

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 220.344 van 19 juli 2012
in de zaak A. 205.463/XII-6998.**

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
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 juli 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

"- De beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Antwerpen tot selectie van inschrijver NV LESUCO zoals vervat in de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Antwerpen dd. 15 juni 2012, zoals gevoegd bij de brieven van de Stad Antwerpen dd. 18 juni 2012;

- De beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Antwerpen dd. 15 juni 2012, zoals gevoegd bij de brieven van de Stad Antwerpen dd. 18 juni 2012, waarbij wordt beslist de aanleg van een kunstgrasveld, op basis van het bestek [SW/OU/007154], Karel du Boislaan, district Hoboken perceel I te gunnen aan de meest voordelige inschrijver, de firma Lesuco nv (Lesuco I variant suggestie 3), Leuvensebaan 317, 3040 Huldenberg tegen de prijs van 393.521,40 EUR + 82.639,49 EUR (21% btw) = 476.160,89 EUR;

- De beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Antwerpen dd. 15 juni 2012, zoals gevoegd bij de brieven van de Stad Antwerpen dd. 18 juni 2012, waarbij wordt beslist de aanleg van een kunstgrasveld, op basis van het bestek [SW/OU/007154, Armenstraatje, district Berendrecht-Zandvliet-Lillo perceel II te gunnen aan de meest voordelige inschrijver, de firma Lesuco nv (Lesuco I variant suggestie 3), Leuvensebaan 317, 3040 Huldenberg tegen de prijs van 354.888,80 EUR + 74.526,65 EUR (21% btw) = 429.415,45 EUR".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 juli 2012.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Gitte Laenen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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 verwerende partij schrijft een algemene offertaanvraag uit voor de aanleg van kunstgrasvelden aan de Karel du Boislaan in het district Hoboken en het Armenstraatje in het district Berendrecht-Zandvliet-Lillo.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 27 januari 2012 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen. Op 14 februari 2012 volgt een verbeterend bericht.

De aankondiging bevat in punt III.2) de volgende voorwaarden voor deelneming :

"III. 2) VOORWAARDEN VOOR DEELNEMING

III.2.1. Persoonlijke situatie van ondernemers, waaronder de vereisten in verband met de inschrijving in het beroeps- of handelsregister

Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan:

Door in te schrijven op deze opdracht verklaart de inschrijver zich niet in een toestand van uitsluiting te bevinden, zoals bedoeld in artikel 17 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor Openbare werken.

III.2.2) Economische en financiële draagkracht

Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan : Eventueel vereiste minimumeisen (indien van toepassing) :

Zie bestek

III.2.3) Vakbekwaamheid

Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan : Eventueel vereiste minimumeisen (indien van toepassing) :

- referenties van minstens 2, Vereiste erkenning: G4 (Speciale gerealiseerde, gelijkaardige bekledingen voor sportvelden), projecten uitgevoerd tijdens de Klasse 3 laatste drie jaar, bij voorkeur in België, met vermelding van datum en naam van de publiek- of

privaatrechtelijke instanties voor wie ze bestemd zijn. Minimaal te vermelden zijn: omschrijving, grootte, uitvoeringstermijn en FIFA2 - certificaat;

- opgave van werktuigen, materieel en technische uitrusting waarover de aannemer zal beschikken tijdens de uitvoering van het werk.

Onder punt III.2.4) wordt nog vermeld dat het geen voorbehouden opdracht is.

3.3. Het bijzonder bestek GAC/2012/1047 (SW/OU/007541) is op de opdracht van toepassing.

Dit bestek verdeelt de opdracht in twee percelen : perceel 1 is het kunstgrasveld site RVC Hoboken en perceel 2 is het kunstgrasveld site Zandvliet sport. Het voorwerp van de opdracht wordt als volgt omschreven :

"De onderhavige aanneming heeft tot doel het uitvoeren van: alle nodige werken voor het aanleggen van een kunstgrasveld en alle omgevingswerken nodig voor het gebruik en exploitatie van het voetbalveld."

Het betreft een aanneming van werken.

Blijkens de gunningsverslagen is de geraamde waarde van perceel 1 663.767 euro, btw niet inbegrepen, en deze van perceel 2 393.521,40 euro, btw niet inbegrepen.

De gunningscriteria worden in het bestek als volgt bepaald :

"Bij administratieve conformiteit van de inschrijving zijn de in acht te nemen criteria voor de gunningprocedure hierna opgesomd in volgorde van afnemend belang:

Gunningscriteria

1. Technische waarden, beoordeling van de kwaliteit van materiaal en aanleg, esthetiek van de grasmat	45
2. De inschrijfsom	30
3. Waarborg	10
4. Voorgestelde onderhoudscontract	10
5. Uitvoeringstermijn is maximaal 40 werkdagen per terrein	5

Gunningscriteria 1:

Hiermee wordt bedoeld alle inlichtingen uit de inschrijving aan de hand waarvan de bouwheer zich een oordeel kan vormen over het vermogen van de inschrijver om de gevraagde kwaliteit te behalen.

Alleszins worden volgende aspecten beoordeeld:

- a) de door de inschrijver zelf aangelegde velden;
- b) de door de inschrijver aangelegde velden van het aangeboden type;
- c) de conformiteit van het in de referenties aangeboden product aan het FIFA 2* -certificaat;
- d) de beantwoording van de inschrijving aan de randvoorwaarden en de technische minimale karakteristieken opgesomd in het technische gedeelte van onderhavig bestek;
- e) de esthetiek van de grasmat;
- f) De aangeboden schokabsorberende laag;
- g) het voorgestelde drainagesysteem;
- h) de bijkomende velduitrusting: omheining, schoonloopmat, onderhoudsmateriaal,ballenvanger

Gunningscriteria 2:

De inschrijfsom ontstaat na rekenkundige controle, aanpassingen van fouten en leemten. Deze som omvat alle kosten voor de uitvoering van de werken alsook de prijs voor het voorgeschreven onderhoudsmaterieel.

Gunningscriteria 3:

Hiermee wordt bedoeld dat de inschrijvers worden beoordeeld op de aangeboden productgaranties samen met de verzekeringspolis die de garanties dekt.

- a) Productgarantie op de mechanische eigenschappen van het kunstgrasapijt.
- b) Productgarantie op de speeltechnische eigenschappen van het kunstgrasapijt met eventuele schadevergoeding bij niet voldoen.
- c) Gecertificeerde kopij van de verzekeringspolis.

Gunningscriteria 4:

De inschrijver geeft een gedetailleerde beschrijving van het onderhoudsprogramma voor de kunstgrasmat, rekeninghoudend met de plaatselijke toestand.

De inschrijver wordt beoordeeld op het aangeboden onderhoudsprogramma dat in functie van de plaatselijke toestand en de

intensiteit van het gebruik moet worden uitgevoerd in de tijd.

Evenals een beoordeling en prijs voor het voorziene en bijgeleverde onderhoudsmateriaal dat de verantwoordelijke van het kunstgrasveld in staat stelt om het veld op eenvoudige wijze te onderhouden.

Gunningscriteria 5:

De inschrijver toont via een gedetailleerde werkplanning aan dat de maximum uitvoeringstermijn niet zal worden overschreden.

Wie voor criterium 1 en/of 3 en/of 4 en/of 5 geen informatie toevoegt, krijgt als beoordeling 0 punten voor dat criterium waarvoor de nodige informatie ontbreekt".

Het bestek vermeldt in deel B, hoofdstuk 1, 2, onder artikel 17, § 2, 18, § 2 en 19, § 2, de volgende selectiecriteria :

"ART. 17 §2,18 § 1 en 19 § 1 KWALITATIEVE SELECTIE

Aan deze artikelen wordt volgende bepaling toegevoegd:

De ondercategorie waarin de aannemer moet erkend zijn is G4 en het bestuur is van oordeel dat ze behoren tot de klasse 3.

REFERENTIES:

1. Referenties van minstens 2. gerealiseerde, gelijkaardige projecten uitgevoerd tijdens de laatste 3 jaar, bij voorkeur in België, met vermelding van datum en naam van de publiek- of privaatrechtelijke instanties voor wie ze bestemd waren. Minimaal te vermelden zijn: omschrijving, grootte, uitvoeringstermijn en FIFA2** - certificaat:

http://www.uefa.com/MultimedialFiles/Downloads/uefa/UEFAMedaia/74/52/05/745205_DOWNLOAD.pdf

http://www.fifa.com/mm/document/afdeveloping/pitchequip/fqc_football_turf_folder_342.pdf

2. Opgave van werktuigen, materieel en technische uitrusting waarover de aannemer zal beschikken tijdens de uitvoering van het werk.".

In artikel 90, § 2, wordt vermeld welke documenten bij de inschrijving dienen te worden gevoegd. Er wordt onder meer verwezen naar een VCA attest, en dat het niet bijvoegen van één van deze documenten de inschrijving "kan nietig verklaren" :

"ART. 90 §2. BESCHIEDEN Bij INSCHRIJVING TE VOEGEN

Gelieve de bescheiden genummerd en volgens onderstaande volgorde bij de inschrijving te voegen.

1. inschrijvingsbiljet;

2. samenvattende opmetingsstaat;

Tevens merken wij op dat wij ook een elektronische versie in EXCEL op

cd-rom van de meetstaat willen bekomen. Deze meetstaat moet ingevuld zijn op basis van de elektronische versie.

3. Documentatiebundel met alle informatie, toelichting en voorstellen betreffende de gunningscriteria;
4. VCA - attest;
5. inlichtingen betreffende de onderaannemers;
6. logo van de inschrijver met een resolutie van 600dpi of hoger;
7. volmacht van de ondertekenaar van de inschrijving cfr. de bepalingen van het standaardbestek 250;
8. document dat verwijst naar het veiligheids- en gezondheidsplan en waarin beschreven wordt op welke wijze het bouwwerk zal worden uitgevoerd om rekening te houden met dit veiligheids- en gezondheidsplan;
9. afzonderlijke prijsberekening in verband met de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en -middelen;
10. intentieverklaring van de aannemer die opgenomen is en verwijst naar het veiligheids- en gezondheidsplan;
11. intentieverklaring van de aannemer die opgenomen is en verwijst naar het technisch verslag opgemaakt door een erkende bodemsaneringdeskundige.
12. intentieverklaring van de aannemer die opgenomen is en verwijst naar het minderhinder hoofdstuk van dit bestek.
13. referenties van gerealiseerde, gelijkaardige, projecten;
14. opgave van werktuigen en materieel;

Het niet bijvoegen van één van deze bescheiden kan de inschrijving nietig verklaren. Alle bijgevoegde bescheiden moeten ondertekend en gedagtekend zijn onder de melding: 'Opgemaakt door de ondergetekende om gevoegd te worden bij zijn inschrijving van heden ''.

Varianten worden toegestaan.

3.4. De offertes worden op 6 maart 2012 geopend. Er zijn vier offertes ingediend waaronder deze van de verzoekende partij en de offerte van de NV Lesuco. Zij dienen voor elk perceel telkens een basisofferte in en een aantal varianten.

3.5. De bedrijfseenheid Stadsontwikkeling stelt voor elk perceel een, behoudens de scores, grotendeels identiek gunningsverslag op. Daarin worden vooreerst de selectiecriteria uit de aankondiging en het bestek hernomen en wordt bij elke inschrijver telkens "ok" vermeld. Vervolgens worden de bij de inschrijving

te voegen bescheiden opgesomd. Met betrekking tot de verzoekende partij en de nv Krinkels geldt de vermelding "ok". Bij de nv Lesuco staat te lezen : "heeft geen VCA-attest" en "nvt". Ook bij de bvba Estate and Landscape Management wordt in dezelfde zin opgemerkt : "nog niet in het bezit van een VCA-attest" en "nvt". Daarna worden de offertes met hun varianten getoetst aan de gunningscriteria. Dit leidt voor elke offerte en variatie tot een samenvattende beoordelingstabel met de score per gunningscriterium. Onder elke tabel wordt verder vermeld :

"Toelichting bij de score :
Zie bijlage".

Bij de nv Lesuco wordt onder elke samenvattende beoordelingstabel opgemerkt :

"Opmerking

Vormvereisten

Geen VCA-attest.

Lesuco meldt niet in het bezit te zijn van een VCA attest. Volgens bestek kan dit de uitsluiting betekenen.

Gelet op het feit dat:

- de aannemer dit niet verbergt;
 - zij een preventieadviseur in dienst hebben (met getuigschrift) die deze werken zal opvolgen;
 - zij op eer verklaren jaarlijks voor ca. 12.000.000EUR velden uit te voeren onder veilige werkomstandigheden;
 - zij de intentieverklaring inzake veiligheid- en gezondheidsplan ondertekend hebben;
 - zij een V&G plan hebben opgesteld voor beide velden apart;
- wordt de firma Lesuco weerhouden voor verdere jurering".

In de conclusie worden de scores in een globale samenvattende tabel opgenomen en wordt voorgesteld de werken voor beide percelen te gunnen aan de nv Lesuco die met 1 variant suggestie 3 de meest voordelige inschrijver is voor perceel 1 en perceel 2. De basisofferte van de verzoekende partij is de eerst gerangschikte offerte na de verschillende varianten van de nv Lesuco.

3.6. In navolging van voormeld voorstel beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen op 15 juni 2012 om de werken te gunnen aan de nv Lesuco. In die beslissing wordt de tabel met de eindrangschikking voor beide percelen hernomen evenals de redenen waarom de

nv Lesuco, ondanks het niet bezitten van een VCA attest, in de gunningsverslagen werd "weershouden voor verdere jurering".

Onderaan de beslissing, wordt verwezen naar vier bijlagen : naast de twee gunningsverslagen zijn dit de "Bijlage bij dit besluit : 20120607_vergelijking _tekstueel.docx" en de "Bijlage bij dit besluit : 20120605_vergelijking_kunstgrasvelden.xls".

3.7. Op 18 juni 2012 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat haar offerte "niet werd geselecteerd als de voordeligste regelmatige inschrijving" voor perceel 1, respectievelijk perceel 2. Het collegebesluit van 15 juni 2012 en de gunningsverslagen zijn telkens bijgevoegd, maar niet de twee andere bijlagen die onderaan de gunningsbeslissing worden vermeld.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

A. Exceptie wegens gebrek aan belang

4. De verwerende partij werpt op dat, nu geen wachtperiode van toepassing was, de opdracht reeds werd gesloten en dat deze, gelet op artikel 65/30, derde lid, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna : de wet van 24 december 1993) niet meer onverbindend verklaard kan worden. Zij wijst er voorts op dat de werken op 26 juni 2012 werden aangevat en dat de opdracht, gezien de korte uitvoeringstermijn ervan, weldra en alleszins vóór september 2012 uitgevoerd zal zijn. Ondergeschikt werpt zij nog op dat de verzoekende partij in elk geval geen belang heeft bij het derde middel waarin in hoofdzaak de schending van de formele motiveringsplicht wordt aangevoerd. De schorsing of vernietiging van de gunningsbeslissing zou immers zonder invloed zijn op de intussen onaantastbaar geworden overeenkomst. Voorts zou de aanbestedende overheid een louter formele onwettigheid op eenvoudige wijze kunnen herstellen door de

gunningsbeslissing in te trekken en tegelijk een nieuwe identieke beslissing te nemen waarvan de motieven wel integraal worden meegedeeld aan de belanghebbende. Te dezen, zo stelt de verwerende partij, zal een nieuwe beslissing noodzakelijk leiden tot de gunning van de opdracht aan dezelfde gekozen inschrijver, zodat de verzoekende partij enkel rechtsherstel kan verkrijgen via een vordering tot schadevergoeding voor de burgerlijke rechtbanken. Volgens de verwerende partij kan het geenszins de bedoeling zijn dat de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt aangewend met het oog op het verkrijgen van een schadevergoeding nu ook de burgerlijke rechter bevoegd is om een gebeurlijke onwettigheid vast te stellen, zodat de vordering tot schadevergoeding evenzeer rechtstreeks voor de gewone rechter kan worden ingesteld. Zij zet vervolgens uiteen dat, anders dan de feiten die aan de basis lagen van het arrest nr. 216.660 van 1 december 2011, het in voorliggende zaak wel duidelijk is welk gevolg de aanbestedende overheid aan een gebeurlijke schorsing van de bestreden gunningsbeslissing op grond van het derde middel zal hechten, met name dat de gebeurlijk vastgestelde onwettigheid gewoonweg wordt hersteld door de bestaande woordelijke motivering van de puntentabel in het gunningsverslag integraal aan de verzoekende partij te betekenen. Zodoende zou het resultaat van de gunningsprocedure uiteindelijk hetzelfde blijven : de gesloten overeenkomst wordt verder uitgevoerd door de gekozen inschrijver terwijl de verzoekende partij niet in aanmerking zal komen voor de uitvoering van de opdracht. Om voormelde redenen concludeert de verwerende partij dat de schorsing van de thans bestreden gunningsbeslissing de verzoekende partij geen enkel voordeel kan opleveren en dat de vordering tot schorsing bijgevolg onontvankelijk is.

Beoordeling

5. Luidens artikel 65/30, derde lid, van de wet van 24 december 1993 kan, zodra de opdracht die de Europese drempel niet bereikt, gesloten is, deze niet meer geschorst of onverbindend verklaard worden door de verhaalinstantie wegens schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten.

In deze bepaling lijkt de wetgever met verhaalinstantie de gewone rechter en niet de Raad van State te hebben bedoeld (Parl. St. Kamer, 2009-2010, nr. 52-2276/003, 8). Het lijkt aldus niet aangetoond dat de wetgever door een beperking in te stellen aan de rechtsmacht van de gewone rechter om te raken aan een gesloten overeenkomst, tevens beoogde de Raad van State rechtsmacht te ontnemen om de tenuitvoerlegging van de aan die overeenkomst voorafgaande afsplitsbare gunningbeslissing te schorsen. Overigens gaat de verwerende partij er aan voorbij dat de gesloten overeenkomst niet het voorwerp is van voorliggend geding.

6. In zoverre de exceptie ertoe strekt het vereiste belang bij de vordering te ontzeggen, beschikt de verzoekende partij als gepasseerde inschrijver in de eerste plaats over een gekwalificeerd moreel belang bij de nietigverklaring van de gunningsbeslissing die een afsplitsbare bestuurshandeling is. Dat belang wordt door de nietigverklaring van de gunningbeslissing gediend spijs de sluiting en zelfs de uitvoering van de daaropvolgende overeenkomst. Ook bij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van die gunningsbeslissing lijkt dat belang voldoende, zeker gelet op de ruime omschrijving van het belang bij de nietigverklaring dat in artikel 65/14 van de wet van 24 december 1993 toegekend is aan "elke persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht te bekomen en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld". Krachtens artikel 65/15 geldt dat belang ook voor de schorsing : "onder dezelfde voorwaarden" kan de verhaalinstantie schorsen. Deze beide artikelen zijn krachtens artikel 65/31 ook toepasselijk op de opdrachten die zoals de in het geding zijnde opdracht het Europese drempelbedrag niet bereiken. De Raad van State kan voor het overige bezwaarlijk vooruitlopen op de gevolgen die de aanbestedende overheid zal hechten aan een schorsing indien deze wordt bevolen, ook wanneer de opdracht al werd gesloten.

7. In de mate dat specifiek het belang bij het derde middel wordt betwist, zal uit de beoordeling van dat middel blijken dat het standpunt van de verwerende partij niet wordt bijgetreden.

8. Ten slotte kan luidens artikel 65/15 van de wet van 24 december 1993, ook te dezen toepasselijk krachtens artikel 65/31, de schorsing worden bevolen zonder dat het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel nog is vereist. De hier besproken exceptie kan dus ook niet nuttig op deze schorsingsvoorwaarde worden betrokken, zoals ze in artikel 17, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State wordt bepaald voor de schorsing in het algemeen.

9. De exceptie wordt verworpen.

B. Exceptie van laattijdigheid

10. Uitgaande van de vaststelling dat de vordering, blijkens de poststempel, op 3 juli 2012 werd ingediend, en dus niet op 6 juli 2012 zoals in de nota verkeerdelijk werd aangenomen, doet de verwerende partij ter terechtzitting afstand van deze exceptie.

V. De schorsingsvoorwaarden

11. Overeenkomstig 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.

12. Te dezen is 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.

13. Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, de verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Overeenkomstig artikel 65/31 van de wet gelden voormelde bepalingen eveneens voor opdrachten die de Europese drempelwaarden niet bereiken.

14. 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. Ernstig middel

Derde middel

Uiteenzetting van het middel

15. De verzoekende partij roept de schending in van "artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, schending van artikel 65/4 en artikel 65/5 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder de formele en materiële motiveringsverplichting, het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, schending van het transparantiebeginsel;

Doordat de verwerende partij in de bestreden beslissing alsook in het gunningsverslag op geen enkele wijze afdoende motiveert hoe tot de puntenverdeling wordt gekomen voor de vijf gunningscriteria; dat zij zich beperkt tot het opsommen van een aantal punten dewelke worden opgenomen in een tabel; Terwijl de verwerende partij gehouden is haar beslissing tot toewijzing van de opdracht en in het bijzonder de keuze van de meest voordelige offerte afdoend te motiveren dermate dat de inschrijvers kennis kunnen krijgen van de motieven waarom hun offerte beter of slechter werden beoordeeld dan de offertes van de overige inschrijvers zodat achteraf elke inschrijver kan nagaan of de puntentoekenning rechtmatig is gebeurd; Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wetsbepalingen schendt".

In de toelichting bij het middel benadrukt de verzoekende partij dat de motivering afdoende dient te zijn en de bestuurde in staat moet stellen om te begrijpen op grond van welke feitelijke en juridische gegevens een beslissing is genomen en dat de teleurgestelde inschrijver uit de motivering zelf moet kunnen afleiden waarom de gekozen inschrijving voordeliger is bevonden dan de zijne, zonder dat hij kan worden verplicht om nogmaals verduidelijking te vragen. De verzoekende partij haalt rechtspraak van de Raad van State aan waarin wordt gesteld dat een loutere puntentoekenning niet volstaat als een toereikende motivering in een procedure van offerteaanvraag, dat aan de gegeven punten motieven ten grondslag moeten liggen, dat die motieven dienen zichtbaar te zijn onder de vorm van een beschrijvende evaluatie, doorgaans in woorden en dat alleszins duidelijk geweten moet 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. Volgens de verzoekende partij is te dezen allerm minst duidelijk waarom de offerte van de nv Lesuco beter werd bevonden dan de hare, dat uit de puntentoekenning immers niet kan worden afgeleid om welke redenen de gekozen offerte de voorkeur verdient, dat de haar toegekende lagere waarderingscijfers voor bepaalde gunningscriteria louter arbitrair zijn en daarvoor elke motivering in de bestreden beslissing ontbreekt,

zodat ook niet vaststaat dat de opdracht werd toegewezen aan de meest voordelige en regelmatige offerte.

Beoordeling

16. De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formele motiveringsplicht, zoals vereist door de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Overeenkomstig het eveneens ingeroepen artikel 65/4, 5°, van de wet van 24 december 1993 dient een aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op te stellen wanneer ze een opdracht gunt. Artikel 65/5, 7°, van dezelfde wet bepaalt dat deze gemotiveerde beslissing "de namen van de gekozen inschrijver en van de inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte" dient te bevatten.

17. 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. Zonder te moeten ingaan op de vraag of voormelde stelregels in dezelfde mate nageleefd moeten worden bij gunningscriteria die objectief kwantificeerbaar zijn, gelden ze in elk geval voor de beoordeling van kwalitatieve criteria, zoals te dezen onder meer het geval is met betrekking tot de "kwaliteit van materiaal en aanleg, esthetiek van de grasmatten".

18. De formele motiveringsplicht impliceert dat de motieven uit de bestreden beslissing zelf moeten blijken. Wel kan worden aangenomen dat aan de doelstelling van de formele motiveringsplicht om de betrokkene een zodanig inzicht te geven in de motieven van de beslissing dat hij met kennis van zaken kan uitmaken of het zinvol is de beslissing in rechte te bestrijden, is voldaan indien de betrokkene desgevallend langs een andere weg kennis heeft gekregen van de motieven waarop de beslissing is gesteund, ook al worden die motieven dan niet in de beslissing zelf veruitwendigd. Dit kan doordat de beslissing verwijst naar andere stukken.

Een dergelijke motivering door verwijzing dient evenwel aan bepaalde voorwaarden te voldoen. Vooreerst moet de inhoud van de stukken waarnaar wordt verwezen aan de betrokkene ter kennis zijn gebracht. Bovendien moeten de desbetreffende stukken zelf afdoende gemotiveerd zijn en mogen ze niet tegenstrijdig zijn. Ten slotte dienen de stukken in de uiteindelijke beslissing te worden bijgevalen door de beslissende overheid.

19. Te dezen bevat de bestreden beslissing, wat betreft de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria, voor elk perceel een samenvattende tabel met een overzicht van de scores per gunningscriterium voor elke offerte of variante, tabellen die ook zijn opgenomen in de gunningsverslagen bij het voorstel van gunning. Aangenomen wordt dat de bestreden beslissing voor de inhoudelijke beoordeling en rangschikking van de offertes steunt op de gunningsverslagen. Die verslagen zijn trouwens tezamen met de bestreden beslissing aan de verzoekende partij ter kennis gebracht.

Evenwel wordt vastgesteld dat de in de bestreden beslissing vermelde bijlagen "20120607_vergelijking_tekstueel.docx" en "20120605_vergelijking_kunst-grasvelden.xls", waarin klaarblijkelijk de scores per gunningscriterium worden toegelicht en die als dusdanig de beschrijvende evaluatie vormen, niet aan de verzoekende partij werden meegedeeld. Het

ontbreken van die kennisgeving wordt door de verwerende partij overigens niet ontkend.

Ten tijde van het instellen van de vordering had de verzoekende partij bijgevolg geen voldoende kennis van de motieven waarop de bestreden gunningsbeslissing steunt. De formele motiveringsplicht lijkt dan ook te zijn geschonden. Het feit dat die schending het gevolg is van het niet meedelen aan de verzoekende partij van voormelde bijlagen, impliceert niet dat het vastgestelde gebrek de regelmatigheid van de bestreden beslissing zelf niet aantast. De kennisgeving van die stukken was immers een noodzakelijke voorwaarde opdat de bestreden beslissing via verwijzing naar de vermelde bijlagen afdoende gemotiveerd zou zijn.

20. De formele motiveringwet van 29 juli 1991 noch de bepalingen van de wet van 24 december 1993 die een gemotiveerde gunningsbeslissing vereisen, leggen verplichtingen op aan de bestuurde. Het kan de verzoekende partij bijgevolg niet ten kwade worden geduid dat zij geen initiatief heeft genomen om de motieven van de niet-meegedeelde stukken te achterhalen, temeer omdat zij slechts over een korte termijn beschikte om een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te dienen.

De omstandigheid dat de verwerende partij na een schorsingsarrest ermee zou kunnen volstaan om opnieuw dezelfde beslissing te nemen en deze vervolgens volledig met alle bijlagen te betekenen, ontnemt de verzoekende partij niet haar belang bij het middel. Vooreerst weze herhaald dat de Raad van State bezwaarlijk kan vooruitlopen op de gevolgen die de aanbestedende overheid zal hechten aan een schorsing indien deze wordt bevolen. Bovendien zal de door de verwerende partij geschetste werkwijze, de verzoekende partij hoe dan ook de kans bieden zich tegen een gebeurlijk nieuwe beslissing in rechte te voorzien.

21. Het derde middel is ontvankelijk en ernstig.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen van 15 juni 2012 houdende de selectie van de nv Lesuco en waarbij wordt beslist om de opdracht voor de aanleg van een kunstgrasveld aan de Karel du Boislaan (district Hoboken) en aan het Armenstraatje (district Berendrecht-Zandvliet-Lillo), op basis van het bestek SW/OU/007154, te gunnen aan de nv Lesuco.

2. Dit arrest dient bij uittreksel te worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het bij uiterst dringende noodzakelijkheid geschorste besluit.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van negentien juli tweeduizend en twaalf, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Peter Sourbron,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Bart Tettelin,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bart Tettelin

Peter Sourbron