

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 227.110 van 14 april 2014
in de zaak A. 202.123/XII-6738**

In zake: de BVBA IR.-ARCHITECT BART TRYHOU
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kurt Vanlerberghe
kantoor houdend te 8600 Diksmuide
Woumenweg 109
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

1. de CVBA EANDIS
2. de OPDRACHTHOUDENDE VERENIGING
INTERCOMMUNALE MAATSCHAPPIJ VOOR
ENERGIEVOORZIENING IN WEST- EN
OOST-VLAANDEREN (IMEWO)
3. de OPDRACHTHOUDENDE VERENIGING
INTERCOMMUNALE VERENIGING VOOR
ENERGIELEVERINGEN IN
MIDDEN VLAANDEREN (INTERGEM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche en Ellen Clymans
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 21 oktober 2011, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 5 oktober 2011 van de raad van bestuur van cvba Eandis, optredend namens Imewo en Intergem, om de overheidsopdracht “studieopdracht bureelgebouw Sint-Niklaas” te gunnen aan cvba MV² Multiprofessionele Architectenvennootschap.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 216.319 van 17 november 2011 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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

Auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 maart 2014.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Pieter-Jan Staelens, die loco advocaat Kurt Vanlerberghe verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Ellen Clymans, die verschijnt voor de verwerende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De cvba Eandis schrijft, in opdracht van de opdrachthoudende verenigingen IMEWO en INTERGEM, aanbestedende overheden volgens het toepasselijke bestek, een overheidsopdracht voor aanneming van diensten uit onder de benaming “studieopdracht bureelgebouw Sint-Niklaas”.

3.2. De opdracht wordt gegund met een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 25 maart 2011 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 30 maart 2011.

3.3. De opdracht wordt gekwalificeerd als een opdracht in de nutssectoren en geraamd tussen 153.300,00 en 186.150,00 euro, btw niet inbegrepen.

3.4. Zeven architectenbureaus dienen een kandidatuur in en worden geselecteerd.

Bij aangetekend schrijven van 13 mei 2011 worden zij uitgenodigd om een offerte in te dienen op uiterlijk 24 juni 2011. Tevens wordt hun een kopie bezorgd onder meer van het bijzonder administratief bestek “Verlenen diensten editie 04.2011 studieopdracht bureelgebouw Sint-Niklaas EAN11AD072”.

3.5. Het bestek vermeldt de volgende gunningscriteria en subgunningscriteria en hun respectieve weging:

Gunningscriteria	Subcriteria	Gewicht
a. Prijs (inbegrepen eventuele niet voorwaardelijke prijsreducties en supplementaire kosten)		40
b. Technisch		
	- Kwaliteit schetsontwerp	30
	- Energie prestatie en binnenklimaat	20

	- Voorstel bewaking tijdsplanning, bewaking kosten en aanpak werfcontrole	10
Totaal		100

Met betrekking tot het gunningscriterium prijs vermeldt het bestek ook nog het volgende:

“Van elke offerte waarvan de prijs minstens 15% afwijkt van het gemiddelde, zal onderzocht worden of de prijs abnormaal is. Zou uit de toelichting van de bieder blijken dat de opgegeven prijzen abnormaal hoog of laag zijn, dan is zowel de weigering of aanvaarding van de offerte mogelijk mits een gepaste motivering. Indien prijzen werkelijk concurrentievervalsend zijn, zal de offerte geweigerd worden.

Bij het bepalen van het gemiddelde zal de hoogste en laagste prijs niet worden meegeteld.

Het gewicht dat aan de prijs wordt toegekend, is berekend volgens het lineariteitsprincipe, waarbij de laagste prijs (P0) het maximum van de score krijgt, nul wordt toegekend aan de laagste prijs verhoogd met 20% (P0 + 20%) en alle prijzen hiertussen lineair worden uitgezet in functie van de scoretoekenning.”

3.6. Vijf kandidaten dienen vervolgens een offerte in, waaronder de verzoekende partij.

3.7. Met een brief en een e-mail van 1 juli 2011 nodigt de cvba Eandis de inschrijvers uit op een vergadering met als doel:

“- Verduidelijking voorgesteld schetsontwerp: hierbij krijgt u de gelegenheid om de ingediende offerte en het schetsontwerp meer in detail toe te lichten. Gelieve rekening te houden met het feit dat dit zal gebeuren voor een jury waarin zowel medewerkers van de dienst Architectuur als de eindgebruiker zullen zetelen. Wij voorzien hiervoor 1 uur.

- Onderhandeling: hierbij zullen vooral prijseconomische aspecten aan bod komen. Deze vergadering vindt plaats met de dienst Aankoop. Wij voorzien hiervoor 45 minuten.”

3.8. Na de onderhandelingen krijgen de kandidaat-dienstverleners de mogelijkheid om alsnog een aangepast ereloonvoorstel te doen. Drie van de vijf inschrijvers dienen een aangepaste offerte in. De verzoekende partij dient geen nieuwe offerte in.

3.9. De schetsontwerpen van de inschrijvers worden vervolgens eerst beoordeeld door een zogenaamde jury binnen de cvba Eandis. Die beoordeling wordt opgenomen in een juryrapport. In dit juryrapport wordt de kwaliteit van het schetsontwerp beoordeeld aan de hand van de volgende elementen: inkadering in de bestaande architectuur en omgeving, flexibiliteit van het ontworpen gebouw, toegankelijkheid, duurzaamheid, onderhoudsvriendelijkheid, energiebewustheid van het gebouw, voorgestelde technieken, kostenbeheersing, bezettingsgraad en algemene concept- en visievorming, waarvoor telkens een score op 10 punten wordt toegekend.

3.10. Vervolgens wordt op 19 september 2011 een gunningsfiche opgesteld.

Voor het subgunningscriterium “kwaliteit van het schetsontwerp” vermeldt de gunningsfiche de volgende scores:

MV ² Multiprofessionele Architectenvennootschap cvba	Ir. – architect Bart Tryhou Bvba	ArchitectenStudio bvba	Signum + Architects nv	Abetec nv
30	19	24	18	10

Vervolgens vermeldt de gunningsfiche per inschrijver het oordeel van de jury betreffende voormelde 10 beoordelingselementen, zonder dat hieraan evenwel afzonderlijk punten worden gekoppeld.

De totale score die resulteert uit de scores voor de verschillende criteria wordt in de gunningsfiche als volgt weergegeven:

MV ² Multiprofessionele Architectenvennootschap cvba	Ir. – architect Bart Tryhou Bvba	ArchitectenStudio bvba	Signum + Architects nv	Abetec nv
97	83.14	57.41	44	36

Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan MV² Multiprofessionele Architectenvennootschap voor het bedrag van 134.010 euro, btw niet inbegrepen.

3.11. Op 5 oktober 2011 beslist de raad van bestuur van de cvba Eandis om de opdracht te gunnen aan MV² Multiprofessionele Architectenvennootschap.

3.12. Met een aangetekend schrijven en een e-mail van 6 oktober 2011 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen aangezien een andere bieding op grond van de gunningscriteria beter scoorde. In tegenstelling tot wat in voormeld schrijven wordt aangekondigd, is de gunningsfiche niet bijgevoegd.

Deze wordt opgevraagd door de verzoekende partij en aan haar bezorgd met een e-mail van 7 oktober 2011.

3.13. Met een e-mail van 20 oktober 2011 wordt nog een kopie van het juryrapport aan de verzoekende partij bezorgd.

IV. Omtrent het vertrouwelijke karakter van sommige stukken uit het administratief dossier

4.1. De verwerende partijen vragen om een aantal stukken uit het administratief dossier dat zij reeds neerlegden in de schorsingsprocedure, als vertrouwelijk te behandelen. Het betreft de kandidatuurstellingen, offertes en BAFO's van de inschrijvers, evenals een aantal verslagen van vergaderingen met de inschrijvers. Zij zetten ook de motieven van hun verzoek, namelijk dat het om bedrijfsvertrouwelijke informatie gaat, uiteen.

4.2. De verzoekende partij maakt hierover geen opmerkingen in haar verzoek tot voortzetting na het arrest dat de schorsingsvordering verwerpt noch in haar memorie van wederantwoord. In haar laatste memorie echter merkt zij het volgende op:

“In het Auditoraatsverslag wordt geadviseerd om het verzoek om vertrouwelijke behandeling van de offertes in te willigen. Een [en] ander betekent dat verzoeker buiten hetgeen vermeld is in het gunningsverslag het gissen heeft naar de compatibiliteit van de inhoud van de bewuste offertes met hun weergave in het gunningsverslag. Verzoeker is dan ook hic et nunc niet in de mogelijkheid haar argumentatie, zoals weergegeven in het verzoekschrift en de memorie van wederantwoord nader te ontwikkelen.”

5. In de mate dat de verzoekende partij hier zou verzoeken om de vertrouwelijkheid op te heffen, wordt op die vraag niet ingegaan omdat ze procedureel niet tijdig in het debat wordt gebracht.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen’, “het algemene rechtsbeginsel houdende de materiële en formele motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel van de vereiste gelijke behandeling van de inschrijvers, het proportionaliteitsbeginsel [en] het transparantiebeginsel” en artikel 110*bis* van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten’.

Het middel wordt opgesplitst in twee onderdelen.

In het eerste onderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat het subgunningscriterium ‘Kwaliteit schetsontwerp’ beoordeeld zou zijn geweest op basis van 10 subsubgunningscriteria, die ten onrechte niet voorafgaand aan de indiening van de offertes gekend waren bij de inschrijvers. Zij verwijst naar het arrest Lianakis van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 24 januari 2008, evenals naar rechtspraak van de Raad van State. Volgens de verzoekende partij had zij zich bij het subcriterium ‘kwaliteit

schetsontwerp' eerder verwacht aan een jurering op basis van bijvoorbeeld de esthetische kwaliteiten van het geconcipeerde gebouw. Door gebruik te maken van achteraf vastgestelde criteria, waarbij noch deze subsubcriteria, noch de onderlinge weging ervan, voorafgaand aan de inschrijvers werd meegedeeld, zouden de verwerende partijen hebben gehandeld in strijd met artikel 110*bis* van het voormeld koninklijk besluit, evenals met het transparantie- en zorgvuldigheidsbeginsel.

In een tweede onderdeel merkt de verzoekende partij op dat in het bestek wat betreft het tweede gunningscriterium enkel werd aangegeven wat het maximaal aantal te verdienen punten per subcriterium was, doch niet werd uitgelegd op welke wijze de punten zouden worden toegekend. Dergelijke handelwijze opent volgens de verzoekende partij de deur voor willekeur. Dit zou in de voorliggende zaak bewezen zijn door het feit dat de wijze van beoordeling en quoterings in het juryrapport voor het subcriterium 'kwaliteit schetsontwerp' verschilt van de wijze van beoordeling en quoterings in de gunningsfiche. Volgens de verzoekende partij kan met geen enkele logische formule tot de quoterings in de gunningsfiche worden gekomen. Zij stelt zich de vraag waarom niet eenvoudigweg de punten van het juryverslag overgenomen werden. Zij merkt op dat zij zich niet van de indruk kan ontdoen dat door de aanbestedende overheid ernaar werd gestreefd te gunnen aan de voordeligste inschrijver op het criterium prijs, hierbij het tweede gunningscriterium masserend in functie van het beoogde resultaat.

7. In haar memorie van wederantwoord merkt de verzoekende partij, wat het eerste middelonderdeel betreft, op dat het transparantiebeginsel ook van toepassing is op opdrachten die het Europese drempelbedrag niet bereiken. Voorts stelt zij dat voor het element "kwaliteit" zij eerder verwachtte dat er bij de beoordeling ervan veel meer nadruk zou zijn gelegd op esthetiek dan op eerder technische aspecten zoals EPB, technieken of bezettingsgraad; dat dit niet gebeurde leidt tot de vaststelling dat zij verrast werd in haar verwachtingspatroon; had zij geweten waar de reële accenten zouden worden gelegd dan had zij haar inschrijving op een andere manier opgebouwd. Dat in de gunningsfiche niet verwezen wordt naar het juryrapport doet geen afbreuk aan de vaststelling dat deze fiche wel degelijk gesteund is op dat rapport.

Wat het tweede middelonderdeel betreft merkt de verzoekende partij op dat er *post factum* een beoordelingstechniek werd toegepast zonder een logische methodologie.

Beoordeling

8.1. In het auditoraatsverslag wordt op bijzonder uitvoerige wijze het middel in zijn beide onderdelen besproken en ongegrond bevonden.

8.2. Wat het eerste middelonderdeel betreft wordt er in essentie in dit verslag het volgende gesteld.

Op de eerste plaats moeten de overwegingen uit het arrest dat het middelonderdeel en de schorsingsvordering afwees, uitdrukkelijk worden bijgevalen. Het middel is onontvankelijk in de mate dat het de schending aanvoert van de formele- en de materiële motiveringsplicht omdat nergens in het verzoekschrift wordt aangegeven welke verplichtingen uit die beginselen zouden voortvloeien noch hoe die verplichtingen zouden zijn geschonden. In de mate dat de schending van artikel 110*bis* van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 wordt ingeroepen is het middel evenzeer onontvankelijk omdat het geen opdracht is die de Europese drempelwaarde overschrijdt.

Te dezen is er ook geen sprake van subsubgunningscriteria. Weliswaar blijkt de motivering voor het subgunningscriterium ‘kwaliteit schetsontwerp’ in de gunningsfiche diverse beoordelingselementen te bevatten, doch er wordt slechts een globale score toegekend per inschrijver. De offertes worden dus niet op elk van deze punten beoordeeld en gewaardeerd. Er blijkt ook geen sprake te zijn van een achteraf vastgestelde weging. In het juryrapport is dit wel het geval doch met de verwerende partijen wordt vastgesteld dat het een louter intern advies uitmaakt. Met dit juryrapport mag geen rekening worden gehouden aangezien de gunningsfiche, wat betreft de motivering van dit subgunningscriterium, nergens expliciet verwijst naar dit juryrapport en zowel de beoordelingsmethode als de uiteindelijke scores in de gunningsfiche en het juryrapport niet overeenstemmen. Bovendien is de rechtspraak van het Hof van

Justitie inzake het transparantiebeginsel niet zomaar transposeerbaar naar de voorliggende zaak die de Europese drempelwaarde niet bereikt; zo oordeelde het Hof van Justitie in het arrest Commissie / Ierland, C-226/09 van 18 november 2010, dat de bekendmaking van een opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie zonder dat de aanbestedende overheid daartoe verplicht was, niet meebrengt dat deze opdracht moet worden geplaatst overeenkomstig de artikelen van de Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’ en dat het transparantiebeginsel in gevallen waarin de richtlijn niet van toepassing is, niet zo ver gaat dat het ook in die gevallen de aanbestedende overheid ertoe zou verplichten om voorafgaand de weging van de gunningscriteria bekend te maken.

Ten slotte blijft de verzoekende partij in gebreke aan te tonen dat de beoordelingselementen “inkadering in de bestaande architectuur en omgeving, flexibiliteit van het ontworpen gebouw, toegankelijkheid, duurzaamheid, onderhoudsvriendelijkheid, energiebewustheid van het gebouw, voorgestelde technieken, kostenbeheersing, bezettingsgraad en algemene concept- en visievorming” geen verband zouden houden met het subcriterium ‘kwaliteit schetsontwerp’ of dit subcriterium zouden denatureren. Evenmin geeft de verzoekende partij aan waar in het bestek haar redenering dat zij er zich aan verwachtte dat bij de beoordeling van dit subcriterium er veel meer nadruk op esthetiek zou worden gelegd dan pakweg op eerder technische aspecten als EPB, technieken of bezettingsgraad, grondslag vindt.

8.3. Het tweede middelonderdeel wordt in het auditoraatsverslag in essentie om de volgende redenen ongegrond bevonden.

De verzoekende partij toont niet aan dat de aanbestedende overheid hier de plicht had tot een voorafgaande bekendmaking van de beoordelingsmethode. Overigens is er geen algemene, principiële verplichting in de huidige stand van het recht om de beoordelingsmethodiek op voorhand, in het bestek mee te delen. Voorts kende geen van de inschrijvers de beoordelingsmethode van het tweede gunningscriterium en er blijkt niet dat de offerte van de verzoekende partij op discriminerende wijze werd beoordeeld of

dat zij haar offerte bij kennis van de beoordelingsmethode anders zou hebben opgemaakt. De beoordelingswijze is ook niet ongebruikelijk of onvoorzienbaar.

Ten slotte heeft de verzoekende partij geen belang bij haar middelonderdeel in de mate dat zij daarin wijst op het verschil in de wijze van beoordeling en quotering van het subcriterium ‘kwaliteit schetsontwerp’ tussen het juryrapport en de gunningsfiche. Zoals in het arrest dat de schorsingsvordering afwees wordt opgemerkt, leidt het toepassen van de beoordelingsmethode van het juryrapport niet tot een wijziging van de rangschikking in het voordeel van de verzoekende partij, bevinding die de verzoekende partij niet betwist.

9. De Raad van State valt de terechte bevindingen van het auditorsverslag bij temeer omdat de verzoekende partij in haar laatste memorie deze bevindingen inhoudelijk niet betwist en zij zich ermee vergenoegt te verwijzen naar haar verzoekschrift en memorie van wederantwoord.

Het middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 april 2014,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest