RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 225.430 van 12 november 2013
in de zaak A. 205.004/XII-6960

In zake: de BVBA MICCONSULT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marc De Boel en Paul Aerts
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD SINT-NIKLAAS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Lindemans en Jochen Honnay
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 29 mei 2012, strekt tot de nietigverklaring van:

> "1. De gunningsbeslissing van 26 maart 2012 van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Sint-Niklaas houdende de toewijzing van de studieopdracht technieken (uitvoeren studieopdrachten voor elektrotechnische, sanitaire en HVAC-installaties: raamcontract) aan nv Technum – Tractebel Engineering […];
> 2. De beslissing van dezelfde datum waarbij de inschrijving van bvba Micconsult m.b.t. dezelfde opdracht niet wordt weerhouden".

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 24 september 2013 om 10 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Pieter-Jan Staelens, die loco advocaten Marc De Boel en Paul Aerts verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Kristof Hectors, die loco advocaat Dirk Lindemans 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. De stad Sint-Niklaas schrijft een overheidsopdracht uit bij wijze van algemene offerteaanvraag voor een raamcontract, met een maximale duur van drie jaar, voor het uitvoeren van studieopdrachten voor elektro-technische, sanitaire en HVAC-installaties, onderverdeeld in acht percelen naargelang de waarde van het project.

3.2. In het toepasselijke bestek worden volgende gunningscriteria opgenomen:

- de inschrijvingsprijs aan de hand van een ereloonpercentage voor elk van de percelen (50 punten),
- de technische/kwalitatieve waarde van de dienstverlening (34 punten)
- de termijnen (16 punten).

Ze worden als volgt toegelicht:

"1. De inschrijvingsprijs (50 punten)
Het ereloon voor de 8 percelen, uitgedrukt in percenten, met volgende puntenverdeling:
Perceel 1: 7 punten
Perceel 2: 7 punten
Perceel 3: 7 punten
Perceel 4: 4 punten
Perceel 5: 7 punten
Perceel 6: 7 punten
Perceel 7: 7 punten
Perceel 8: 4 punten

2. Technische/kwalitatieve waarde van de dienstverlening (40 punten)
De inschrijver zal zijn mogelijkheden met betrekking tot dit criterium toelichten door een omstandige omschrijving (maximaal 6 pagina's A4) te maken over een algemeen plan van aanpak bij het verkrijgen van een deelopdracht.
De technische dienst heeft de ambitie om de taak van bouwheerschap professioneel en kwaliteitsvol in te vullen.
Er wordt een groot belang gehecht aan een kwalitatieve start van elk project via goed uitgewerkte projectdefinities;
• Economisch bouwen: kostenbeheersing bij aanvang en gedurende het verdere verloop;
• Ecologisch en rationeel bouwen: beschikbare expertise om energiebesparende technieken toe te passen;
• Procesbereidheid: er wordt van de studiebureau's verwacht dat zij waar nodig en wenselijk mee zoeken naar oplossingen om wijzigingen en onvoorziene omstandigheden op een creatieve en flexibele manier op [te] vangen;
• Bewaking van de timing: pro-actief werken en bewaken van het kritisch pad van elk project;
• Klantrelatie: zowel tussen studiebureau en opdrachtgever als tussen het volledige bouwteam en de stedelijke dienst waarvoor het project wordt uitgevoerd.

Dit criterium wordt onderworpen aan een quotering van 1 tot 5, met volgende puntenverdeling:

1	Zeer goed	34
2	Goed	29
3	Voldoende	24
4	Slecht	19
5	Zeer slecht	14

3. Termijnen (16 punten)
De inschrijver geeft bij zijn offerte de maximum termijn in werkdagen op, na ontvangst van de opdracht, die hij nodig heeft voor:
- het indienen van het voorontwerp;
- het indienen van het ontwerp (=definitief bestek met beschrijving van de uit te voeren opdracht, de samenvattende opmetingsstaat, de gedetailleerde raming, alle plannen en eventueel alle bijhorende bijlage) bij het bestuur.
Per onderdeel kan max. 1 punt bekomen worden.
De maximum toegestane termijnen zijn echter bij:
1) traditionele bouwmethode:
Het voorontwerp :
[…]
Het definitief ontwerp ;
[…]
2) passiefbouw:
Het voorontwerp:
[…]
Het definitief ontwerp :
[…]
Bij ontstentenis van opgave, zullen deze maximum termijnen als contractueel gelden. De inschrijver krijgt in dit geval geen punten op dit gunningscriterium."

3.3. Op 30 november 2011 worden de offertes geopend. Er worden vijf offertes ingediend en dit door de bvba Micconsult, de nv Technum-Tractebel Engineering, de nv Abetec, de bvba EDV Engineering en de nv Mebumar België.

3.4. Het "Verslag van evaluatie van de offertes" bevat de volgende eindrangschikking:

	Ereloon	Waarde dienstverlening	Termijnen	Totaal
Micconsult	50	14	10,16	74,16
EDV Engineering	33,70	14	6,54	54,24
Technum	27,71	34	16	77,71
Abetec	28,70	24	6,54	59,24
Mebumar	32,66	34	8,03	74,69

3.5. Op 26 maart 2012 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Sint-Niklaas de opdracht te gunnen aan de nv Technum-Tractebel Engineering.

Artikel 2 van deze beslissing luidt:

> "In overeenstemming met de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, beslist het college, gelet op de ingediende offertes en het bijhorend gunningsverslag en rekening houdend met het gunstig advies van de financieel beheerder, de opdracht toe te wijzen aan Technum-Tractebel engineering nv, Kortrijksesteenweg 114 a, 9051 Sint-Denijs-Westrem."

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De verwerende partij voert aan dat de Raad van State zijn rechtsmacht zou te buiten gaan indien hij de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht te gunnen aan de verzoekende partij zou vernietigen. "Nergens in het verzoekschrift wordt aangetoond – of wordt daartoe zelfs maar een poging gedaan – dat de verzoekende partij voor wat betreft dit gunningscriterium een hogere score zou hebben verdiend in vergelijking tot de gekozen inschrijver."

5. De beoordeling van de exceptie hangt samen met de grond van de zaak.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ en van “de verplichting tot gelijke behandeling van de inschrijvers overeenkomstig het gelijkheidsbeginsel”. “De objectieve vergelijkbaarheid van de offertes en de gelijkheid van de inschrijvers vereist dat, wanneer het bestek de gunningscriteria bevat, alle inschrijvingen aan die aparte criteria worden getoetst, zonder dat het opdrachtgevend bestuur zich mag laten leiden door andere criteria.”

Uit het gunningsverslag blijkt, aldus de verzoekende partij, dat het criterium ‘technische/kwalitatieve waarde van de dienstverlening’ werd beoordeeld aan de hand van een andere behandeling en/of aanvulling met subcriteria.

Bij dit criterium wordt in het bestek het onderdeel ‘economisch bouwen’ als volgt toegelicht: “kostenbeheersing bij aanvang en gedurende het verdere verloop”.

In het gunningsverslag daarentegen wordt dit onderdeel als volgt benaderd:

> “Toelichting bij quotering economisch bouwen: de initiële bouwkost maakt 30 % van de totale kostprijs van het gebouw op 33 jaar (gemiddelde afschrijvingstermijn). De andere kosten bestaan uit energiekosten (35%) en beheers- of onderhoudskosten (35%).”

Wat het onderdeel ‘ecologisch en rationeel bouwen’ bij dit criterium betreft wordt er in het bestek vermeld: “beschikbare expertise om energiebesparende technieken toe te passen.”

In het gunningsverslag wordt voor dit onderdeel verwezen naar “samenstelling projectteam en referenties”. Voor dit criterium worden echter geen punten toegekend, niettegenstaande daarin uitdrukkelijk voorzien werd in het bestek.

Bij het onderdeel ‘bewaking van de timing’ wordt er in het bestek vermeld: “pro-actief werken en bewaken van het kritisch pad van elk project”. Hierbij merkt de verzoekende partij op dat zij uiteraard beschikt over verschillende softwarepakketten, ook voor het bewaken van de planning en fasering van de werken; zij had ze niet vermeld in haar offerte “om reden dat deze niet specifiek gevraagd waren”. Blijkbaar, zo vervolgt de verzoekende partij, werd dit wel meegenomen in de beoordeling en quotering.

Aldus, zo besluit de verzoekende partij, is het duidelijk dat de bij de beoordeling gehanteerde gunningscriteria op verschillende onderdelen afwijken van de in het bestek vermelde gunningscriteria.

7. In haar memorie van wederantwoord beklemtoont de verzoekende partij dat zij niet dient te verduidelijken op welke wijze zij door de handelwijze van de verwerende partij is benadeeld.

Beoordeling

8. Het bestek schrijft wat het tweede gunningscriterium betreft voor dat de inschrijver zijn mogelijkheden met betrekking tot dit criterium zal toelichten door een omstandige omschrijving van maximaal zes pagina’s A4 te maken over een algemeen plan van aanpak bij het verkrijgen van een deelopdracht. Daarna worden een aantal elementen vermeld die een nadere toelichting zijn bij wat onder dit criterium wordt verstaan waaronder de drie elementen die de verzoekende partij als subcriteria aanziet. In het bestek worden

die niet als zodanig aangekondigd; in het gunningsverslag worden ze niet als subcriteria aangezien.

9. De eerste kritiek van de verzoekende partij betreft het element ‘economisch bouwen’. Zij verwijt de verwerende partij dat deze in het gunningsverslag een andere invulling aan dit element zou hebben gegeven dan in het bestek. De in een voetnoot in het gunningsverslag opgenomen toelichting is dat de initiële bouwkost 30 % uitmaakt van de totale kostprijs van een gebouw op 33 jaar (gemiddelde afschrijvingstermijn) en de andere kosten bestaan uit energiekosten (35%) en beheers- of onderhoudskosten (35%).

De Raad van State ziet niet in op welke wijze deze toelichting in de voetnoot een andere of ongebruikelijke draagwijdte geeft aan dit element dan wat in het bestek is vermeld; energie- en onderhoudskosten betreffen precies de kostenbeheersing “gedurende het verder verloop”. De verzoekende partij laat trouwens na op een concrete wijze het zogenaamde verschil aan te geven.

10. De tweede kritiek betreft het element ‘ecologisch en rationeel bouwen’. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij opmerkt wordt er in het bestek geen puntentoekenning voorzien per element.

11. De derde kritiek van de verzoekende partij betreft het element ‘bewaking van de timing’. Het feit dat de verwerende partij bij haar evaluatie van de offertes geen rekening heeft gehouden met “verschillende softwarepakketten […] voor het bewaken van de planning en fasering van de werken” waarover de verzoekende partij beschikt, heeft zij enkel aan haarzelf te wijten aangezien zij deze, zoals zij zelf toegeeft, niet vermeld had in haar offerte.

12. Het middel is ongegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

13. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 16 van de wet van 24 december 1993, van artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, van het gelijkheidsbeginsel vervat in de bepalingen van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van het gelijkheids-beginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, van de materiële-motiveringsplicht en van de artikelen van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen'.

In de eerste plaats merkt de verzoekende partij op dat de gunningsbeslissing van 26 maart 2012 op geen enkele wijze gemotiveerd is, noch formeel, noch materieel. In de bestreden beslissing wordt er zelfs niet eens verwezen naar het evaluatieverslag.

Voorts stelt de verzoekende partij dat er in het bestek in geen methode is voorzien voor het berekenen van de punten behaald op het criterium ereloon. In het evaluatieverslag wordt er gewoonweg een puntentabel opgegeven zonder een opgave van de overwegingen die aan die punten ten grondslag liggen en/of zonder toelichting bij de berekeningsmethodiek.

Ook wat het criterium termijnen betreft wordt de beoordelingsmethodiek niet in het bestek opgenomen en in het evaluatieverslag niet nader toegelicht.

De puntenspreiding als resultaat van methodiek moet in verhouding staan tot de verschillen tussen de offertes; de toegekende punten moeten op afdoende wijze de omvang van de verschillen tussen de offertes vertalen.

Wat het criterium prijs betreft stelt de verzoekende partij een andere puntentoekenningsmethode voor dan deze van het evaluatieverslag; de laagste offerte krijgt het maximum van de punten; alsdan wordt bepaald hoeveel een punt waard is wat dan de functie is om punten toe te kennen aan de overige inschrijvers; slechts deze methode zou, aldus de verzoekende partij, de verschillen tussen de offertes juist en objectief vertalen.

Ook wat het criterium termijnen betreft stelt de verzoekende partij een andere methode voor dan deze gehanteerd in het evaluatieverslag. Zij merkt op dat er maximumtermijnen in het bestek zijn opgenomen; hieruit leidt zij een waarde af per dag, bijvoorbeeld maximum 20 dagen, één punt te verdienen, waarde van één punt is 0,05; een termijn van nul dagen krijgt dus het maximum, dit is één punt, een termijn van tien dagen krijgt een half punt, enzovoort. Ook hier meent de verzoekende partij dat dit de methode is die correct de verschillen weergeeft in tegenstelling tot die van het evaluatieverslag.

Ten slotte is de verzoekende partij het ook niet eens met de puntentoekenning bij het criterium 'technische/kwalitatieve waarde van de dienstverlening'. De verwerende partij geeft, zo poneert de verzoekende partij, "een bijzonder subjectieve en eenzijdige beoordeling zonder de inschrijvers op gelijke wijze te behandelen".

14. In haar memorie van wederantwoord wijst de verzoekende partij er op dat de loutere vermelding "gelet op het gunningsverslag" in de gunningsbeslissing geenszins voldoet aan de motiveringsplicht.

De door de verwerende partij gehanteerde methodiek van de regel van drie werd niet in het bestek vermeld; evenmin vertaalt ze de omvang van de verschillen tussen de offertes. De door de verzoekende partij voorgestelde methodieken doen dit wel.

Beoordeling

15. In artikel 2 van de gunningsbeslissing wordt gerefereerd naar het gunningsverslag en het gunstig advies van de financieel beheerder. Het

gunningsverslag werd op 5 april 2013 aan de verzoekende partij overgemaakt. Uit het eerste en het vervolg van het tweede middel blijkt duidelijk dat de verzoekende partij in staat is geweest inhoudelijke kritiek te geven op de gunningsbeslissing.

In die omstandigheden is aan het doel van de formele-motiveringsplicht voldaan.

16. In de huidige stand van het recht dient in het bestek de beoordelingsmethodiek niet te worden vermeld; het behoort tot de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid om de beoordelingsmethode van de gunningscriteria te kiezen, zij het dat die vrijheid wordt beperkt door beginselen van behoorlijk bestuur en door hetgeen zij zelf in het bestek daaromtrent eventueel heeft vooropgesteld.

De verwerende partij heeft hier bij de puntentoekenning voor de twee kwantitatieve criteria, namelijk de laagste prijs en de kortste termijn voor de uitvoering van de opdracht, de regel van drie toegepast, regel die een courante praktijk is om kwantitatieve verschillen tussen de offertes te meten en te waarderen.

De verzoekende partij toont niet aan dat de toepassing van deze regel van drie te dezen de perken van de redelijkheid te buiten gaat. Integendeel, de door de verzoekende partij voorgestelde methodieken lijken uitzonderlijk of niet realistisch, dit laatste bijvoorbeeld wanneer de verzoekende partij het maximum van de punten toekent aan de offerte die nul dagen voorziet als termijn.

17. De in de puntentabellen opgegeven score voor de criteria "inschrijvingsprijs" en "termijnen" geeft de verzoekende partij een voldoende inzicht en er diende daarbij geen nadere uitleg te worden opgenomen in de gunningsbeslissing of het gunningsverslag. Beide criteria zijn louter kwantitatieve criteria die behalve de mathematische – de regel van drie ligt voor de hand – geen nadere interpretatie vereisen.

18. De in het verzoekschrift aangevoerde kritiek met betrekking tot de puntentoekenning bij het criterium ‘technische/kwalitatieve waarde van de dienstverlening’ en waarbij de verzoekende partij zonder nadere toelichting poneert dat het gaat om “een bijzonder subjectieve en eenzijdige beoordeling zonder de inschrijvers op gelijke wijze te behandelen” dient niet te worden beantwoord. Het gaat om een loutere bewering die niet meer aan bod komt in de verdere procedurestukken.

19. Het middel is ongegrond.

VI. Besluit

20. Het beroep dient te worden verworpen.

De exceptie van de verwerende partij dient niet te worden onderzocht wat de ontvankelijkheid van het beroep betreft ten aanzien van de impliciete weigeringsbeslissing, nu de beide middelen hoe dan ook ongegrond zijn.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende 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 12 november 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Debersaques,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Frank Bontinck,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Frank Bontinck **Dierk Verbiest**