

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.139 van 18 januari 2013
in de zaak A. 207.359/XII-7178**

In zake: de NV F. SCHEERLINCK & C°
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Van Wesemael
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 137/1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD LEUVEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bert Beelen
kantoor houdend te 3000 Leuven
Justus Lipsiusstraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 december 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit dd. 23 november 2012 van het College van Burgemeester en Schepenen van de stad Leuven waarbij de overheidsopdracht bij wege van algemene offerte-aanvraag voor de aanleg van een kunstgrasveld met verlichting op het Ymeria-stadion in Wijgmaal wordt gegund aan de firma Lesuco en niet aan [de nv F. Scheerlinck & Co]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 januari 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Caroline De Mulder, die loco advocaat Philippe Van Wesemael verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Ellen Vandensande, die loco advocaat Bert Beelen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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 Leuven schrijft een opdracht uit voor de aanleg van een voetbalveld in kunstgras te Wijgmaal (Leuven). Het betreft een aanneming van werken die wordt gegund via de procedure van een algemene offerteaanvraag.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek “Ymeriastadion Wijgmaal- Aanleg van een voetbalveld in kunstgras”.

In het bestek worden volgende gunningscriteria bepaald:

“5. Gunningscriteria (KB 08.01.1996 art 115 B)

De gunningscriteria waarmee rekening gehouden wordt bij het toewijzen van de opdracht, zijn – met vermelding van de wegingcoëfficiënten (C) – in %:

1. Technische waarden, beoordeling van de kwaliteit van shockpad en kunstgras	45 punten
2. Technische waarden, beoordeling van de kwaliteit van de verlichting	5 punten
3. Prijs volgens de bedragen van de offerte, pro rata	30 punten
4. Waarborg: aard en duur van de garantie / garantie-	10 punten

periode op de uitgevoerde werken	
5. Het voorgestelde onderhoudscontract - machine	10 punten
-----	-----
Totaal:	100 punten”.

Het bestek staat de inschrijvers toe om één “vrije variante” in te dienen.

3.3. Op 23 oktober 2012 vindt de openingszitting van de offertes plaats. Zes inschrijvers, waaronder verzoekende partij en de gekozen inschrijver dienen offertes in.

3.4. Op 6 november 2012 wordt een verslag van nazicht van de offertes opgesteld. In dat verslag wordt vermeld:

“Enkele firma’s stellen meer dan één variante en suggesties/opties voor daar waar duidelijk vermeld werd in Deel I-6 dat het voorstellen van slechts 1 vrije variant toegestaan is. Om een eerlijke vergelijking te kunnen maken met de firma’s die, zoals gevraagd, slechts 1 variante voorstelden, zullen van elke firma de basisofferte en de eerste variante worden vergeleken. De variant van de firma Estate & Landscape Management (nr. 6) stelt een mat voor zonder shockpad daar waar het bestek duidelijk aangeeft dat een kunstgrasveld met shockpad wordt gevraagd. Deze variante wordt dan ook niet weerhouden”.

Na hun selectie en vergelijking van hun offertes aan de hand van de gunningscriteria worden de inschrijvers als volgt gerangschikt:

Nr.	Naam	Score	Prijs excl. btw
2	Lesuco nv variant	88	€ 521.899,77
4	F. Scheerlinck NV variant	81	€ 443.492,07
3	F. Scheerlinck NV	80	€ 455.740,12
7	De Ceuster nv basis	78	€ 445.445,87
1	Lesuco nv basis	76	€ 459.917,72
5	Sportinfrabouw nv basis	74	€ 461.289,15
8	Krinkels nv basis	74	€ 517.494,81
9	Krinkels nv variante	72	€ 448.460,91
6	Sportinfrabouw nv variant	65	€ 446.443,15

3.5. Op 23 november 2012 beslist het college van burgemeester en schepenen op grond van het gunningsverslag van 6 november 2012 de opdracht te gunnen aan de nv Lesuco, en wel met volgende motivering:

“Het college neemt kennis van het verslag van 6 november 2012 van de directeur sport en van het gunstig advies van de stadsontvanger in verband met de aanleg van een kunstgrasveld met verlichting op het Ymeriastadion in Wijgmaal en beslist [...]”.

3.6. Bij aangetekend schrijven van 29 november 2012 wordt verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat de opdracht gegund werd aan een andere inschrijver en wordt als bijlage tevens het gunningsverslag meegedeeld.

3.7. Bij aangetekend schrijven van 6 december 2012 vraagt de raadsman van verzoekende partij een kopie van de gemotiveerde gunningsbeslissing.

De gunningsbeslissing van 23 november 2012 van het college van burgemeester en schepenen wordt per e-mail van 13 december 2012 en aangetekend schrijven van dezelfde datum aan verzoekende partij bezorgd.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4.1. 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 vernietiging 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 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.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. 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, uit de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, uit de schending van de artikelen 65/4 en 65/5 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en uit de schending van de materiële motiveringsplicht, het transparantie-, gelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

“Doordat 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 en doordat

zij zich integendeel beperkt tot het opsommen van een aantal punten die worden opgenomen in een tabel, terwijl de verwerende partij ertoe gehouden is haar beslissing tot toewijzing van de opdracht en in het bijzonder de keuze van de meest voordelige offerte afdoende te motiveren dermate dat inschrijvers kennis kunnen krijgen van de motieven waarom hun offerte beter of slechter werd beoordeeld dan de offertes van de overige inschrijvers zodat achteraf elke inschrijver kan nagaan of de puntentoekenning rechtmatig is gebeurd”.

Bij wijze van voorbeeld verwijst zij “naar het tweede gunningscriterium waar de gekozen offerte van de nv Lesuco een score van 5 punten krijgt en die van verzoekster 4 punten, zonder dat hiervoor ook maar enige motivering wordt gegeven”. Hetzelfde geldt volgens verzoekende partij voor het vierde en vijfde gunningscriterium.

Met betrekking tot het eerste gunningscriterium “technische waarden” heeft verwerende partij, zonder dit in het bestek kenbaar te maken, zes technische kenmerken van een kunstgrasmat in aanmerking genomen en deze gequoteerd op tien. Zo creëert verwerende partij zes subcriteria zodat de motivering van de bestreden beslissing omstandiger had moeten zijn. Ook de shockpad wordt gequoteerd al naargelang het een open (7 punten) dan wel gesloten (10 punten) celstructuur betreft. In het bestek wordt geen enkele indicatie gegeven dat er meer punten kunnen worden verdiend naar gelang een open of gesloten celstructuur wordt aangeboden. Nochtans wordt in het gunningsverslag voor de laatste vorm 3 punten meer toegekend. Het bestek bevat ook geen minimumvereiste voor de shockpad.

Zij betoogt nog dat de bestreden gunningsbeslissing “gewoonweg niets” bevat, dan de vermelding dat verwerende partij “kennis heeft genomen” van “het verslag van 6 november 2012 van de directeur sport”. Ook dit verslag bevat echter evenmin enige beschrijvende evaluatie van de offertes aan de hand van de gunningscriteria.

Beoordeling

6. De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formele motiveringsverplichting die verzoekende partij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, 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 voornoemde 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.

In een procedure van offerteaanvraag is een loutere puntentoekenning geen afdoende motivering: aan de puntentoekenning 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 zijn geweten waarom aan de offertes een bepaald aantal punten worden toegekend, zodat achteraf elke inschrijver kan nagaan of de puntentoekenning rechtmatig is gebeurd.

Een motivering door verwijzing naar andere stukken is een afdoende motivering indien de inhoud van het stuk waarnaar wordt verwezen aan de bestuurde ter kennis is gebracht, dit stuk zelf afdoende gemotiveerd is, de daarin vervatte voorstellen of adviezen in de uiteindelijke beslissing worden bijgevalen, en er geen tegenstrijdige adviezen zijn.

7. In deze zaak lijken het eerste en tweede gunningscriterium inzake de technische waarden, namelijk beoordeling van de kwaliteit van shockpad, kunstgras en verlichting en het vierde en vijfde gunningscriterium dat

onder meer betrekking heeft op de inhoud van de garantie en op het onderhoudscontract, in beginsel bij uitstek kwalitatief inhoudelijke gunningscriteria. De aard van die criteria lijkt er dan ook toe te leiden dat in beginsel een loutere puntentoekenning niet mag volstaan als afdoende motivering.

De hiervoor aangehaalde bestreden beslissing verwijst slechts op algemene wijze naar het verslag van 6 november 2012 van de directeur sport zonder dat er in de bestreden beslissing nog een andere motivering voor de keuze van de offerte van de nv Lesuco wordt weergegeven.

Als bijlage bij de kennisgeving aan verzoekende partij wordt een kopie van het voornoemde gunningsverslag bezorgd. In het gunningsverslag wordt voor elk gunningscriterium een tabel weergegeven met de ingediende offertes en de toegekende puntenscore per gunningscriterium voor elke offerte. Voor de beoordeling van elk gunningscriterium wordt voor het overige vermeld: “zie bijlage”. Tevens wordt bij de kennisgeving aan verzoekende partij een document gevoegd met een beoordeling van verschillende gunningscriteria, waarbij enige toelichting wordt gegeven bij de toegekende punten per gunningscriterium. Er wordt onder meer uiteengezet hoe de punten per gunningscriterium nader werden onderverdeeld en welke punten per onderdeel werden behaald. Deze beoordeling heeft echter enkel betrekking op de offerte van verzoekende partij.

Uit het administratief dossier lijkt weliswaar te kunnen worden afgeleid dat de puntentabellen opgenomen in het gunningsverslag het resultaat zijn van afzonderlijke beoordelingstabellen waarin de offertes van de verschillende inschrijvers per gunningscriterium worden vergeleken en gequoteerd en die verwerende partij ook in haar nota als onderdeel van haar verweer weergeeft.

Deze beoordelingstabellen lijken echter op het eerste gezicht niet te zijn meegedeeld aan verzoekende partij, behalve voor de beoordeling van haar eigen offerte, zodat zij hiervan geen kennis kreeg vóór het indienen van haar verzoekschrift.

Door dit alles wist verzoekende partij wel wat de beoordelingsmethode was en welke scores door haar eigen offerte werden behaald

op elk van de beoordeelde elementen binnen elk gunningscriterium, alsook hoe de score voor elk van deze elementen werd verkregen. Zij wist echter niet hoe de offertes van de overige inschrijvers, waaronder deze van de nv Lesuco, werden beoordeeld voor elk van deze elementen en waarom de offerte van de nv Lesuco meer punten verdiende dan de andere offertes. Wat de overige offertes betreft ontbreekt toelichting bij de puntentoekenning. Nochtans bepaalt artikel 65/5, 7°, van de wet van 24 december 1993 uitdrukkelijk dat de gemotiveerde beslissing “de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte” dient te bevatten. Verzoekende partij leek aldus niet in de mogelijkheid om de gedane beoordeling op haar waarde te schatten.

Het niet meedelen van stukken die motieven bevatten die gekend moeten zijn om de bestreden beslissing te begrijpen lijkt op het eerste gezicht als een schending van de formele motiveringsplicht te moeten worden aangemerkt, aangezien daardoor het doel van de voormelde wet van 29 juli 1991 niet werd bereikt.

Dat doel lijkt voorts uit te sluiten dat verzoekende partij vrede zou moeten nemen met de mededeling van de motieven via de neerlegging van het administratief dossier nadat verzoekende partij reeds een verzoekschrift houdende vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing indiende bij de Raad van State.

Het middel is in die mate ernstig.

B. Derde middel

Uiteenzetting

8. Verzoekende partij put een derde 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, uit de schending van artikel 60 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, uit de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, uit

de schending van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, en uit de schending van de materiële motiveringsverplichting en het transparantie-, het gelijkheids-, het redelijkheids-, en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

“Doordat verwerende partij in het evaluatieverslag van 6 november 2012 stelt dat enkele inschrijvers meer dan één variëte hebben ingediend, daar waar het bestek duidelijk voorschreef dat slechts één vrije variant was toegestaan en doordat hieraan wordt toegevoegd dat ‘om een eerlijke vergelijking te kunnen maken met de firma’s die, zoals gevraagd, slechts één variëte voorstelden, van elke firma de basisofferte en de eerste variëte worden vergeleken’; terwijl het bestek uitdrukkelijk voorschreef dat slechts één variëte mocht worden ingediend en terwijl verwerende partij voorts helemaal niet verduidelijkt wat zij verstaat onder de ‘eerste variëte’ van de inschrijvers die meerdere varianten hebben voorgesteld”.

Verzoekende partij wijst er ook op dat “los van de vraag of het indienen van meerdere varianten in strijd met de bepalingen van het bestek niet beschouwd moet worden als een substantiële onregelmatigheid die moet leiden tot het weren van de basisofferte en de varianten”, verwerende partij “op arbitraire wijze heeft bepaald welke van de meerdere ingediende varianten van die inschrijvers werden behouden”.

In de mate dat het slechts om een relatieve onregelmatigheid zou gaan, moest verwerende partij minstens motiveren waarom de offertes van die inschrijvers alsnog in aanmerking werden genomen.

Beoordeling

9. Artikel 16 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ bepaalt:

“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. De gunningscriteria moeten betrekking hebben op het onderwerp van de opdracht, bijvoorbeeld de kwaliteit van de producten of prestaties, de prijs, de technische waarde, het esthetisch en functioneel karakter, de milieukeurmerken, sociale en ethische overwegingen, de kosten van het gebruik, de rentabiliteit, de dienst naverkoop en de technische bijstand, de leveringsdatum en de termijn van levering of uitvoering.

Behalve wanneer het bestek hierover anders beschikt, kan de aanbestedende overheid de eventuele vrije varianten in overweging nemen die door de inschrijvers voorgesteld werden. Deze moeten de minimumvoorwaarden vervullen die in het bestek vermeld staan en aan de voor hun indiening gestelde eisen voldoen”.

Artikel 16 van de wet bepaalt dus uitdrukkelijk dat de vrije varianten die door de inschrijvers worden ingediend moeten voldoen aan de voor hun indiening gestelde eisen.

10. Te dezen bepaalt het bestek op bladzijde 4:

“6. Vrije varianten

Het is de inschrijvers toegestaan 1 vrije variatie voor te stellen, mits deze voldoet aan de minimum eisen van het bestek. Een vrije variant mag echter in geen geval de wijziging van reglementaire en contractuele bepalingen tot gevolg hebben. Voor de vrije variatie dient eveneens laborrapport bijgevoegd waaruit blijkt dat combinatie shockpad-kunstgras voldoen aan FIFA ** normen”.

Het bestek bepaalt aldus uitdrukkelijk dat slechts één vrije variatie mag worden ingediend.

11. Uit de motivering opgenomen in het gunningsverslag blijkt echter dat een aantal inschrijvers meer dan één variatie hebben ingediend en dat het bestuur slechts rekening heeft gehouden met de basisofferte en de “eerste variatie”.

Zoals verzoekende partij terecht lijkt op te merken, is het aldus niet duidelijk op welke wijze verwerende partij voor de inschrijvers die meer dan één vrije variatie hebben ingediend, heeft uitgemaakt welke van de diverse varianten als eerste variatie moest worden beschouwd en deze in de beoordeling

heeft kunnen betrekken, zonder daarbij de gelijkheid van de inschrijvers te schenden.

Het lijkt op het eerste gezicht in elk geval niet toe te komen aan de aanbestedende overheid om te bepalen welke variatie als “eerste variatie” moet worden beschouwd al was het maar gelet op het risico op manipulatie om de opdracht aldus toe te kennen aan een inschrijver die de overheid wil voortrekken. Het lijkt immers dat de inschrijver die meerdere varianten indiende waarvan er dan één zou worden beschouwd als “eerste variatie” meer kansen heeft gekregen om een van zijn offertes gekozen te weten dan de inschrijvers die zich hebben gehouden aan de bepalingen van het bestek en slechts één variatie indienden.

12. Ten aanzien van het verweer dat in de nota wordt gevoerd met betrekking tot het middel, namelijk dat het “elke feitelijke grondslag” zou missen, omdat de gekozen inschrijver maar één vrije variatie zou hebben ingediend, moet worden vastgesteld dat verzoekende partij haar middel geenszins beperkt tot de offerte van de nv Lesuco. Uit het gunningsverslag blijkt dat sommige inschrijvers in ieder geval meerdere varianten hebben ingediend, zodat niet valt in te zien waarom het middel feitelijke grondslag zou missen.

Voor zover verwerende partij zou bedoelen dat verzoekende partij belang bij het middel zou ontberen, moet worden opgemerkt dat in ieder geval uit de stukken van het neergelegde administratief dossier niet kan worden afgeleid welke inschrijvers meer dan één variatie indienden. Dit wordt niet verduidelijkt in het gunningsverslag. Evenmin blijkt dit uit het proces-verbaal van opening van de offertes. Voorts heeft verwerende partij de offertes van alle inschrijvers zoals ze werden ingediend niet neergelegd in het administratief dossier, maar enkel uittreksels uit de offertes van verzoekende partij en van de gekozen inschrijver. Op het eerste gezicht lijkt dan ook in de huidige stand van het geding niet te kunnen worden uitgesloten dat onder meer de nv Lesuco meer dan één variatie zou hebben ingediend.

13. In die mate lijkt ook het derde middel in de huidige stand van het geding de vereiste ernst te vertonen.

14. Aangezien het tweede middel niet tot een ruimere schorsing lijkt aanleiding te geven wordt het thans niet besproken.

15. Verzoekende partij geeft niet aan welk bijkomend voordeel de schorsing voor haar zou meebrengen indien ook de tenuitvoerlegging zou worden geschorst van de impliciete weigering om niet aan haar te gunnen.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 23 november 2012 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Leuven om de overheidsopdracht voor de aanleg van een kunstgrasveld met verlichting op het Ymeria-stadion in Wijgmaal te gunnen aan de nv Lesuco.

2. De vordering wordt voor het overige verworpen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 januari 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest, kamervoorzitter,
bijgestaan door

Bram Van Thillo, griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest