

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 230.137 van 10 februari 2015

in de zaak A. 208.869/XII-7369

In zake: de BVBA ARCHITEKT-NBURO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Steyvers
kantoor houdend te 3990 Peer
Zuidervest 12
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de KERKFABRIEK SINT-MICHIEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Mertens
kantoor houdend te 3580 Beringen
Scheigoorstraat 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 21 juni 2013, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing dd. 26.04.2013 van de Kerkfabriek Sint-Michiel waarbij de opdracht tot ontwerpen voor de restauratie van de dekenij en kapelanijs gegund werd aan bvba Spectrum”.

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.

Auditeur Ines Martens 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 20 januari 2015.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk Steyvers, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Philippe Dreesen, die loco advocaat Wim Mertens 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. In het arrest nr. 223.923 van 14 juni 2013, waarbij de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing is verworpen, werden de feiten als volgt weergegeven:

“3.1. De Kerkfabriek Sint-Michiel te Bree beslist op 9 december 2011 om met een beperkte offerteaanvraag over te gaan tot de aanstelling van een ontwerper voor het uitvoeren van restauratiewerkzaamheden van de dekenij en kapelanij.

3.2. De oproep tot kandidaatstelling wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 16 december 2011. Wat betreft de kwalitatieve selectievereisten wordt in de aankondiging vermeld:

‘III.2 voorwaarden voor deelneming

III.2.1.) Persoonlijke situatie van ondernemers

Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan:

1. kwalificaties:

- a) studiekwalificaties: diploma's en studiecertificaten van de ontwerper(s) en eventuele onderaannemers
- b) beroepskwalificaties: opgave van het aantal jaar relevante beroepservaring in de sector monumentenzorg

2. relevante referenties betreffende restauraties uitgevoerd tijdens de laatste drie jaar in binnen- en buitenland, met inbegrip van de processen-verbaal van de opleveringen van de restauratiewerkzaamheden.

Indien geen relevante referenties beschikbaar zijn, schrijft de ontwerper een grondige motivering waarom hij meent in aanmerking te komen voor de opdracht.

3. het gedeelte van de studieopdracht dat de ontwerper zinnens is in onderaanneming te geven, met vermelding van de onderaannemer(s).'

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek 'Opstellen van bouwkundige ontwerpen voor beschermde monumenten'.

De opdracht wordt als volgt omschreven:

'Het betreft een overheidsopdracht van diensten. [...]

De opdracht betreft een volledige architectuuropdracht (bouw, stabiliteit, speciale technieken, ...), waarbij dossieropmaak en opvolging in intensief overleg met de opdrachtgever zullen gebeuren.'

De gunningscriteria worden in het bestek vermeld:

'Gunningcriteria

De criteria die bij gunning zullen gehanteerd worden zijn de volgende:

- 1. conceptnota met omschrijving van de aanpak en de methodologie van de opdracht
- 2. visie op de aard en de intensiteit van de door de kandidaat-ontwerper(s) voorgestelde werfopvolging
- 3. de te leveren diensten voor het door de premienemer vooraf vastgestelde percentage.'

3.4. Op 17 januari 2012 vindt een openingszitting plaats waaruit blijkt dat twee kandidaatstellingen werden ingediend, namelijk door verzoekende partij en de bvba Spectrum Multiprofessionele Architectenvennootschap (hierna: de bvba Spectrum).

3.5. Bij aangetekende brief van 5 december 2012 laat verwerende partij aan verzoekende partij en de bvba Spectrum weten dat hun kandidaatstelling werd goedgekeurd en worden zij uitgenodigd een offerte in te dienen.

3.6. Op 11 januari 2013 vindt de openingszitting van de offertes plaats. De beide geselecteerde kandidaten dienen een offerte in.

3.7. Op 25 januari 2013 beslist verwerende partij:

‘2.2. Dossier restauratie dekenij/kapelanij: de beide kandidaat ontwerpers hebben hun offerte ingediend. (verslag van opening in bijlage)

De inhoud van deze biedingen is niet vergelijkbaar, omwille van gebrek aan toelichting van één van de inschrijvers. Er wordt beslist om bijkomende inlichtingen te vragen aan arch-n buro om een duidelijke visie te formuleren i.v.m. deze restauratie.’

3.8. Bij brief van 28 januari 2013 vraagt verwerende partij aan verzoekende partij:

‘De Kerkraad heeft uw prijsaanbieding in goede orde ontvangen, maar we vragen bijkomende inlichtingen: hoe voorziet u volgende:?’

.. algemene aanpak

.. bouwhistorisch, archivalisch en materiaal-technisch onderzoek

.. opmetingen

.. doelstelling en inhoudelijk concept

.. overleg met de opdrachtgever

.. aanbesteding en opvolging van de werken; opleveringen

Kunt u ons deze inlichtingen schriftelijk bezorgen?’

3.9. Verzoekende partij antwoordt met een brief van 8 februari 2013.

3.10. Op 26 april 2013 beslist verwerende partij de opdracht toe te wijzen aan de bvba Spectrum. Dit is de bestreden beslissing. In deze beslissing wordt overwogen:

‘Motivatie voor keuze van ontwerper:

Er werden twee offertes van ontwerpers ontvangen:

1. architect-nburo

2. spectrum bvba

We verkregen akkoord vanwege de minister om verder te handelen met de twee inschrijvers.

Beide inschrijvers beantwoorden aan de selectiecriteria.

De criteria die voor de gunning zullen gehanteerd worden zijn de volgende:

1. conceptnota met omschrijving van de aanpak en de methodologie van de opdracht

2. visie op de aard en de intensiteit van de door de kandidaat-ontwerper(s) voorgestelde werfopvolging
3. de te leveren diensten voor het door de premienemer vooraf vastgestelde percentage.

Vergelijking tussen de twee inschrijvers:

1. Conceptnota met omschrijving van de aanpak en de methodologie van de opdracht:
 - 1.1. architect-nburo geeft een overzicht van hun algemene aanpak van ontwerpen voor restauratiewerken.
 - 1.2. Spectrum bvba heeft de gebouwen ter plaatse bezocht en geeft aan de hand van exterieur- en interieurfotodocumentatie een beeld van hun concept, specifiek voor deze dekenij, en geeft een visie over de inbreng van de ontwerper voor het toekomstig gebruik van het gebouw en een idee over de esthetische invulling. Deze visie stemt in grote mate overeen met de visie die het kerkfabriek heeft.
2. Visie op de aard en de intensiteit van de door de kandidaat-ontwerper(s) voorgestelde werfopvolging: deze is gelijkwaardig voor beide inschrijvers.
3. De te leveren diensten voor het door de premienemer vooraf vastgestelde percentage.
 - 3.1. architect-nburo hanteert voor het ereloon een percentage van 9%, exclusief btw
 - 3.2. spectrum bvba hanteert voor het ereloon een percentage van 10,5%, exclusief btw.

Bijkomende informatie: referenties

architect-nburo geeft een aantal referenties van restauratiewerken, deze betreffen geen gebouwen vergelijkbaar met de dekenij/kapelanij van Bree

spectrum bvba geeft 3 referenties van pastorieën en dekenijen die door Lambert Jaminé werden ontworpen en door Spectrum bvba werden gerestaureerd. Bijkomend een tiental kerken, eveneens ontworpen door de architectenfamilie Jaminé, waarvoor dossiers werden opgemaakt door Spectrum bvba

Conclusie van de Kerkfabriek:

De dekenij is een belangrijk gebouw -ontworpen door Jaminé- zowel in gebruik voor het dekenaat, als voor het stadsgezicht. De visie van de kerkraad is om het gebouw te restaureren naar zijn oorspronkelijk uitzicht, vanzelfsprekend voor het exterieur maar ook voor het interieur. Deze restauratie moet wel aangepast zijn aan de veranderde situaties in de parochiale werking.

Na vergelijking en overleg wenst de kerkraad het vertrouwen voor de restauratie te schenken aan Spectrum bvba en aan deze ontwerper de opdracht toe te kennen. Hun basisconcept stemt in grote mate overeen met de doelstelling van de kerkraad en de expertise door hun ervaring is van belang voor deze moeilijke opdracht.’

3.11. Bij aangetekend schrijven van 6 mei 2013 wordt verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat haar offerte niet werd gekozen. Bij deze brief wordt een kopie van de gunningsbeslissing gevoegd.”

IV. Onderzoek van het vijfde middel

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partij voert de schending aan van het zorgvuldigheids- en vertrouwensbeginsel, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen’, artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessie’, artikel 53, tweede lid, 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 voor openbare werken’, het *patere legem quam ipse fecisti* beginsel en het transparantiebeginsel.

In essentie voert de verzoekende partij aan dat in het bestek ten onrechte geen weging van de gunningscriteria werd opgenomen. Bij een opdracht die onderworpen is aan Europese bekendmaking, moet immers op grond van artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 in het bestek aan de gunningscriteria een gewicht worden toegekend. Slechts bij “aantoonbare redenen in verband met de opdracht”, die in het bestek worden opgenomen, geldt deze verplichting niet. De verwerende partij heeft in het bestek geen gewicht bepaald, noch een reden vermeld waarom het onmogelijk is de criteria te wegen. Zij heeft in de bestreden beslissing het eerste gunningscriterium qua waarde belangrijker geacht dan de andere.

Een loutere verwijzing naar artikel 24 van het besluit van de Vlaamse Regering van 14 december 2001 'houdende vaststelling van het premiestelsel voor restauratiewerkzaamheden aan beschermde monumenten', dat een weging zou voorschrijven, volstaat niet, aldus de verzoekende partij.

Voor zover de Raad van State het middel niet gegrond zou achten, vraagt de verzoekende partij dat een prejudiciële vraag zou worden gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie of voormelde Richtlijn 2004/18/EG, meer bepaald artikel 53, tweede lid, zich verzet tegen een nationale bepaling, zoals deze van voormeld artikel 24 van het besluit van de Vlaamse Regering van 14 december 2001, die het niet nodig maakt in het bestek het gewicht te bepalen van de gunningscriteria of geen aantoonbare redenen te vermelden in het bestek waarom weging niet mogelijk is en de loutere verwijzing in het bestek naar dat artikel volstaat om in regel te zijn met voormeld artikel 53, tweede lid, van de Richtlijn 2004/18/EG.

5. In de memorie van antwoord betoogt de verwerende partij dat de gunningsbeslissing conform is met het voormelde artikel 24 van het besluit van de Vlaamse Regering van 14 december 2001. De grief van de verzoekende partij viseert niet het bestreden besluit en is niet dienend voor de verdere beslechting van het geschil. In ieder geval steunt deze grief volgens de verwerende partij niet op een onwettigheid van het bestek die de wettigheid van de latere gunning in het gedrang zou brengen.

Voorts meent de verwerende partij dat het stellen van een prejudiciële vraag niet dienend is en verworpen dient te worden. Het gewicht dat zij aan het eerste criterium heeft gegeven, vloeit immers niet voort uit het bestreden besluit doch wel uit de toepasselijke regelgeving, meer bepaald uit artikel 24 van het besluit van 14 december 2001, dat ook expliciet wordt vermeld in het bestek.

6. In de memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij nog dat slechts een weging werd doorgevoerd bij de gunning en dat het bestek geen enkel element bevatte omtrent de weging zodat zij er van uitging dat de criteria gelijkwaardig waren.

7. In de laatste memorie benadrukt de verwerende partij op haar beurt dat zij met de verwijzing in het bestek naar voormeld artikel 24 van het besluit van de Vlaamse regering van 14 december 2001, reeds in het bestek de beoordeling van de gunningscriteria in afnemende orde van belangrijkheid heeft toepasselijk verklaard. Het bestek stipuleert duidelijk dat het artikel van toepassing is. *In casu* dient de verwerende partij zich daaraan te conformeren.

Beoordeling

8. Het vijfde middel betreft een nieuw middel dat in het kader van de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid niet werd aangevoerd.

9. De partijen betwisten niet de voorliggende opdracht de drempel voor Europese bekendmaking bereikt, zoals die gold op het ogenblik van de publicatie van de voorliggende opdracht. Op dat ogenblik bedroeg het drempelbedrag voor Europese bekendmaking voor een opdracht voor diensten 193.000 euro, terwijl de voorliggende dienstenopdracht werd geraamd op een waarde van 200.000 euro, btw niet inbegrepen.

10. Artikel 115, tweede en derde lid van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 zoals dat van toepassing was op voorliggende opdracht, bepaalt:

“Onverminderd de wettelijke, reglementaire of bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de vergoeding van bepaalde diensten vermeldt de aanbestedende overheid in het bestek en eventueel in de aankondiging van de opdracht al de gunningscriteria, zo mogelijk in volgorde van afnemend belang; in dit geval wordt die volgorde in het bestek of in de aankondiging vermeld. Zo niet hebben de gunningscriteria dezelfde waarde.

Wat de overheidsopdrachten betreft die de bedragen voor de Europese bekendmaking bereiken, specificeert de aanbestedende overheid de weging van elk gunningscriterium, die eventueel kan worden uitgedrukt binnen een vork met een passend verschil tussen minimum en maximum. Indien een dergelijke weging om aantoonbare redenen niet mogelijk is, worden de criteria vermeld in dalende volgorde van belangrijkheid.”

Hieruit volgt dus dat bij overheidsopdrachten die de bedragen voor de Europese bekendmaking overschrijden, de aanbestedende overheid er niet mee kan volstaan de gunningscriteria in volgorde van afnemend belang te vermelden maar ook “de weging” dient te specificeren. Deze weging kan worden uitgedrukt in een marge met een passend verschil tussen minimum en maximum. Slechts “indien een dergelijke weging om aantoonbare redenen niet mogelijk is”, vermeldt de aanbestedende dienst de criteria in afnemende volgorde van belangrijkheid.

Het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel zoals neergelegd in voormeld artikel 115, derde lid, en in artikel 53 van de richtlijn 2004/18/EG vereisen dat de weging van de gunningscriteria in de aankondiging zelf of in het bestek zelf worden weergegeven en dit opdat alle mogelijke inschrijvers voorafgaand aan het voorbereiden van hun offerte en op gelijke wijze op de hoogte zijn van de criteria waaraan hun offerte moet beantwoorden en welke relatieve waarde door het bestuur wordt gehecht aan deze criteria, zodat het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers en het beginsel van de transparantie worden gerespecteerd.

11. Te dezen werd er in het bestek geen gewicht toegekend aan de drie bepaalde gunningscriteria. De verwerende partij betwist dit niet. Integendeel stelt zij in haar memorie van antwoord op bladzijde negen in de voorlaatste alinea: “Uw Raad zal vaststellen dat in het bestek aan de drie criteria geen weging wordt opgelegd”.

De verwerende partij voert aan dat de gunningscriteria werden beoordeeld in afnemende volgorde van belangrijkheid. Dit zou volgen uit de toepassing van artikel 24 van het besluit van de Vlaamse Regering van 14 december 2001 ‘houdende vaststelling van het premiestelsel voor restauratiewerkzaamheden aan beschermde monumenten’, waar het bestek uitdrukkelijk naar verwijst onder de “toepasselijke reglementering”.

Voormeld artikel 24 bepaalt:

“Het opdrachtgevend bestuur gunt de opdracht voor het ontwerpen van de restauratiewerkzaamheden op basis van het resultaat van de evaluatie in dalende volgorde van belang van de volgende criteria :

1° conceptnota met omschrijving van de aanpak en de methodologie van de opdracht;

2° visie op de aard en de intensiteit van de door de kandidaat-ontwerper(s) voorgestelde werfopvolging;

3° de te leveren diensten voor het door de premienemer vooraf vastgestelde percentage of de te betalen prijs als honorarium.”

12. Daargelaten de vaststelling dat de verwijzing naar voormeld artikel 24 slechts werd opgenomen onder het algemeen deel inzake de op de opdracht toepasselijke bepalingen en niet bij de omschrijving van de gunningscriteria, moet worden vastgesteld dat weliswaar de gunningscriteria uit dit artikel in het bestek woordelijk worden herhaald, doch niet het gegeven dat ze in dalende volgorde van belangrijkheid moeten worden geëvalueerd.

In ieder geval, zelfs indien de opgave van de gunningscriteria in dalende volgorde van belangrijkheid, zoals vermeld in artikel 24 van het voormelde besluit, geacht wordt in het bestek rechtstreeks van toepassing te zijn verklaard op een voldoende transparante wijze, dan nog dient te worden vastgesteld dat een dergelijke opgave van de gunningscriteria in dalende volgorde van belangrijkheid in strijd is met het bepaalde in artikel 115, derde lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, zoals gewijzigd bij koninklijk besluit van 12 januari 2006 dat onder meer de omzetting van de Europese richtlijn 2004/18/EG beoogde.

Zoals gezien, bepaalt dit artikel dat in het geval van een overheidsopdracht die de Europese drempel overschrijdt, zoals te dezen, de criteria enkel in dalende volgorde van belangrijkheid mogen worden vermeld, indien een weging om aantoonbare redenen niet mogelijk is. Er wordt aan de Raad van State geen enkel stuk voorgelegd waaruit aantoonbare redenen zouden blijken waarom de aanbestedende overheid in het bestek geen specifieke weging kon toekennen aan de gunningscriteria. De verwerende partij geeft trouwens ook in de huidige procedure op geen enkele wijze aan welke redenen er toe hebben

geleid dat een specifieke weging van de gunningscriteria niet mogelijk was. Nochtans wordt in de toelichting bij de Richtlijn 2004/18/EG hieromtrent verduidelijkt dat de aanbestedende diensten slechts in naar behoren gemotiveerde gevallen die zij moeten kunnen toelichten, kunnen afzien van de vermelding van het relatieve gewicht van de gunningscriteria, wanneer dat relatieve gewicht niet vooraf kan worden bepaald, onder andere wegens de complexiteit van de opdracht.

Zelfs al dient de verwerende partij, zoals zij benadrukt in de laatste memorie, “zich te conformeren aan artikel 24 van het besluit van de Vlaamse regering van 14.12.2001”, dan nog valt uit dit besluit op zich niet af te leiden waarom er te dezen “aantoonbare redenen” zijn dat “een weging niet mogelijk is”. Voormeld artikel 24 beperkt er zich toe te stellen dat de gunningscriteria in afnemende volgorde van belang moeten worden vermeld en geëvalueerd; dit artikel belet niet dat aan elk gunningscriterium een bepaalde waarde, in cijfers dan wel in woorden, wordt toegekend.

Voormeld besluit van de Vlaamse regering van 14 december 2001 bepaalt slechts de voorwaarden om recht te hebben op een restauratiepremie en doet geenszins afbreuk aan de wetgeving inzake overheidsopdrachten. Overigens bepaalt artikel 3, § 3, van dat besluit uitdrukkelijk dat de restauratiewerkzaamheden op straffe van verval van de restauratiepremie, onderworpen zijn aan de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten van werken, leveringen en diensten’ en aan de bepalingen van de koninklijke besluiten tot uitvoering van deze wet.

Door in het bestek niet de weging te specificeren van elk gunningscriterium werd aldus artikel 115, derde lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 geschonden.

13. In een arrest nr. 224.114 van 26 juni 2013 oordeelde de Raad van State reeds dat een middel waarin een gebrek aan weging van de subcriteria wordt aangevoerd, een besteksonregelmatigheid betreft die van aard is om de gehele gunningsprocedure aan te tasten. Er valt niet in te zien waarom dit niet zou gelden wanneer het een gebrek aan weging van de gunningscriteria zelf betreft.

De argumentatie van de verwerende partij dat het middel niet de bestreden gunningsbeslissing zou viseren en niet gegrond zou zijn op een onwettigheid van het bestek die de wettigheid van de gunning in het gedrang zou kunnen brengen, kan dan ook niet worden gevolgd.

Het gegrond bevinden van het middel zou er bijgevolg toe kunnen leiden dat de gehele gunningsprocedure moet worden hernomen waardoor de verzoekende partij aldus opnieuw kans zou maken een nieuwe offerte in te dienen en de opdracht gegund te krijgen. Haar belang bij het middel wordt aanvaard.

14. Het vijfde middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 26 april 2013 van de Kerkfabriek Sint-Michiël waarbij de opdracht tot ontwerpen voor de restauratie van de dekenij en kapelanij gegund werd aan bvba Spectrum.

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 10 februari 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest