

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 223.530 van 21 mei 2013
in de zaak A. 196.089/XII-6161**

In zake: de NV DE BREE SOLUTIONS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA SIBELGA, intercommunale onder de vorm van een
coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrik De Maeyer
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 17 mei 2010, strekt tot de
nietigverklaring van “de beslissing d.d. 18 maart 2010 [...] van [de cvba Sibelga]
waarbij de overheidsopdracht voor de aanneming van werken ‘Bodemsanering
parking F’ wordt toegewezen aan [de nv DEME Environmental Contractors]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord
ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord
ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 maart 2013.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Kristel Boels, die loco advocaat Patrik De Maeyer verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor werken, namelijk de bodemsanering van parking F op haar terreinen langs de Paleizenstraat te Brussel. De gunningswijze is de onderhandelingsprocedure met bekendmaking. De geraamde waarde van de opdracht bedraagt 485.000,00 euro, btw niet inbegrepen. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 22 oktober 2009.

3.2. De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek met nummer SIB09TW004.

Het voorwerp van de opdracht wordt in het bestek als volgt omschreven:

“Opdracht van werken betreffende de bodemsanering van parking F, in overeenstemming met de voorwaarden van dit Bestek.

Ter hoogte van parking F, werd een historische bodemverontreiniging met gechloreerde solventen vastgesteld, afkomstig van een voormalig metaalverwerkende activiteit.

In de bodem worden 2 verontreinigingskernen met gechloreerde solventen vastgesteld. Een eerste kern werd vastgesteld aan de ingang van het terrein langs de kant van Paleizenstraat, en een tweede kern werd vastgesteld ter hoogte van de parking F aan het noordelijke deel van het perceel.

Op basis van de risicostudie werd een verspreidingsrisico voor gechloreerde solventen vastgesteld. Voor de sanering wordt uitgegaan van een maximale kernverwijdering in de bodem. Hiervoor wordt een uitgraving voorzien tot een maximale diepte van 6 m-mv. Stabiliteitsmaatregelen en een grondwaterbemaling en -zuivering zijn noodzakelijk, De opdracht omvat het plaatsen van de bemalingsfilters en waterzuiveringsinstallatie, het ontgraven van de verontreinigde grond en het aanvullen en afwerken van de gesaneerde zone.

Deze opdracht is een opdracht met 1 perceel.”

Onder artikel 2.4.3. van het bestek wordt vermeld dat het indienen van “vrije alternatieven” toegelaten is “voor zover ze beantwoorden aan de essentiële voorwaarden van het bestek”. Onder artikel 4.2.4. van het bestek staat onder meer dat de inschrijver naast de prestaties en producten die volledig voldoen aan de technische beschrijving opgenomen onder 4.1., eventuele vrije alternatieven met dezelfde functionaliteiten kan aanbieden; hij dient in zijn offerte duidelijk te vermelden welke elementen afwijken van de opgegeven beschrijving en voor elk van de alternatieven een volledig technisch dossier te leveren.

Onder artikel 3.5.2. van het bestek wordt inzake de gunningscriteria onder meer vermeld:

“Na uitvoering van de kwalitatieve evaluatie van de Offertes, kiest de Aanbestedende Overheid de regelmatige Offerte die haar het voordeligst lijkt, rekening houdend met volgende gunningcriteria en gewichten:

Perceel 1: Sanering van parking F (Uitgraven, wegvoeren en behandelen van de vervuilde grond)

Gunningscriteria	Gewicht
------------------	---------

Prijs van de basisofferte	55
Globale duur van de werken	20
Technische kwaliteit van het dossier (technische evaluatie van de werfinstallatie, verkeersplan en de maatregelen voor de stabiliteit en de beschoeiing)	15
Evaluatie van het werforanigram (werfleider, projectleider, algemene organisatie)	10
Totaal	100

[...]

Cijfer toegekend aan het criterium «TECHNISCHE KWALITEIT VAN HET DOSSIER»:

— Zal bepaald worden door een technische evaluatiecommissie op basis van het ingediende dossier in de Offerte.

[...]"

Met betrekking tot deze gunningscriteria wordt later in een document ‘Vragen–Antwoorden’ nog een aantal verduidelijkingen gegeven. Wat betreft het derde gunningscriterium ‘Technische kwaliteit van het dossier’ wordt het volgende meegedeeld:

“De subcriteria zijn zoals aangegeven in het bestek betreffende de technische kwaliteit van het dossier een technische evaluatie van:

— de werfinstallatie (2 punten)

— het verkeersplan (3 punten)

— de maatregelen voor de stabiliteit en de beschoeiing (10 punten)

[...]

Deze subcriteria zullen geëvalueerd worden door een technische evaluatiecommissie.”

Artikel 3.4. van het bestek bepaalt dat de evaluatie van de offertes wordt uitgevoerd door een evaluatiecommissie in twee fasen:

“Alle offertes die ontvankelijk verklaard worden, zullen door de evaluatiecommissie een eerste keer geëvalueerd worden volgens de gunningscriteria beschreven in artikel 3.5.2. van het Bestek.

Op basis van deze eerste evaluatie, behoudt de Aanbestedende Overheid zich het recht voor om 3 tot 5 offertes te selecteren voor de onderhandelingsfase en de definitieve gunning.

De andere inschrijvers kunnen niet deelnemen aan de onderhandelingsronde en niet deelnemen aan de definitieve evaluatie op basis van de gunningscriteria beschreven in paragraaf 3.5.2.”

3.3. Er worden achttien aanvragen tot deelneming ingediend; dertien kandidaten worden geselecteerd om uiterlijk 5 februari 2010 een offerte in te dienen.

3.4. Bij een eerste evaluatie worden er tien offertes beoordeeld en wordt die van verzoekende partij als eerste gerangschikt. De vijf best gerangschikte inschrijvers worden toegelaten tot de verdere onderhandelingsfase.

3.5. Na deze onderhandelingen wordt de alternatieve offerte van de nv DEME Environmental Contractors (hierna: DEME) als eerste gerangschikt en de offerte van verzoekende partij als tweede.

3.6. Er wordt in het gunningsverslag bij de beoordeling van het derde gunningscriterium ‘technische kwaliteit van het dossier’ opgemerkt dat de alternatieve offerte van DEME geen realiseerbaar werfinstallatieplan bevat en daarom 13 op 15 punten krijgt; de offerte van verzoekende partij heeft voor dit criterium 7,5 op 15 punten gekregen omdat het verkeersplan en het werfinstallatieplan minder gedetailleerd waren en omdat de stabiliteitsmaatregelen inferieur waren ten aanzien van de aanbevelingen opgenomen in het risicodossier van één van de uitgravingszones.

Voorgesteld wordt de opdracht te gunnen aan DEME.

3.7. Op 18 maart 2010 beslist verwerende partij de opdracht te gunnen aan DEME voor een bedrag van 346.981,00 euro, btw niet inbegrepen.

IV. Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen

4. Verzoekende partij voert de schending aan van het beginsel van de gelijke behandeling der inschrijvers en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid “het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel”.

Zij vat haar middel als volgt samen:

“Doordat de motivering voor de puntenaftrek voor het subgunningscriterium ‘maatregelen inzake stabiliteit en beschoeiing’ niet kan overtuigen; de door verzoekende partij voorgestelde stabiliteitsmaatregelen worden door verwerende partij als minderwaardig beschouwd en dit terwijl verzoekende partij tijdens de onderhandelingen heeft aangetoond, aan de hand van een studie van een extern studiebureau stabiliteit, dat

(i) de door haar voorgestelde maatregelen afdoende zijn, en

(ii) de in het bestek omschreven methode gebrekkig was;

En doordat verwerende partij verschillende maatstaven heeft gehanteerd bij het beoordelen van de offertes van de verschillende gegadigden; deze verschillende maatstaven leiden niet alleen tot het besluit dat de materiële motivering bij de puntentoekenning bij het derde gunningscriterium niet kan overtuigen (kennelijk onredelijke quoterings ten opzichte van de vermeende tekortkomingen), maar tevens tot de vaststelling dat verschillende maatstaven werden gebruikt voor het beoordelen van de verschillende offertes, aangezien verzoekende partij slechts de helft van de punten krijgt (7,5/15) op voormelde derde gunningscriterium omwille van het feit dat zij ‘minder gedetailleerde plannen’ heeft toegevoegd, en dit terwijl:

(i) belanghebbende partij (13/15) slechts twee punten in mindering krijgt voor een plan dat als ‘niet uitvoerbaar’ wordt beoordeeld; en

(ii) gegadigde ‘C’ (7/15) slechts een half punt minder krijgt dan verzoekende partij, niettegenstaande zij drie essentiële documenten met betrekking tot dit gunningscriterium niet bij haar offerte heeft gevoegd;

Terwijl op verwerende partij de verplichting rust (i) haar gunningsbeslissing te steunen op motieven die in rechte en in feite aanvaardbaar zijn en die het resultaat zijn van een zorgvuldige feitenvinding en afweging; (ii) alle offertes te beoordelen aan de hand van dezelfde maatstaven en met dezelfde gestrengheid; en (iii) haar beoordelingsvrijheid bij de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria op een redelijke wijze dient uit te oefenen.”

In haar toelichting bij het middel formuleert verzoekende partij een eerste onderdeel dat betrekking heeft op de evaluatie van het subgunningscriterium ‘maatregelen voor de stabiliteit en de beschoeiing’ van het derde gunningscriterium. Verzoekende partij krijgt slechts 7,5 op 15 punten voor dit gunningscriterium onder meer omdat zij in haar offerte zou voorzien in minderwaardige stabiliteitsmaatregelen in vergelijking met de aanbevelingen opgenomen in het risicodossier van één van de uitgravingszones. In de beredeneerde stabiliteitsnota gevoegd bij het bestek wordt voorgesteld te

ontgraven met damplanken terwijl verzoekende partij bij haar offerte in een berekeningsnota heeft voorgesteld gebruik te maken van een sledebekisting in plaats van damplanken. Verwerende partij heeft op een onredelijke en onzorgvuldige wijze het voorstel van verzoekende partij minderwaardig geacht.

In een tweede onderdeel merkt verzoekende partij op dat bij de beoordeling van de offerte van DEME wat het derde gunningscriterium aangaat, in het gunningsverslag er één punt wordt afgetrokken omdat het voorgestelde werfinstallatieplan in zijn huidige staat niet uitvoerbaar is; de offerte krijgt 13 op 15 punten. Wat de offerte van verzoekende partij betreft wordt dan weer opgemerkt dat het voorgestelde werfinstallatieplan en verkeersplan minder gedetailleerd zijn. Het is kennelijk onredelijk en schendt de gelijkheid enerzijds de offerte van verzoekende partij 7,5 op 15 punten te geven voor ‘minder gedetailleerde plannen’ en anderzijds de offerte van DEME 13 op 15 punten te geven voor een ‘niet uitvoerbaar plan’. Verzoekende partij wijst ook op de puntentoekenning (7 op 15 punten) ten aanzien van een derde inschrijver waarover in het gunningsverslag wordt opgemerkt dat er geen werfinstallatieplan, geen verkeersplan en geen stabiliteitsberekeningsnota is gevoegd bij die offerte. Dit alles samen leidt tot de conclusie, aldus verzoekende partij, dat verwerende partij ongelijke maatstaven bij haar beoordeling heeft gehanteerd.

5. Verwerende partij merkt wat het eerste onderdeel betreft op dat verzoekende partij in het gunningsverslag kan lezen waarom zij minder punten kreeg voor haar stabiliteitsvoorstel zodat de motiveringsplicht niet geschonden is. Wat het tweede onderdeel betreft stelt verwerende partij dat omwille van het ontbreken van essentiële informatie een slecht uitgewerkt werfinstallatieplan kan worden gelijkgesteld met het ontbreken van een dergelijk plan; voorts werd een beperkt aantal punten toegekend aan de offerte van verzoekende partij omdat er zaken ontbraken of onrealistisch waren voorgesteld. Ook merkt verwerende partij hier op dat wat de stabiliteitsmaatregelen betreft “in de beoordelingsmethodiek [werd] voorzien dat voor het gebruik van damplanken of equivalente stabiliteitsmaatregelen 2 punten konden worden toegekend, 2 punten extra indien de diepte van de damplanken 15 m of dieper bedraagt, nog eens 2 punten extra in functie van de plaatsingsmethode van de damplanken, 2 punten extra voor de stabiliteitsmaatregelen van de damplanken en tot slot 2 punten extra voor een

rekennota”. “Aangezien de verzoekende partij een ontgraving voorgesteld heeft met damplanken op één van de twee verontreinigde zones werd door verwerende partij telkens de helft van de punten toegekend. Voor de andere zone werden geen punten toegekend aangezien de voorgestelde stabiliteitsmaatregelen als minderwaardig werden beschouwd en zo werd er geoordeeld dat een 0 score voor de tweede zone gepast was gezien de mogelijke impact op de omgeving van deze minderwaardige oplossing.” Ook wat de puntentoekenning aan de derde inschrijver “C” betreft is deze verklaarbaar door het feit dat minder gedetailleerde plannen ertoe kunnen leiden dat verwerende partij niet in staat is deze te beoordelen net zoals wanneer ze niet zouden zijn toegevoegd.

6. In haar memorie van wederantwoord merkt verzoekende partij wat het eerste onderdeel betreft op dat het antwoord van verwerende partij dat het voorstel van verzoekende partij beredeneerd geformuleerd in haar stabiliteitsnota, weerlegd is door te stellen dat het minderwaardige stabiliteitsmaatregelen zijn, volkomen onvoldoende is.

Wat het tweede onderdeel betreft merkt verzoekende partij op dat het door DEME voorgelegde werfinstallatieplan als niet uitvoerbaar wordt aanzien in het gunningsverslag en vraagt zij zich af hoe verwerende partij ten aanzien van zo’n plan een beoordeling heeft kunnen geven.

Voorts merkt verzoekende partij op dat verwerende partij zelf aangeeft dat zes van de tien punten die konden worden behaald voor het subgunningscriterium ‘maatregelen voor de stabiliteit en de beschoeiing’, rechtstreeks gekoppeld waren aan het aanwenden van damplanken; echter, de verkozen (alternatieve) offerte van DEME voorziet niet in damplanken maar in een methode met metalen kokers en dit voor de beide zones. Voor dit subgunningscriterium had DEME geen enkel punt mogen krijgen.

Ten slotte merkt verzoekende partij op dat verwerende partij in het gunningsverslag het werfinstallatieplan van verzoekende partij had betiteld als minder gedetailleerd en in haar memorie van antwoord als niet realistisch. Dit is kennelijk tegenstrijdig en bevestigt, aldus verzoekende partij, dat de bestreden beslissing niet berust op een afdoende materiële motivering.

7. Bij haar laatste memorie brengt verwerende partij wat de evaluatie van de stabiliteitsmaatregelen betreft een technisch advies, “opgesteld naar aanleiding vergadering op 22/06/10”, bij van een externe deskundige, dat zij, alsdan mondeling uitgebracht, zou hebben gevolgd bij de beoordeling van de offertes. Uit dit advies blijkt weliswaar dat in het bestek het procédé met de damplanken werd voorgesteld doch dat bij de gunning het procédé met de metalen kokers uit het alternatief van DEME werd verkozen omdat hiermee een ontgraving zonder bemaling kon worden uitgevoerd wat het risico op zettingen beperkt. Het procédé dat verzoekende partij voor één zone voorstelde, namelijk sleufbeschoeiing, wordt verworpen omdat er hier geen rekening zou zijn gehouden met de stabiliteitsstudie; vandaar dat in het gunningsverslag er sprake is van minderwaardige stabiliteitsmaatregelen; meer, aldus verwerende partij, de offerte van verzoekende partij had niet conform moeten worden verklaard.

Ten slotte merkt verwerende partij op dat ten aanzien van de offerte van DEME er eerder sprake is van een minder gedetailleerd werfinstallatieplan in plaats van een niet uitvoerbaar plan; het betreft een materiële vergissing.

Beoordeling

8. Bij het derde gunningscriterium ‘technische kwaliteit van het dossier’ worden tien punten toegekend voor de maatregelen voor de stabiliteit en de beschoeiing. Uit het administratief dossier blijkt dat de beoordeling van de stabiliteitsmaatregelen door verwerende partij is gebeurd aan de hand van vijf elementen, namelijk het gebruik van damplanken, de diepte van de damplanken, de plaatsingsmethode van de damplanken, de stabiliteitsmaatregelen voor de damplanken en een rekennota, telkens goed voor twee punten; aldus lijkt voor vier elementen de beoordeling gekoppeld aan het voorstellen van damplanken.

Verzoekende partij heeft voor zone 1 een uitvoering met damplanken voorgesteld en voor zone 2 de techniek van sledebekisting met afzinking van caissons (gesloten stalen bekisting).

Verzoekende partij heeft 5,5 punten voor dat subcriterium ontvangen, namelijk 1 punt voor het eerste element, 0,5 voor het tweede, 1 voor het derde, 1 voor het vierde en 2 voor het laatste, de rekennota; verwerende partij stelt in haar memorie van antwoord dat verzoekende partij de helft van de punten heeft gekregen om reden dat slechts in één zone een ontgraving met damplanken is voorgesteld; dit betekent dat verzoekende partij voor de techniek van de sledebekisting met caissons 0 punten heeft ontvangen, volgens het gunningsverslag omdat verzoekende partij een minderwaardige oplossing voorstelde ten aanzien van de aanbevelingen opgenomen in het risicodossier van één van de uitgravingszones.

DEME heeft voor haar basisofferte (met damplanken) 9 punten ontvangen, telkens 2 op elk element behalve 1 punt voor het tweede element, de diepte van de damplanken. Deze offerte van DEME werd echter niet gekozen maar als zesde gerangschikt.

Verwerende partij opteerde voor het alternatief van DEME, namelijk de plaatsing van een stalen cilinder en het gebruik van een poliepgrijper om de grond in de cilinder te ontgraven; in dat alternatief wordt door DEME niet in een uitvoering met damplanken voorzien, zoals nochtans voorzien in de besteksaanbevelingen.

Dit alternatief heeft hetzelfde aantal punten gekregen als de basisofferte van DEME, namelijk 13, ook 9 punten voor voormeld subcriterium, terwijl het alternatief evenmin de techniek van damplanken voorstelde zodat het niet duidelijk is waarom dat alternatief hetzelfde aantal punten heeft ontvangen als de basisofferte.

Indien, zoals gesteld, het gebruiken van damplanken voor vier elementen van het subcriterium de maatstaf is voor het verkrijgen van punten, kan op basis van het administratief dossier niet worden ingezien waarom het alternatief van DEME, dat in geen damplanken voorziet, toch punten ontvangt voor het gebruik van damplanken, de diepte van de damplanken, de plaatsingsmethode van damplanken en de stabiliteitsmaatregelen voor damplanken. In

zoverre in het middel de schending van het gelijkheidsbeginsel is aangevoerd, is het gegrond.

De bij haar laatste memorie gevoegde technische nota brengt verwerende partij geen soelaas. Deze nota is opgesteld na de gunningsbeslissing en het instellen van voorliggend beroep. Dat dit advies destijds als mondelinge toelichting bij het beoordelingsproces werd aangebracht, wordt niet aangetoond; trouwens, in het gunningsverslag is er enkel sprake van de methode van de damplanken wanneer verwerende partij ten aanzien van de offerte van verzoekende partij opmerkt dat de stabiliteitsmaatregelen inferieur zijn ten aanzien van de aanbevelingen opgenomen in het risicodossier van één van de uitgravingszones. Ook in de memorie van antwoord vermeldt verwerende partij niets over dit stuk waarin het procédé van de stalen cilinder de voorkeur krijgt op de methode met de damplanken en houdt zij integendeel vast aan de voormelde opmerking vervat in het gunningsverslag. Om deze redenen wordt er met de bij laatste memorie gevoegde technische nota van verwerende partij geen rekening gehouden omdat niet wordt aangetoond dat deze deel uitmaakte van het beslissingsproces.

9. Bij het derde gunningscriterium is in twee punten voorzien voor “de werfinstallatie”. Verzoekende partij ontvangt één punt om reden dat haar werfinstallatieplan minder gedetailleerd is. DEME ontvangt eveneens één punt terwijl verwerende partij in haar evaluatie stelt dat het werfinstallatieplan niet realiseerbaar is in de staat zoals ingediend.

Er kan niet worden ingezien hoe het minder gedetailleerd zijn van een voorgesteld plan hetzelfde aantal punten oplevert als voor een niet realiseerbaar plan. Deze vaststelling is blijkbaar zo evident dat verwerende partij in haar laatste memorie oppert dat er een materiële vergissing is gebeurd. Naast het feit dat deze opmerking pas in de laatste memorie werd geformuleerd, moet worden vastgesteld dat verwerende partij ze niet aannemelijk maakt.

10. Het middel is in de aangegeven mate gegrond en dit verantwoordt de nietigverklaring van de bestreden beslissing.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 18 maart 2010 van de cvba Sibelga waarbij de overheidsopdracht voor de aanneming van werken ‘Bodemsanering parking F’ wordt toegewezen aan de nv DEME Environmental Contractors.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 21 mei 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest