt *mutatis mutandis* verwezen naar randnummer 17. Het middel is ontvankelijk.

21. Het middel is echter in essentie analoog aan het eerste middel en dient om de redenen onder randnummer 7 van dit arrest te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

2. Verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 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,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest