

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 228.084 van 15 juli 2014
in de zaak A. 212.719/XII-7681**

In zake: de BVBA WEYSEN & DE BAERE ARCHITECTEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Nele Vercruysse
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 4A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE ASSE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Elisabeth De Kinder
kantoor houdend te 1700 Dilbeek
Ninoofsesteenweg 177-179
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de BVBA RADAR ARCHITECTEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 10 juni 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 19 mei 2014 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Asse om de volledige studieopdracht voor de uitbreiding van de gemeentelijke

basisschool Relegem te gunnen aan [de bvba Radar Architecten] en niet aan [de bvba Weysen & De Baere Architecten]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 24 juni 2014 heeft de bvba Radar Architecten gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 juli 2014, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Fien D’Haenens, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Floor Ketels, die loco advocaat Elisabeth De Kinder verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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 gemeente Asse schrijft een opdracht uit voor de aanneming van diensten met als voorwerp “Volledige studieopdracht voor de uitbreiding van de gemeentelijke basisschool Relegem”. De opdracht wordt gegund volgens de

procedure van de open offerteaanvraag.

De opdracht wordt geraamd op 95.185,50 euro, btw niet inbegrepen of 115.174,45 euro, btw inbegrepen.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 6 december 2013.

3.2. Onder punt punt I.10 “Gunningscriteria” worden op blz. 8-9 van het toepasselijke bestek nr. PRO 138/10435 de gunningscriteria vermeld:

“

I.10 Gunningscriteria

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

1. Visienota

50 punten

Een nota met visie en concrete aanpak over de invulling van de opdracht, de architecturale en technische benadering, met in het bijzonder aan de hand van schetsen een beeld van het op te richten gebouw volgens het voorgestelde bouwprogramma.

De punten worden als volgt onderverdeeld:

- Visie |+ stedenbouwkundig kader + inplanting (20%).
- Bouwprogramma + Functionaliteit (35%).
- Architecturale uitstraling (25%).

Technisch memorandum waaruit de aandacht blijkt voor: bouwtechnische en bouwfysische waarde, technische installaties, E-peil, K-peil en aandacht voor energiebesparende maatregelen (20%).

2. Uitvoeringstermijn en planning

20 punten

De punten worden als volgt verdeeld:

- Bouwprogramma (15%)
- Voorontwerpstermijn (25%).

- Ontwerptermijn (50%).
- Bouwaanvraagdossier (10%).

OPMERKING: De kandidaat die het kortst het gemiddelde haalt van alle inschrijvers behaalt het meest aantal punten. De kandidaat heeft er alle belang bij een zo realistisch mogelijke termijn voor te stellen.

3. Financiële raming 20 punten

Een financiële raming op basis van een nota en/of meetstaat (maximaal 1 bladzijde A4) betreffende de haalbaarheid van het bouwprogramma.

OPMERKING: De raming dient een realistisch beeld te geven van de bouwkost van het ingediend ontwerp en de hieraan inherente bouwmethode. Het staat de inschrijver vrij om hierin een onderverdeling of voorbehoud te maken inzake beslissingen die moeten genomen worden door het bestuur (bvb.: plaatsen van zonnepanelen). De inschrijver heeft er alle belang bij een zo realistisch mogelijke raming voor te stellen en duidelijk te vermelden hetgeen wel/niet inbegrepen is.

4. Ereloonpercentage 10 punten

De kandidaat met het laagste ereloonpercentage van alle inschrijvers krijgt de meeste punten.

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 inschrijver die de economisch voordeligste regelmatige offerte, vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, heeft ingediend.

“.

Op het als bijlage bij het bestek gevoegde model van offerteformulier is in een “Vak 3 -Uitvoeringstermijnen” voorzien:

“Vak 3 – Uitvoeringstermijnen

De volgende taken binnen de opdracht worden uitgevoerd tegen volgende kalenderdagen:

- Voorontwerp:.....kalenderdagen (max. 60)
- Bouwaanvraag- & milieuaanvraagdossier: kalenderdagen (max. 60)
- Ontwerp:kalenderdagen (max. 90)”

Onder punt I.6 “Vorm en inhoud van de offerte” valt op blz. 6 van het bijzonder bestek te lezen wat volgt:

“Om de offertes onderling te kunnen vergelijken en op straffe van nietigheid dient de inschrijver al de informatie, gevraagd in het model van inschrijving dat bij onderhavig bestek is gevoegd, in zijn offerte te vermelden – conform artikel 90 van het KB van 08 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken”.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 31 januari 2014.

Er worden twaalf offertes ingediend, waaronder deze van de verzoekende partij en de verzoekende partij in tussenkomst.

3.4. Op 5 mei 2014 wordt het aanbestedingsverslag opgesteld. Alle inschrijvers worden geselecteerd. Na beoordeling van de offertes in het licht van de gunningscriteria haalt de offerte van de verzoekende partij in tussenkomst 83,83/100 en is hiermee het best gerangschikt.

De offerte van de verzoekende partij behaalde 82,89/100 en is hiermee als tweede gerangschikt.

3.5. In zitting van 19 mei 2014 besluit het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Asse de opdracht te gunnen aan de bvba Radar Architecten. Het verslag van nazicht maakt blijkens artikel 4 van het gunningsbesluit integraal deel uit van deze beslissing.

Dit is de bestreden beslissing.

3.6. Met een aangetekend schrijven van 26 mei 2014 is aan de verzoekende partij kennis gegeven van het bestreden besluit.

IV. Tussenkomst

4. De verzoekende partij in tussenkomst blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat

minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 25 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het

gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en de schending van “de algemene zorgvuldigheidsplicht”.

Uiteenzetting eerste onderdeel

6.1. In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat het subcriterium “bouwprogramma” bij het tweede gunningscriterium “uitvoeringstermijn en planning” niet werd beoordeeld en dat het subcriterium “voorontwerpstermijn” een in vergelijking met het bestek bepaalde grotere weging heeft gekregen.

Nergens is immers een spoor terug te vinden van het subgunningscriterium “bouwprogramma” dat in het bestek op 15 % werd gequoteerd en geen zuiver mathematisch te beoordelen criterium uitmaakt. In de plaats daarvan blijkt het gegeven “voorontwerpstermijn” op 40 % in plaats van op 25% te zijn gequoteerd en het gehele gunningscriterium werd aldus louter mathematisch beoordeeld.

De verzoekende partij meent dat, indien alle subcriteria beoordeeld waren geweest, de kans groot is dat haar offerte als de meest voordelige zou moeten worden gerangschikt, nu het verschil in totaal aantal punten tussen haar offerte en deze van de tussenkommende partij minder dan één punt bedraagt. De verzoekende partij verwijst naar blz. 30 en 31 van haar offerte waar zij onder een kop “opdracht per bouwfase” uiteenzet hoe zij het programma kan realiseren binnen de door haar voorgestelde uitvoeringstermijnen voor voorontwerp, ontwerp en bouwaanvraag.

Beoordeling eerste onderdeel

6.2. Het bestek bevat, na de opsomming van de vier subgunningscriteria van het gunningscriterium “Uitvoeringstermijn en planning”, deze opmerking:

“De kandidaat die het kortst het gemiddelde haalt van alle inschrijvers behaalt het meest aantal punten. De kandidaat heeft er alle belang bij een zo realistisch mogelijke termijn voor te stellen”.

In tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partij betoogt, lijkt deze beoordelingsmethode een andere dan een louter mathematische beoordeling van dit criterium uit te sluiten.

Deze conclusie wordt kracht bijgezet door het feit dat ook het offerteformulier voorzag in de opgave van termijnen voor drie van de vier subgunningscriteria. Hoewel het gebrek aan afzonderlijke vermelding voor invullen termijn voor het subgunningscriterium “bouwprogramma” misschien *prima facie* een onvolkomenheid in het offerteformulier vormt, lijkt de verzoekende partij daaromtrent toch geen vragen te hebben gesteld of opmerkingen te hebben gemaakt aan de verwerende partij, hetgeen aan het belang van de verzoekende partij bij deze grief doet twijfelen.

Voorts wijst de verwerende partij er niet zonder reden op dat een gezamenlijke termijnbeoordeling steek houdt, nu het bouwprogramma nauw verwant is met het voorontwerp, dit programma al zeer gedetailleerd in het bestek was opgenomen (blz. 15/29) en in bijlage 2 van het bestek onder 5.1.1. “Het bouwprogramma en het voorontwerp” samen worden uiteengezet onder “Taakomschrijving van het ontwerpteam”.

Wat dan de weging betreft die aan het subgunningscriterium “voorontwerptermijn” is toegekend, betogen de verwerende en de tussenkomende

partij dat de verzoekende partij ook in zoverre geen belang heeft bij dit onderdeel van het middel.

De verzoekende partij zet inderdaad niet uiteen hoe de opsplitsing van de bekritiseerde weging van 40% in haar voordeel zou kunnen spelen, nu haar offerte op het tweede gunningscriterium de beste score van alle inschrijvers behaalde, namelijk 18,64/20, tegenover 16,71/20 voor de offerte van de tussenkomende partij. Indien het subgunningscriterium “voorontwerp” immers slechts voor 25% in rekening zou worden gebracht, zou dit het puntenverschil met de offerte van de tussenkomende partij voor dit tweede gunningscriterium kunnen veranderen, maar in het voordeel van deze tussenkomende partij.

Het eerste onderdeel van het eerste middel kan derhalve niet worden aangenomen aangezien het belang van de verzoekende partij bij dit onderdeel twijfelachtig is, minstens het ernstig karakter van het middelonderdeel niet is aangetoond.

Uiteenzetting tweede onderdeel

7.1. In een tweede onderdeel betoogt de verzoekende partij dat het derde gunningscriterium “financiële raming” niet is beoordeeld op de wijze zoals aangekondigd door het bestek

De verzoekende partij licht toe dat uit een overzicht van de totale bouwkost en de bouwkost per vierkante meter volgens de diverse offertes en een overzicht van de punten die de offertes daarvoor hebben ontvangen, duidelijk is dat het verschil tussen de ramingen niet in verhouding staat tot het verschil in punten. Vooral blijkt hieruit dat geenszins rekening is gehouden met het realistisch karakter van de raming. Nochtans vraagt het bestek uitdrukkelijk een zo realistisch mogelijke raming rekening houdend met de inherente bouwkost. Het lag volgens de verzoekende partij dan ook volkomen in de lijn der verwachtingen dat voor de beoordeling van het derde gunningscriterium eenzelfde logica zou worden

toegepast als voor het tweede gunningscriterium, namelijk dat het evenredigheidsprincipe zou worden toegepast ten opzichte van de gemiddelde bouwkost/m². De verzoekende partij vervolgt dat blijkens het verslag van nazicht van de offertes de kostenramingen van alle inschrijvers bijzonder dicht bij elkaar liggen zodat die kostenramingen conform het evenredigheidsprincipe nooit tot de gegeven uiteenlopende quoterings kunnen leiden. De verzoekende partij besluit dat het derde gunningscriterium niet conform het gelijkheidsbeginsel is beoordeeld. Rekening houdende met de gemiddelde bouwkost zou bovendien de score van de offerte van de verzoekende partij met minstens 2 punten stijgen. Gegeven het verschil in totaal aantal punten van minder dan één punt met de offerte van de tussenkommende partij diende de opdracht dan ook aan de verzoekende partij te worden gegund.

Beoordeling tweede onderdeel

7.2. Het tweede onderdeel van het eerste middel houdt verband met het derde gunningscriterium “financiële raming”.

De toepasselijke besteksbepaling bevat de volgende opmerking:

“De raming dient een realistisch beeld te geven van de bouwkost van het ingediend ontwerp en de hieraan inherente bouwmethode. Het staat de inschrijver vrij om hierin een onderverdeling of voorbehoud te maken inzake beslissingen die moeten genomen worden door het bestuur (bvb.: plaatsen van zonnepanelen). De inschrijver heeft er alle belang bij een zo realistisch mogelijke raming voor te stellen en duidelijk te vermelden hetgeen wel/niet inbegrepen is”.

Zonder zulks te expliciteren, ligt volgens de verzoekende partij de toepassing van de voormelde zuiver rekenkundige beoordelingswijze dus impliciet doch noodzakelijk besloten in de toepasselijke besteksbepaling.

Deze opvatting lijkt op het eerste gezicht niet te kunnen worden bijgevalen. De overheid lijkt de opgave door de inschrijvers van de geraamde totaalkost of bouwkost per vierkante meter van het voorgestelde project, in

vergelijking met de in het bestek op blz. 17/29 voorziene budgetten slechts als een deelfactor van dit gunningscriterium te hebben aangemerkt. Ook de bouwmethode inherent aan het voorgestelde project en het feit of de werken al dan niet gedekt door de raming lijken de beoordeling te sturen. Anders dan het geval is voor het tweede gunningscriterium, lijkt het uitgangspunt van de verzoekende partij, ingegeven door een louter mathematische benadering, op het eerste gezicht dan ook geen steun te vinden in de betrokken besteksbepalings. Zoals de tussenkomende partij terecht lijkt op te merken, lijkt het niet vanzelfsprekend diverse ontwerpen zuiver mathematisch te gaan vergelijken.

Aangezien de verzoekende partij haar tweede onderdeel van het eerste middel dus lijkt op te bouwen vanuit een foutief uitgangspunt, lijkt haar kritiek voor het overige niet dienend.

Het tweede onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

8. 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 de bestuurshandelingen’, artikel 29, § 1, artikel 4, artikel 5 en artikel 8, § 1, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ en het zorgvuldigheidsbeginsel.

9.1. In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat bij gebrek aan een duidelijke legende zij niet kan nagaan “welke impact een + of een -, of ++, of -- of --- heeft op de totale score” met betrekking tot het eerste gunningscriterium, noch wat het verband is tussen de beoordeling in woorden en de voor dit criterium gegeven punten. Nergens wordt duidelijk gemotiveerd

waarom een +, ++, -, -- of --- wordt toegekend. De verzoekende partij besluit dat zij niet kan controleren of de offertes deugdelijk werden beoordeeld en de toegekende punten van 39/50 voor haarzelf tegenover 42/50 voor de tussenkomen de partij correct zijn. De verzoekende partij wijst er in dit verband nogmaals op dat bij de minste foute evaluatie in haar voordeel de rangschikking wijzigt.

9.2. Ook met betrekking tot het derde gunningscriterium betoogt de verzoekende partij, in een tweede onderdeel, niet te kunnen afleiden waarom haar offerte 16 punten krijgt tegenover 19 voor deze van de tussenkomen de partij. In haar toelichting herhaalt zij de argumentatie uiteengezet onder het eerste onderdeel, zij het ditmaal onderbouwd met enkele verwijzingen naar offertes andere dan die van de tussenkomen de partij.

Beoordeling

10.1. De formelemotiveringsverplichting, afgeleid uit de artikelen 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991, houdt in dat de bestreden beslissing de juridische en feitelijke overwegingen moet 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 artikel 4, 8°, van de voormelde wet van 17 juni 2013, stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op “wanneer ze een opdracht gunt, ongeacht de procedure”.

Artikel 5 van dezelfde wet bepaalt dat de in artikel 4 bedoelde gemotiveerde beslissing, naargelang de procedure en het soort beslissing, onder meer bevat “9° de namen van de gekozen inschrijver of de gekozen deelnemer of deelnemers bij de raamovereenkomst en van de deelnemers en 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, voor de beslissingen die daarop betrekking hebben”.

De bestreden gunningsbeslissing steunt op het aanbestedingsverslag waarin voor de in geding zijnde eerste en derde gunningscriteria en subgunningscriteria per inschrijver een overzicht wordt gegeven van de plus- en minpunten van de diverse ontwerpen, zowel uitgedrukt in woorden als gewaardeerd via een systeem van “+” en “-”. Telkens is die beoordeling –voor wat betreft het eerste gunningscriterium per subgunningscriterium– gekoppeld aan een bepaalde quoterings.

De verzoekende partij lijkt niet met de vereiste *prima facie* ernst aannemelijk te maken dat de gegeven verantwoording niet afdoende zou zijn opdat zij kan nagaan of de puntentoekenning rechtmatig is gebeurd.

Aan de puntentoekenning lijken immers motieven ten grondslag te liggen die in de eerste plaats zichtbaar zijn onder de vorm van een beschrijvende evaluatie. De waardering ervan via een systeem van “+” en “-” lijkt bovendien inzicht te bieden in de relatieve waarde die de aanbestedende overheid in positieve dan wel negatieve zin hecht aan die evaluatie.

Zowel het eerste als het derde gunningscriterium lijken voorts een inhoudelijke beoordeling te vergen die zich op het eerste gezicht niet leent tot een volledig mathematische benadering.

De opgegeven motieven laten de verzoekende partij dan ook op het eerste gezicht toe te begrijpen welke concrete beweegredenen de verwerende partij ertoe hebben gebracht haar en de andere inschrijvers voor het eerste en het derde gunningscriterium de gegeven punten toe te kennen.

De bestreden beslissing lijkt dan *prima facie* ook niet te zijn tekortgekomen aan de voornoemde formelemotiveringsverplichtingen.

De verzoekende partij toont voorts niet in concreto aan om welke reden de gevolgde werkwijze onzorgvuldig zou zijn.

10.2. Artikel 8, § 1, eerste lid, 3°, van dezelfde wet luidt als volgt:

“§ 1. Onmiddellijk na het nemen van de gemotiveerde gunningsbeslissing doet de aanbestedende instantie kennisgeving van:

[...]

3° aan elke inschrijver van wie de offerte niet is gekozen en aan de gekozen inschrijver, de gemotiveerde beslissing”.

Wat de in deze bepaling vervatte kennisgevingsverplichting betreft, dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat een eventueel gebrek in de kennisgeving in beginsel de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing zelf niet aantast.

Te dezen lijkt voorts, wat de verzoekende partij betreft, effectief te zijn voldaan aan de kennisgevingsvereiste bedoeld in dit artikel 8, § 1, eerste lid, 3°, gelet op de kennisgeving van 26 mei 2014.

10.3. De beide onderdelen van het middel zijn niet ernstig.

VII. Besluit

11. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

VIII. Kosten

12. De vordering tot schorsing is ingediend met een verzoekschrift dat ook een beroep tot nietigverklaring bevat. Aangezien hieruit volgt dat het geding ten gronde nog hangende is, past het de beslissing betreffende de kosten in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bvba Radar Architecten tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De kosten worden in beraad gehouden.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 juli 2014, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest