

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 220.839 van 2 oktober 2012
in de zaak A. 206.216/XII-7054**

In zake: de BVBA ARCHI RDBM ARCHITECTEN & ADVISEURS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE HULDENBERG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dany Socquet
kantoor houdend te 3080 Tervuren
Merenstraat 28
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 5 september 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van 26 juli 2012 vanwege het College van Burgemeester en Schepenen van de Gemeente Huldenberg [...] waarbij de overheidsopdracht voor aanneming van diensten voor het ontwerpen van een masterplan en haalbaarheidsstudie en het begeleiden van het bestuur voor het aanstellen van een ontwerper voor de nieuwbouw basisschool Sint-Agatha-Rode bij wege van een algemene offerteaanvraag werd gegund [aan de maatschap Grontmij-Lava] en niet aan RDBM Architecten & Adviseurs bvba”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 september 2012, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor verzoekende partij, en advocaat Dany Socquet, die verschijnt voor 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. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor aanneming van diensten, in de aankondiging genaamd “ontwerpen masterplan en haalbaarheidsstudie + aanstellen ontwerper nieuwbouw basisschool Sint-Agatha-Rode”.

De geraamde waarde van de opdracht is 200.000,01 euro btw niet inbegrepen.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 19 april 2012 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 24 april 2012 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Het bijzonder bestek 2011057 is op de opdracht van toepassing.

De opdracht wordt in artikel I.1 van het bestek nader omschreven als volgt:

“Voorwerp van deze diensten: ontwerpen masterplan en haalbaarheidsstudie + aanstellen ontwerper nieuwbouw basisschool Sint-Agatha-Rode.

Toelichting: Het masterplan vormt de basis voor een goed voorbereid scholenbouwdossier voor de basisschool te Sint-Agatha-Rode. De opdracht bestaat eruit om de problematiek correct te definiëren, de kansen en bedreigingen voor het project in kwestie af te lijnen, verschillende alternatieven te bieden en daarbij ook de financiële kant van alle opties tegenover elkaar af te wegen.

Aan de hand van het masterplan wordt een ontwerp, een uitvoeringsdossier opgesteld, aanbesteding en controle op de uitvoering voor het oprichten van de basisschool te Sint-Agatha-Rode.”

Artikel I.5 van het bestek betreft de kwalitatieve selectie en verwijst onder “technische bekwaamheid van de inschrijver - vereiste bewijsstukken (selectiecriteria)” naar:

“*Een lijst van de voornaamste gelijkaardige diensten uitgevoerd tijdens de laatste drie jaar.

*De studie- en beroepskwalificaties van de dienstverlener en/of van het ondernemingskader en, in het bijzonder, van de verantwoordelijke(n) voor de uitvoering van de diensten.”

Deze bewijsstukken worden ook gevraagd in punt III.2.30 “vakbekwaamheid” van de aankondiging.

Artikel I.10 van het bestek bepaalt de gunningscriteria als volgt:

“I.10 Gunningscriteria

Volgende criteria zijn van toepassing bij de gunning van de opdracht:

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Prijs	50

	<p>Regel van drie; Score offerte = (prijs laagste offerte/prijs offerte)* gewicht van het criterium prijs</p> <p>De opdracht wordt opgemaakt tegen globale prijs.</p> <p>Bij de opdracht wordt een raming gemaakt van de uren die voorzien worden per taak en de uurprijs per medewerker die wordt ingezet.</p> <p>Het ereloonpercentage wordt vergeleken tussen de kandidaten. De punten worden in dezelfde mathematische verhouding toegekend als de verhouding tussen de ereloonpercentages.</p>	
2	Inhoud en visie	10
	Het werkplan op vlak van tijdbesteding en budgettering. Plan van aanpak, te betrekken actoren, onderzoek en overzicht overlegmomenten. Visie en filosofie met betrekking tot scholenbouw	
3	Originaliteit en architecturale kwaliteit van de benadering	10
	Benadering van het project, benadering van de context: Inspiratiebronnen, prioriteiten, architecturale benadering a.d.h. van voorbeelden en reeds uitgevoerde werken	
4	Kwaliteit	30
	Een lijst van de werken uitgevoerd tijdens de laatste 3 jaar. Indien mogelijk ook gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering voor de belangrijkste werken.	

Aan elk criterium werd een gewicht toegekend. Op basis van de afweging van al deze criteria rekening houdende met het gewicht dat er aan werd toegekend, zal de opdracht gegund worden aan de volgens deze afweging voordeligste inschrijver.”

3.4. De offertes worden op 15 juli 2012 geopend. Er worden 9 offertes ingediend waaronder deze van verzoekende partij en van de maatschap Grontmij/Lava (hierna: Grontmij-Lava).

3.5. Het verslag van nazicht wordt opgesteld. Daarin worden alle inschrijvers geselecteerd en worden alle offertes regelmatig bevonden. De offertes worden vervolgens getoetst aan de gunningscriteria. Het vierde gunningscriterium “kwaliteit” wordt als volgt beoordeeld:

<p>Gunningscriterium nr. 4: Kwaliteit</p> <p>Beoordeling op 30 punten</p> <p>Een lijst van de werken uitgevoerd tijdens de laatste 3 jaar. Indien mogelijk ook gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering voor de belangrijkste werken.</p>		
	De kwaliteit wordt berekend aan de	30

2	Grontmij – Lava	hand van het aantal bijgevoegde attesten van goede uitvoering en het aantal uitgewerkte referenties op basis van scholenbouw. Grontmij heeft veertig attesten van goede uitvoering met allen zeer persoonlijke positieve commentaren.	
5	RDBM architecten en adviseurs bvba	De kwaliteit wordt berekend aan de hand van het aantal bijgevoegde attesten van goede uitvoering en het aantal uitgewerkte referenties op basis van scholenbouw.	7,7
3	Licence to Build Architects	De kwaliteit wordt berekend aan de hand van het aantal bijgevoegde attesten van goede uitvoering en het aantal uitgewerkte referenties op basis van scholenbouw.	6,1
9	MV2	De kwaliteit wordt berekend aan de hand van het aantal bijgevoegde attesten van goede uitvoering en het aantal uitgewerkte referenties op basis van scholenbouw.	6,1
4	Architektenbureau Maenhout	De kwaliteit wordt berekend aan de hand van het aantal bijgevoegde attesten van goede uitvoering en het aantal uitgewerkte referenties op basis van scholenbouw.	2
6	Brut Architecture And Urbain Design Bv cvba	De kwaliteit wordt berekend aan de hand van het aantal bijgevoegde attesten van goede uitvoering en het aantal uitgewerkte referenties op basis van scholenbouw.	2
1	WV architecten	De kwaliteit wordt berekend aan de hand van het aantal bijgevoegde attesten van goede uitvoering en het aantal uitgewerkte referenties op basis van scholenbouw.	1,7
7	Landzicht	De kwaliteit wordt berekend aan de hand van het aantal bijgevoegde attesten van goede uitvoering en het aantal uitgewerkte referenties op basis van scholenbouw.	1,4
8	Ir Architect Joris Kaïret	De kwaliteit wordt berekend aan de hand van het aantal bijgevoegde attesten van goede uitvoering en het aantal uitgewerkte referenties op basis van scholenbouw.	1,1

Dit leidt tot de volgende eindrangschikking:

Nr.	Naam	Score	Prijs excl. btw
2	Grontmij – Lava	73	€ 280.200,00
5	RDBM architecten en adviseurs bvba	59,542	€ 207.112,00
1	WV architecten	58,575	€ 173.000,00
9	MV2	57,295	€ 201.120,00
8	Ir Architect Joris Kaïret	53,965	€ 174.910,00
3	Licence to Build Architects	47,81	€ 283.625,22
6	Brut Architecture And Urbain Design Bv cvba	39,79	€ 252.410,00
7	Landzicht	39,3975	€ 239.050,00
4	Architektenbureau Maenhout	31,535	€ 268.497,94

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan Grontmij-Lava.

3.6. Op 26 juli 2012 keurt het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Huldenberg het verslag van nazicht goed en gunt de opdracht aan Grontmij-Lava.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. Te dezen is evenwel 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 beslissingen 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het eerste en tweede onderdeel van het enig middel

Standpunt van de partijen

5.1. In een enig middel roept verzoekende partij de schending in van “art[ikel] 16 [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)], op zichzelf genomen en richtlijnconform geïnterpreteerd, art[ikel] 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 (hierna: het koninklijk besluit van 8 januari 1996)], op zichzelf genomen en richtlijnconform geïnterpreteerd, het Europeesrechtelijk niet-discriminatie- en transparantiebeginsel, het zorgvuldigheids- en vertrouwensbeginsel en het *patere legem*-beginsel als beginselen van behoorlijk bestuur”, alsook “de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag”,

“Doordat, de aanbestedende dienst bij het beoordelen van de offertes aan de hand van het vierde gunningscriterium inzake ‘kwaliteit’ is overgegaan tot

het beoordelen van het bij de offerte gevoegde aantal uitgewerkte referentieprojecten op basis van scholengebouwen en attesten van goede uitvoering, waarbij in hoofde van de gekozen inschrijver de reden voor een gunstigere beoordeling in vergelijking met de beschrijvende analyse van de beoordeling voor de andere inschrijvers werd neergelegd in de omstandigheid dat zij ‘veertig attesten van goede uitvoering met allen zeer persoonlijke positieve commentaren’ heeft bijgebracht.”

Het middel wordt vervolgens uitgewerkt in vier onderdelen waarvan de eerste twee de volgende strekking hebben.

5.2. In het eerste onderdeel stelt verzoekende partij dat in het bestek het gunningscriterium “kwaliteit” werd beschreven aan de hand van de bewijsmiddelen die de inschrijvers zouden moeten voorleggen bij het indienen van de offerte, namelijk “[e]en lijst van werken uitgevoerd tijdens de laatste drie jaar. Indien mogelijk ook gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering voor de belangrijkste werken”. “[N]aar aanleiding van de beoordeling van de offertes en derhalve na de opening ervan [werd] een volstrekt andere draagwijdte en betekenis aan dit gunningscriterium [...] gehecht, met miskenning van de gerechtvaardigde verwachtingen van verzoekende partij op grond van het bestek, door het gunningscriterium plots als zuiver kwantitatief criterium te beschouwen en te beoordelen aan de hand van het aantal bij de offerte gevoegde referenties voor de bouw van schoolgebouwen met determinerend karakter voor het aantal bij de offerte gevoegde attesten van goede uitvoering, waarvan het voegen slechts als facultatief werd aangegeven in het bestek.”

Zij meent dat hierdoor minstens reeds het vertrouwensbeginsel is geschonden “doordat de inschrijvers op grond van de in het bestek gegeven omschrijving gerechtigd waren uit te gaan van de omstandigheid dat het aantal getuigschrift[en] van goede uitvoering op zich geen maatstaf doch een middel van beoordeling zou uitmaken, waarvan het voegen overigens facultatief werd voorgeschreven”. Verder heeft verwerende partij, zo vervolgt verzoekende partij, hiermee de draagwijdte van het gunningscriterium gewijzigd na de opening der offertes en met schending van de zichzelf krachtens het bestek opgelegde regels inzake de te hanteren gunningscriteria en dit, in strijd met het *patere legem* en

zorgvuldigheidsbeginsel. Op die manier werd het vierde gunningscriterium van zijn werkelijke betekenis gedenatureerd.

5.3. In het tweede onderdeel werpt verzoekende partij op dat artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 voorziet in de vaststelling van gunningscriteria ter beoordeling van de offertes, “waarbij deze gunningscriteria een maatstaf van beoordeling uitmaken voor de inhoud van de offerte voor zover betrokken op het voorwerp van de opdracht”. Er dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de selectiecriteria, die de kandidaten of inschrijvers betreffen, onder meer inzake hun bekwaamheid, enerzijds, en de gunningscriteria, die de intrinsieke waarde van de offerte betreffen, anderzijds. Uit het onderscheid tussen selectie- en gunningscriteria volgt dat bij de beoordeling van de bekwaamheid van de inschrijver enkel rekening mag worden gehouden met de kwaliteiten van de inschrijver zelf, terwijl bij de beoordeling van de voordeligste offerte enkel rekening mag worden gehouden met de kwaliteit van het aangeboden in de offerte. “Criteria die peilen naar ervaring van de inschrijver en de voorgelegde referenties betreffende de scholenbouw, evenals naar het aantal attesten van goede uitvoering die door de inschrijvers kunnen worde[n] voorgelegd, peilen naar de kwaliteiten van deze inschrijver zelf, en [kunnen] derhalve niet als gunningscriteria in de zin van art. 115 K.B. 08.01.1996 [...] worden beschouwd.” Het vierde criterium werd aldus op onwettige wijze toegepast ter beoordeling van de inhoud van de offertes en is een verkapt selectiecriterium.

Verzoekende partij erkent dat bij wijze van uitzondering binnen bepaalde dienstenopdrachten kan worden aanvaard dat de specificiteit van de opdracht toelaat dat wordt gepeild naar de persoon van de ontwerper en zijn ervaring als gunningscriterium, voor zover dit in de gunningsbeslissing of het bestek uitdrukkelijk wordt aangegeven. De aanbestedende overheid draagt dan de bewijslast dat zij een dergelijk criterium in het licht van de specificiteit van de opdracht, tegen de algemene regel in, als gunningscriterium kon hanteren. Zij moet aantonen dat het criterium dat specifiek de ervaring betreft in de gunningsfase geen dubbel gebruik uitmaakt met hetgeen reeds naar aanleiding van de selectie

werd gecontroleerd en een andere finaliteit nastreeft. Zij meent dat het niet aan de Raad van State toekomt in de plaats van de aanbestedende overheid en aan de hand van een administratief dossier na te gaan of de opdracht wel de vereiste specificiteit en bijzondere expertise vereiste van de inschrijver ten aanzien van reguliere opdrachten in de sector. Ook merkt zij op dat “te dezen niet eens een invulling wordt gegeven aan het vierde gunningscriterium waarmee de daadwerkelijke inzet van hoogwaardig geschoold personeel omwille van het hoogtechnisch karakter van de opdracht wordt geverifieerd, doch het aantal attesten van goede uitvoering en het aantal uitgewerkte referenties als zuivere drempels inzake bekwaamheid van de inschrijvers bij andere uitgevoerde opdrachten wordt nagegaan”. Ten slotte betoogt zij dat evenmin uit het bestek en het administratief dossier blijkt dat “de voorliggende opdracht danig specifiek en complex is dat de inhoudelijke kwaliteit van de uitvoering samenhangt met de inzet van welbepaalde gespecialiseerde dienstverleners, wiens hoedanigheid ter zake doorslaggevend is”, en dat betreffende de technische bekwaamheid reeds binnen de kwalitatieve selectiefase het voorleggen van een lijst met de voornaamste referenties voor gelijkaardige opdrachten gedurende 3 jaar werd opgelegd, “waardoor het bestuur indien zij het aantal in rekening wenste te brengen ter zake een bepaald prestatieniveau had dienen te integreren in de selectiefase”.

Indien het voorgaande de vaststelling van het bestek betreft, wijst verzoekende partij er nog op dat het haar toegelaten is op ontvankelijke wijze middelen te putten uit de onwettigheid van een daadwerkelijke voorbeslissing met rechtsgevolgen (zoals het bestek) naar aanleiding van de procedure gericht tegen de finale gunningsbeslissing, en dat inschrijvers op grond van het bestek redelijkerwijze niet dienden te weten dat hun offerte aan de hand van een verkapt selectiecriterium zou worden beoordeeld, “nu zij de opgave van referenties en getuigschriften van goede uitvoering hoogstens als bewijsmiddelen konden interpreteren die de aanbestedende overheid moesten toestaan het gunningscriterium van de kwaliteit te beoordelen”. Er is dan ook geenszins sprake, aldus verzoekende partij, van enige vorm van risicoaanvaarding in haren hoofde.

6. Verwerende partij benadrukt in de eerste plaats dat in het bestek onder punt I.12 “Keuze van offerte” duidelijk wordt bepaald dat door de indiening van zijn offerte de inschrijver al de clausules van het bestek aanvaardt. Zij wijst erop dat verzoekende partij de aanbestedende overheid niet schriftelijk of anderszins op de hoogte heeft gebracht van enige onduidelijkheid of onwettigheid in het bestek en inzonderheid in de gunningscriteria vóór de opening der offertes maar daarentegen, ondanks de volgens haar onwettige gunningscriteria, toch een offerte indiende.

Zij wijst er verder op dat het een opdracht betreft voor het opmaken van een ontwerp alsmede de opvolging van de werken voor het project van de school te Sint-Agatha-Rode, en dat voor de beoordeling van deze complexe opdracht de voorgaanden van de inschrijvers van cruciaal belang zijn. Daarom werd bij de beoordeling van de technische bekwaamheid gevraagd om een lijst bij de offerte te voegen van de voornaamste gelijkaardige diensten zoals deze werden uitgevoerd door de inschrijver tijdens de laatste drie jaar. Dit geeft een beeld omtrent de technische bekwaamheid van de inschrijver naar het betrokken project toe, uiteraard samen met de gevraagde informatie omtrent de studie- en beroepskwalificaties van de dienstverlener. Dit neemt echter niet weg dat het verwerende partij “toegelaten was om, juist gelet op de aard en de complexiteit van de opdracht, ook de uitgevoerde werken, indien mogelijk gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering voor de belangrijkste werken, te weerhouden als gunningscriterium”. Aldus, zo vervolgt zij, is het niet uit te sluiten dat ervaring en referenties hier een gunningscriterium kunnen uitmaken. De opdracht omvat immers de redactie van het architecturaal ontwerp, zoals verder omschreven in het bestek en legt strikte termijnen op met betrekking tot de uitvoering van de opdracht. De goede uitvoering vereist aldus volgens verwerende partij “een bijzondere ervaring [...] die enkel kan worden beoordeeld door het bijbrengen van gegevens waaruit dient te blijken dat de vorige besturen waar de inschrijvers gelijkaardige opdrachten hebben uitgevoerd wel degelijk zeer tevreden waren van de betrokken inschrijvers”. De ontwerper-coördinator is immers de spil van de volledige opdracht en niet alleen het ontwerp dient feilloos te zijn maar ook de

opvolging van de bouwwerf is een complex gebeuren waarbij tientallen facetten dienen te worden opgevolgd en gecoördineerd en waarbij uitvoeringsmethodes continu dienen te worden bijgestuurd. Verwerende partij moet er aldus zeker van kunnen zijn “dat de aangestelde ontwerper diegene is die, volgens de gegevens waarover de overheid kan beschikken op het ogenblik van de gunning van de opdracht, het best gekwalificeerd is om de opdracht uit te oefenen”, doch ook “dat de ingediende offerte wel degelijk de voordeligst offerte is op grond van de vooropgestelde gunningscriteria rekening houdende met de in het bestek omschreven moeilijkheidsgraad van de opdracht”. Zij wijst er verder nog op dat de vraag van de vermenging van de criteria zich voornamelijk stelt inzake opdrachten voor diensten “omdat het inderdaad zeer moeilijk is om een duidelijk onderscheid te maken tussen de selectie- en gunningscriteria in het kader van diensten en dan voornamelijk diensten verstrekt door vrije beroepen; immers, zeer dikwijls weet men niet op voorhand wat deze prestaties zullen inhouden en is het moeilijk om te weten welke de kwaliteit van de prestaties zal zijn zonder reeds een begin van uitvoering van de opdracht te vragen; dit is zeker het geval in architectuuropdrachten”. Verwerende partij besluit dat het haar “wel degelijk toegelaten [was] om de ‘kwaliteit’ als gunningscriterium aan te wenden”.

Wat betreft de grief dat het aantal bijgebrachte attesten hierbij niet bepalend mocht zijn, benadrukt verwerende partij dat in het bestek op dit punt uitdrukkelijk is gesteld dat “de kwaliteit wordt beoordeeld op basis van een lijst van de werken uitgevoerd tijdens de laatste 3 jaar, waarbij deze kwaliteit indien mogelijk kan worden gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering voor de belangrijkste werken, waarbij geen tijdsduurbepanking wordt aangegeven”. Zij stelt dat zij de kwaliteit van de inschrijving beoordeelde op basis van de stukken waarover zij beschikte, enerzijds het totaal aantal getuigschriften van goede uitvoering per inschrijver, anderzijds het totaal aantal uitgewerkte referentieprojecten met betrekking tot scholenbouw. Zij heeft dit volgens haar nota als volgt gedaan:

	Scholen	Punten aantal ref scholen	Aantal getuigschr.	Punten getuig-	Totaal punten
--	---------	------------------------------	-----------------------	-------------------	------------------

				schrift	
Licence to build	9	12	0	0	6.1
Grondmij	22	30	40	30	30
MV2	4	5	9	6.75	6.1
Brut	3	4	0	0	2.0
RDBM	8	11	6	4.5	7.7
Kairet	1	1	1	0.75	1.1
WV	2	3	1	0.75	1.7
Landzicht	2	3	0	0	1.4
Jan Maenhout	3	4	0	0	2.0

Door het gunningscriterium aldus in te vullen kon verwerende partij naar eigen zeggen op een objectieve basis oordelen dat er méér punten dienden te worden toegekend aan Grontmij-Lava dan aan verzoekende partij die er zich toe beperkt heeft om enkel zes getuigschriften bij haar inschrijving te voegen. Het was ook voor iedere inschrijver duidelijk dat het gunningscriterium “kwaliteit” zou worden beoordeeld op basis van de door de inschrijver bij zijn inschrijving gevoegde stukken met inbegrip van de getuigschriften van goede uitvoering voor de belangrijkste werken. Verzoekende partij toont, aldus verwerende partij, geenszins aan dat het haar niet mogelijk was om zulke getuigschriften bij te brengen.

Ten slotte merkt verwerende partij op dat het de aanbestedende overheid is toegelaten om de eindbeslissing te motiveren door te verwijzen naar het aanbestedingsdossier.

Beoordeling

7. Artikel 16 van de wet van 24 december 1993 bepaalt dat bij algemene of beperkte offerteaanvraag de opdracht toegewezen dient te worden aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria die in het bestek moeten zijn vermeld, of eventueel in de aankondiging van de opdracht. Overeenkomstig deze bepaling moeten de gunningscriteria betrekking hebben op het onderwerp van de opdracht.

Artikel 115 van het 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.

De kritiek van verzoekende partij betreft de beoordeling van het vierde gunningscriterium “kwaliteit”, dat in het bestek een weging kreeg van 30 op 100 punten en omschreven werd als “[e]en lijst van de werken uitgevoerd tijdens de laatste 3 jaar[, i]ndien mogelijk ook gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering voor de belangrijkste werken”.

8. In het eerste onderdeel wordt in essentie aangevoerd dat, door de beoordeling aan de hand van het aantal bij de offerte gevoegde referenties voor de bouw van schoolgebouwen met determinerend karakter voor het aantal bij de offerte gevoegde attesten van goede uitvoering, de draagwijdte van dit vierde gunningscriterium werd gewijzigd en het werd gedenatureerd tot een zuiver kwantitatief criterium dat niet langer betrekking heeft op het voorwerp van de opdracht.

In het tweede onderdeel wordt in essentie aangevoerd dat het vierde gunningscriterium op onwettige wijze werd toegepast nu er sprake is van een verkapt selectiecriterium.

9.1. Wat het eerste onderdeel betreft wijst de Raad van State erop dat de door een aanbestedende overheid vastgestelde gunningscriteria verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht, dat ze de aanbestedende overheid geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid mogen geven, dat ze uitdrukkelijk moeten zijn vermeld in het bestek of in de aankondiging van de opdracht en dat ze de fundamentele beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie moeten eerbiedigen.

Dit betekent meer in het bijzonder dat de gunningscriteria in het bestek of de aankondiging zodanig moeten zijn geformuleerd dat alle redelijk

geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren.

9.2. Uit de in de nota opgenomen tabel blijkt dat het vierde gunningscriterium uitsluitend is beoordeeld aan de hand van het aantal uitgewerkte scholenreferenties en het aantal getuigschriften, elk op 30 punten, resultaat dat vervolgens werd herleid tot 30 punten. In het verslag van nazicht wordt bij elke toegekende score eveneens vermeld dat “de kwaliteit wordt berekend aan de hand van het aantal bijgevoegde attesten van goede uitvoering en het aantal uitgewerkte referenties op basis van scholenbouw”. Bij de gekozen inschrijver wordt bijkomend vermeld “Grontmij heeft veertig attesten van goede uitvoering met allen zeer persoonlijke positieve commentaren”.

Aldus lijkt de score bepaald door het aantal voorgelegde referenties scholenbouw zonder dat de inhoudelijke kwaliteit ervan lijkt te zijn nagegaan en door het aantal voorgelegde attesten, waarbij voor de gekozen inschrijver volgens het verslag van nazicht ook gekeken lijkt te zijn naar de inhoud maar niet uit het dossier blijkt dat verwerende partij gekeken heeft naar de “belangrijkheid” van de werken.

Er lijkt dus een draagwijdte te zijn gegeven aan het bestek die niet voorzienbaar was, nu in het kader van een gunningscriterium “kwaliteit” redelijkerwijze kan worden verwacht dat de kwaliteit van de werken, uitgevoerd de laatste drie jaar, inhoudelijk wordt beoordeeld; ook wat de voorgelegde attesten betreft lijkt in het licht van het bestek bezwaarlijk verwacht te kunnen worden dat het aantal een criterium op zich is nu in het bestek enkel wordt gevraagd dat deze referenties “indien mogelijk” zijn gestaafd door attesten van goede uitvoering “van de belangrijkste werken”.

Het eerste onderdeel is ernstig.

10.1. Wat het tweede onderdeel betreft dient te worden opgemerkt dat het aantal referenties en attesten van goede uitvoering wordt gebruikt als beoordelingscriterium. Criteria als “referenties” of “ervaring in de sector” betreffen niet de intrinsieke waarde van de offerte en strekken er dus niet toe om de voordeligste aanbieding vast te stellen, maar betreffen daarentegen de geschiktheid van de inschrijvers om de betrokken opdracht uit te voeren. Ze zijn dienvolgens in beginsel geen gunningscriteria maar selectiecriteria.

Het valt weliswaar niet uit te sluiten dat ervaring en referenties toch een gunningscriterium uitmaken, doch enkel indien daardoor de intrinsieke kwaliteit van de offertes in het licht van de specificiteit van de opdracht op differentiërende wijze kan worden aangetoond, wat bij een opdracht voor aanneming van diensten het geval kan zijn. In dergelijk geval wordt evenwel van de aanbestedende overheid verwacht dat zij zulks aantoont of dat duidelijk uit de dossierstukken blijkt dat aan deze voorwaarden is voldaan.

10.2. Het enkele feit dat het gaat om een opdracht van diensten lijkt daartoe niet te volstaan, nu vereist is dat deze ervaring of referenties de intrinsieke kwaliteit in het licht van de specificiteit van de opdracht op differentiërende wijze kunnen aantonen.

Ook het enkele feit dat het gaat om een architectuuropdracht lijkt daarvoor niet te volstaan. In de mate dat verwerende partij de specificiteit van een ontwerper-coördinator benadrukt, toont zij in ieder geval niet voldoende concreet en specifiek aan waarom om die reden, bij wijze van uitzondering, toch verwezen kan worden naar ervaring en waarom het selectiecriterium technische bekwaamheid desgevallend met bepaalde minimumeisen niet kon volstaan. Dit lijkt des te meer te gelden nu hier eerder de algemene ervaring van de inschrijver en niet de ervaring van bepaalde uitvoerders van de inschrijver wordt beoordeeld.

Uit het bestek of de andere stukken van het dossier blijkt verder niet *prima facie* dat de voorliggende opdracht van een dergelijke bijzondere aard

was dat de kwaliteit van de offertes zou moeten worden beoordeeld aan de hand van aantallen referenties en attesten van goede uitvoering.

In de huidige stand van het geding wordt dan ook niet aangetoond dat dit criterium, zoals het in wezen werd beoordeeld, kan worden beschouwd als een gunningscriterium en niet veeleer een selectiecriterium is.

10.3. In de mate dat verwerende partij opmerkt dat het verzoekende partij thans niet is toegelaten ontvankelijke kritiek uit te oefenen op een besteksbepaling omdat zij dit niet eerder heeft gedaan, wordt deze opmerking verworpen. Conform het arrest van de algemene vergadering van de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, nr. 152.173 van 2 december 2005 inzake nv Labonorm mag verzoekende partij onrechtmatigheden die zij aan een besteksbepaling verwijt, op ontvankelijke wijze inroepen tegen de gunningsbeslissing.

10.4. Het tweede onderdeel is ernstig.

11. Verzoekende partij geeft niet aan welk bijkomend voordeel zij zou putten uit de schorsing van de tenuitvoerlegging van de impliciete beslissing om de opdracht niet aan haar te gunnen. Haar belang lijkt door de hierna bevolen schorsing van de gunningsbeslissing voldoende te zijn gevrijwaard.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van het besluit van 26 juli 2012 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Huldenberg om de opdracht “ontwerpen masterplan en haalbaarheidstudie + aanstellen ontwerper nieuwbouw basisschool Sint-Agatha-Rode” te gunnen aan de maatschap Grontmij-Lava.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 2 oktober 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra