

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.827 van 5 april 2012
in de zaak A. 204.008/XII-6878**

In zake: BVBA CKS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Steven Menten
kantoor houdend te 3600 Genk
Grotestraat 122
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN MAASEIK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Gendt
kantoor houdend te 3000 Leuven
Sint-Geertruiabdij 8 bus 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 14 maart 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van het OCMW van de Stad Maaseik van ongekende datum (vermoedelijk 21 februari 2012, [...], waarbij wordt besloten percelen 4 en 5 van het bouwen van een nieuw woon- en zorgcentrum voor 64 ROB en 56 RVT bedden, 3 eenheden in kortverblijf, een dagzorgcentrum voor 15 plaatsen en een dienstenloket, te weten het perceel electriciteitswerken en plaatsing van een middenspanningscabine toe te wijzen aan het bedrijf NV Gielen, met maatschappelijke zetel te 3620 Lommel, Schoolstraat 35”.

De bvba CKS vordert ook het bevelen van voorlopige maatregelen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft op 26 maart 2012 een administratief dossier ingediend en op 28 maart 2012 een “pleitnota”.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 29 maart 2012, om 10 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christophe Bodvin, die loco advocaat Steven Menten verschijnt voor de verzoekende partij en, advocaat Tom De Gendt, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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 Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Maaseik schrijft bij wijze van algemene offerteaanvraag een overheidsopdracht voor de aanneming van werken uit met als voorwerp “het bouwen van een nieuw woon- en zorgcentrum voor 64 ROB en 56 RVT bedden, 3 eenheden in kortverblijf, een dagzorgcentrum voor 15 plaatsen en een dienstenloket”.

De opdracht wordt onderverdeeld in verschillende percelen.

3.2. Percelen 4 en 5 omvatten de middenspanningscabine en de elektrische installatie.

3.3. Vijf inschrijvers dienen een offerte in.

3.4. In het gunningsverslag van 14 februari 2012 worden de punten toebedeeld als volgt:

	Weging	CKS bvba	Nv Gielen	Nv Fabricom	Nv Limec	Nv VMA
Prijs	40	40	37,96	36,32	32,79	31,19
Technische waarde	[55]	[49,93]	[53,3]	[42,1]	[51,6]	[50,55]
Toegevoegde waarborgen	5	5	5	5	5	5
Totaal	100	94,93	96,26	83,42	89,39	86,74

Aldus besluit het architectenbureau “dat niets zich verzet tegen de toekenning van de werken aan nv Elektriciteitswerken Gielen nv.”

3.5. Op 21 februari 2012 beslist het OCMW van Maaseik om de opdracht overeenkomstig voormeld verslag te gunnen aan de nv Elektriciteitswerken Gielen voor een bedrag van 1.231.205,26 euro, btw niet inbegrepen.

3.6. Bij aangetekende brief van 28 februari 2012 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen. Als bijlage wordt een kopie gevoegd van het gunningsverslag. Tevens wordt meegedeeld dat de aanbestedende overheid een wachttermijn zal in acht nemen.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. Op de dag vóór de terechtzitting bezorgt verwerende partij wat zij een “pleitnota” noemt aan de Raad van State en aan verzoekende partij. Zij verzuimde echter binnen de door de Raad van State gestelde termijn een nota te bezorgen en legde overigens ook buiten die termijn haar administratief dossier neer.

Temeer omdat de betrokken nota van verwerende partij uitvoerig is, zou het aanvaarden van die nota het recht op tegenspraak van verzoekende partij op onevenredige wijze beperken. Voorts zou aldus een gedegen onderzoek van die nota door het auditoraat onmogelijk zijn. Zoals verzoekende partij terecht vraagt, wordt de pleitnota dan ook uit het debat geweerd.

V. De schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Evenwel is te dezen de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Beoordeling van het eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. Verzoekende partij put een eerste middel 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, en van 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.

In wat als een eerste onderdeel van het middel kan worden beschouwd, wordt betoogd dat verwerende partij pas bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium betreffende de technische waarde een nadere onderverdeling blijkt te hebben gemaakt van dit criterium en aan deze afzonderlijke posten ook nog een waardebepaling heeft gegeven met een willekeurig puntensysteem zonder enige objectieve verantwoording en basis in het bestek, terwijl in het bestek nergens is vermeld “of, en zo ja, hoe er een waardebepaling per afzonderlijke post zou gebeuren”.

Beoordeling

7. Artikel 16 van de voormelde wet van 24 december 1993 bepaalt onder meer:

“Bij algemene of beperkte offerteaanvraag dient de opdracht toegewezen te worden aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient rekening houdend met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek, of eventueel in de aankondiging van de opdracht”.

Artikel 115 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, bepaalt dat de aanbestedende overheid de regelmatige offerte kiest die haar het voordeligst lijkt op grond van criteria die verschillend kunnen zijn naargelang van de opdracht.

Voorts luidt het tweede lid van dit artikel:

“Onverminderd de wettelijke, reglementaire of bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de vergoeding van bepaalde diensten vermeldt de aanbestedende overheid in het bestek en eventueel in de aankondiging van de opdracht al de gunningscriteria, zo mogelijk in volgorde van afnemend belang; in dit geval wordt die volgorde in het bestek of in de aankondiging vermeld. Zo niet hebben de gunningscriteria dezelfde waarde.”

8. Het op de opdracht toepasselijke bijzonder bestek omschrijft de volgende gunningscriteria:

“Gunningscriteria en hun deelcriteria

De prijs	40 punten
De technische waarde van de voorgestelde materialen, toestellen installaties en uitrustingen, aan te tonen aan de hand van een complete materiaallijst en de technische fiches van de voornaamste onderdelen en toebehoren.	55 punten
De door de inschrijver toegevoegde attesten, documenten en eigenhandige verklaringen met betrekking tot de dienst na verkoop, de waarborg, de naleverbaarheid en de onderhoudscontracten	5 punten”.

9. De gunningscriteria worden in het bestek nog nader toegelicht als volgt:

“- Bedrag van de inschrijving

Van iedere regelmatige inschrijver wordt het quotiënt berekend tussen het bedrag van de laagste regelmatige inschrijving (als deeltal) en het bedoelde bedrag (als deler). Dit quotiënt wordt vermenigvuldigd met het maximum te behalen punten en geeft de voor elke offerte bekomen score. De score wordt afgerond tot 2 cijfers achter de komma.

- Technische kwaliteit:

Deze zal beoordeeld worden aan de hand van de bijgevoegde documentatie of beschikbare informatie.

Zullen onder meer beoordeeld worden: de stabiliteit en stevigheid, het materiaalgebruik, de kwaliteit van de afwerking, de technische performanties en kwalitatieve meerwaarden.

- Esthetische kwaliteit :

Deze zal beoordeeld worden aan de hand van bijgevoegde tekeningen en foto's.

Zullen onder meer beoordeeld worden: de vormgeving, de modulariteit, de representativiteit, de integratie in het gebouw, de combinatie van de gebruikte materialen, de afwerkingsgraad, de eenheid in vormgeving en afwerking, mogelijke kleuren keuzes.

- Functionele waarde:

Deze zal beoordeeld worden aan de hand van de bijgevoegde documentatie op grond van de functionele vereisten, die gesteld worden door een rationeel gebruik.

- Onderhouds-gebruiksvriendelijkheid

Deze zal beoordeeld worden op basis van de veiligheid, de onderhoudsvriendelijkheid, de handelbaarheid en de ergonomische kwaliteiten.

- Waarborgen, zekerheid van naleverbaarheid, onderhoudscontracten

De inschrijver zal een apart en ondertekend document bij zijn bieding voegen waarin de door hem gegeven waarborgen beschreven staan (waarborgen op de materialen, de bewegende delen met vermelding van de waarborgtermijnen), alsook de door hem gegarandeerde minimumtermijn voor naleverbaarheid en een volledig uitgewerkt onderhoudscontract met specificatie van volgende gegevens:

*kostprijs periodiek onderhoud inclusief vervanging van de onderdelen, onderhevig aan normale slijtage,

*interventietijd bij storing of panne

*uurlonen voor extra-contractuele prestaties.

*eventuele toeslagen bij kortere interventietijden of tijdens avond-weekend en vakantieperiodes.”

10. Uit het gunningsverslag blijkt evenwel dat verwerende partij het tweede gunningscriterium inzake de technische waarde van de voorgestelde materialen, beoordeeld heeft aan de hand van 13 gegevens, die als volgt werden gewogen:

Stopcontacten en schakelaars	4 punten
Verlichtingstoestellen	20 punten
Distributiesystemen	4 punten
Middenspanning	2 punten
Branddetectie	3 punten
Toegangscontrole	3 punten
Teledistributie	1 punt
Data-installatie	2 punten
Verpleegomroep-installatie	5 punten
Telefonie-installatie	5 punten
Geluids-installatie	3 punten
Camerabewaking	2 punten
Bliksembeveiliging	1 punt.

Een aantal van deze gegevens werden bovendien nog nader onderverdeeld, waarbij aan die onderverdelingen ook telkens een weging werd toegekend.

11. Verzoekende partij lijkt aldus te moeten worden bijgevalen waar zij in essentie betoogt dat verwerende partij onderdelen van de opdracht heeft geëvalueerd op een wijze die niet op het bestek steunde en bovendien daarbij een niet vooraf bekendgemaakte weging heeft toegekend en gehanteerd, na opening van de offertes.

12. De vraag rijst dan of die werkwijze een correcte toepassing inhoudt van het betrokken gunningscriterium en verenigbaar is met de aangehaalde bepalingen, die opleggen “de” of “al” de gunningscriteria te vermelden in het bestek, hetgeen bezwaarlijk het geval lijkt te kunnen zijn indien niet ook het voorwerp van de evaluatie met de besteksbepalings strookt.

13. Op het eerste gezicht lijken de voormelde afgezonderde gegevens niet overeen te komen met hetgeen als voorwerp van evaluatie is bepaald bij de omschrijving van het betrokken criterium in het bestek (“technische waarde van de voorgestelde materialen, toestellen, installaties en uitrustingen”) en lijken ze evenmin te sporen met de posten van de meetstaat.

Ook lijken ze niet te zijn geëvalueerd zoals het bestek zulks voorschrijft (“onder meer beoordeeld worden: de stabiliteit en de stevigheid, het materiaalgebruik, de kwaliteit van de afwerking, de technische performanties en kwalitatieve meerwaarden”).

14. Voorts lijkt op het eerste gezicht niet te kunnen worden uitgesloten dat indien deze gegevens en hun respectieve weging bij de voorbereiding van de offertes bekend waren geweest, ze deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden.

15. De conclusie lijkt aldus te moeten luiden dat het te dezen gehanteerde beoordelingssysteem tot een ondeugdelijk hanteren van het tweede prijs criterium lijkt te hebben geleid, zodat de in het middel geschonden geachte voormelde artikelen 16 en 115, aldus niet correct zijn toegepast. Op die wijze lijkt dan ook niet vast te staan dat aan de voordeligste regelmatige inschrijver werd gegund.

In zoverre is het eerste onderdeel van het eerste middel ernstig.

VII. Voorlopige maatregelen

16. Verzoekende partij vraagt in haar verzoekschrift tevens om met toepassing van artikel 65/15 van de voormelde wet van 24 december 1993 voorlopige maatregelen te bevelen, meer bepaald om verwerende partij te verplichten met betrekking tot de uitvoering van de opdracht - indien de gunningsbeslissing zou zijn betekend of de overeenkomst zou zijn gesloten met nv Gielen - geen aanvangsbevel te verlenen, minstens de uitvoering van de opdracht op te schorten, op straffe van een dwangsom.

Beoordeling

17. Er is geen reden om naast de schorsing van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing, tevens het verzoek tot het opleggen van voorlopige maatregelen in te willigen.

De gevraagde voorlopige maatregelen zijn overbodig, nu de partijen ter terechtzitting verklaren dat de overeenkomst nog niet is gesloten.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van het besluit van de raad voor maatschappelijk welzijn van Maaseik van 21 februari 2012, waarbij wordt besloten percelen 4 en 5 van het bouwen van een nieuw woon- en zorgcentrum en een zorgloket, te weten het perceel electriciteitswerken en plaatsing van een middenspanningscabine, toe te wijzen aan nv Elektriciteitswerken Gielen, met maatschappelijke zetel te 3620 Lommel, Schoolstraat 35, voor een bedrag van 1.231.205,26 euro, btw niet inbegrepen.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 april 2012,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest