RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 234.636 van 3 mei 2016
in de zaak A. 214.992/XII-7836

In zake: de NV CONSTRUCTIEHUIZEN DEMAN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Francis Vanhoonacker
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Minister Liebaertlaan 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de INTERGEMEENTELIJKE MAATSCHAPPIJ VOOR OPENBARE GEZONDHEID IN ZUID-WEST-VLAANDEREN (IMOG)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ivan Lietaer
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Rooseveltplein 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 11 februari 2015, strekt tot de nietigverklaring van de "beslissing van de Raad van bestuur van de Intergemeentelijke Maatschappij voor Openbare Gezondheid in het Gewest Kortrijk (IMOG) cvba van 16 december 2014 tot niet-selectie van [de nv Constructiehuizen Deman] en waarbij aan [de nv Cofely Fabricom] de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp 'Rolbrug voor huisvuilverbrandingsinstallatie van IMOG te Harelbeke' werd gegund".

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 12 april 2016.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Michiel Deweirdt, die loco advocaat Francis Vanhoonacker verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Ivan Lietaer, die 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. IMOG schrijft een overheidsopdracht werken uit met als voorwerp “Rolbrug voor huisvuilinstallatie van IMOG Harelbeke”. De gunningswijze is de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 mei 2014.

3.2. Het toepasselijke bestek 2014/004 voorziet inzake de gunningscriteria onder meer in het volgende:

> "Volgende criteria zijn van toepassing bij de gunning van de opdracht :
> 1. Technische criteria: technisch voorstel, kwaliteit van de voorgestelde materialen en producten, veiligheidseisen, onderhoudsvriendelijkheid,…
> 2. Financiële criteria: investeringskost, verbruikskost, onderhoudskost,…
> 3. Plan van aanpak: uitvoeringstermijn (ervan uitgaande dat het bestuur bestelt op 18 juli 2014 en de voorziene stilstand van de installatie is vanaf 25 mei 2015), benodigde ruimte voor de installatiewerken,...
> De gunningscriteria worden vermeld in afnemende volgorde van belangrijkheid."

3.3. Met e-mailbericht van 25 juni 2014 deelt de projectingenieur van de verwerende partij het volgende mee aan de kandidaten, ook aan de verzoekende partij:

> "In het bestek was de puntenverdeling voor de gunningscriteria nog niet opgenomen, de criteria zullen via onderstaande punten beoordeeld worden:
> Technische criteria : 40
> Financiële criteria : 40
> Plan van aanpak : 20."

3.4. Er worden vervolgens offertes ingediend door de nv Cofely Fabricom, de nv Constructiewerkhuizen Deman, dit is de verzoekende partij, en de nv TCS OF TIMMERS CS.

3.5. Er wordt op 10 december 2014 een verslag van nazicht opgesteld. Alle inschrijvers worden geselecteerd en hun offertes worden regelmatig bevonden.

Wat de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria betreft wordt inzake het eerste gunningscriterium opgemerkt dat alle offertes elk 30 van de 40 punten krijgen en extra punten volgens een tabel in bijlage bij het verslag.

De punten voor de drie gunningscriteria worden als volgt toegekend:

Inschrijver	1e gunningscriterium	2e gunningscriterium	3e gunningscriterium	Totaal
Nv Cofely Fabricom	32	40	20	92
Nv Constructiewerkhuizen Deman	34	29,62	10	73,62
Nv TCS OF TIMMERS CS	26	23,32	0	49,32

3.6. Op 16 december 2014 beslist IMOG de opdracht te gunnen aan de nv Cofely Fabricom.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. De verzoekende partij vordert naast de nietigverklaring van de gunningsbeslissing eveneens haar “niet-selectie”.

4.2. Aangezien de verzoekende partij wel degelijk werd geselecteerd, is er geen sprake van haar “niet-selectie”. Het beroep is wat dit voorwerp betreft dan ook onontvankelijk.

V. Vertrouwelijkheid van het administratief dossier

5.1. De verwerende partij legt de offertes van de nv Cofely Fabricom en de nv TCS OF TIMMERS CS in het administratief dossier als vertrouwelijke stukken neer. Zij verwijst hierbij naar het feit dat de offertes informatie bevatten inzake technische, industriële en commerciële geheimen.

5.2. In haar memorie van wederantwoord betwist de verzoekende partij de vertrouwelijkheidsverklaring; zij verzoekt om inzage in het volledige administratief dossier.

5.3. In het auditoraatsverslag wordt dit verzoek verworpen om reden dat “de opheffing van de als vertrouwelijk aangemerkte offertes niet noodzakelijk is voor de oplossing van de zaak”. Vervolgens worden het derde en het vierde middel gegrond bevonden.

In haar laatste memorie weerspreekt de verzoekende partij inhoudelijk dit standpunt niet; zij verwijst wat dit aspect betreft enkel naar haar eerdere procedurestukken.

In die omstandigheden, temeer de Raad, zoals hierna zal blijken, het standpunt van het auditoraatsverslag inzake de gegrondheid van het derde en het vierde middel bijvalt, wordt de vertrouwelijkheid niet geheven.

VI. Onderzoek van het derde en vierde middel

A. Derde middel

Standpunt van de partijen

6.1. De verzoekende partij voert de schending aan van onder meer het transparantie- en gelijkheidsbeginsel en het *patere legem quam ipse fecisti* beginsel waarbij zij betoogt dat de verwerende partij de door haar in het bestek opgenomen weging van de gunningscriteria en beoordelingsmethode niet heeft nageleefd bij de beoordeling van de offertes. Zij merkt op dat in het toepasselijke bestek er drie gunningscriteria zijn vermeld, namelijk technische criteria, financiële criteria en plan van aanpak en dat deze criteria worden vermeld in afnemende volgorde van belangrijkheid. Dit betekent, aldus de verzoekende partij, dat de verwerende partij op het ogenblik van de redactie van het bestek van oordeel was dat de technische criteria van groter belang waren en dus meer moesten doorwegen dan de financiële criteria, en deze laatste belangrijker waren dan het plan van aanpak. De verwerende partij heeft echter bij het nazicht van de offertes aan de eerste twee criteria een zelfde belang in de plaats van een afnemend belang gehecht.

6.2. De verwerende partij antwoordt op deze kritiek dat de wijziging van de weging van een afnemende volgorde van belangrijkheid naar een puntensysteem van tweemaal veertig punten voor de eerste twee criteria en twintig punten voor het derde criterium, aan de inschrijvers werd medegedeeld bij e-mailbericht van 25 juni 2014 en dat de inschrijvers zodoende hiermee rekening hebben kunnen houden bij het opstellen van hun offertes.

6.3. In haar laatste memorie merkt de verwerende partij op dat de gehanteerde puntenverdeling werd “toegepast en dus vastgesteld door het

bevoegde orgaan bij de gunningsbeslissing van 16 december 2014". "Er is dus *in casu* wel degelijk ook of minstens *a posteriori* voldaan aan de vereiste van vaststelling door het bevoegde orgaan van de weging van de gunningscriteria." Zij benadrukt dat een aanbestedende overheid het bestek mag wijzigen zolang dit vóór de indiening van de offertes gebeurt. Dit is hier het geval, zo stelt de verwerende partij, aangezien de verzoekende partij vooraleer zij een offerte indiende, in kennis werd gesteld van de puntenverdeling "zodat zij alle gelegenheid en tijd had om met die puntenverdeling rekening te houden bij de opbouw van haar offertes".

6.4. In haar laatste memorie beklemtoont de verzoekende partij dat de verwerende partij geen formele beslissing voorlegt waaruit blijkt dat het bestek werd gewijzigd.

Beoordeling

7 In het bestek wordt bij de drie gunningscriteria uitdrukkelijk vermeld: "De gunningscriteria worden vermeld in afnemende volgorde van belangrijkheid."

In de bestreden beslissing wordt er een puntenverdeling gehanteerd waaruit blijkt dat er wordt afgeweken van deze besteksbepaling; de eerste twee criteria worden niet verschillend gewaardeerd doch met een gelijke weging. In de mate dat de verzoekende partij aangeeft dat de verwerende partij de bepalingen van het bestek zoals initieel bepaald niet heeft nageleefd, is haar kritiek dat er een schending is van het *patere legem*-beginsel terecht.

De verwerende partij meent echter dat het bestek tijdens de gunningsprocedure is gewijzigd. Zij wijst op haar e-mailbericht van 25 juni 2014 dat ook aan de verzoekende partij werd bezorgd, en waarbij de puntenverdeling werd bekendgemaakt.

Dit verweer kan niet worden aanvaard. De bewuste e-mail gaat uit van de projectingenieur van de verwerende partij waarvan niet wordt aangetoond dat hij enige bevoegdheid zou hebben om het bestek te wijzigen.

Evenmin legt de verwerende partij een beslissing tot wijziging van het bestek voor van haar bevoegde orgaan tenzij de door haar raad van bestuur genomen gunningsbeslissing zelf die, zoals zij zelf aangeeft, *a posteriori* is. Deze beslissing kan niet worden aanvaard als rechtsgeldige beslissing voor een bestekswijziging aangezien ze is genomen na indiening van de offertes. De omstandigheid dat de verzoekende partij haar offerte kon indienen rekening houdende met de door de projectingenieur aangebrachte informatie leidt niet tot een andere beoordeling; deze informatie was alsdan niet besteksconform.

Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

B. Vierde middel

Standpunt van de partijen

8.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de formele- en materiëlemotiveringsplicht en van het redelijkheidsbeginsel waarbij zij onder meer betoogt dat de "beoordeling van het financieel gunningscriterium door verwerende partij gebeurt door een loutere puntentoekenning, zonder mededeling van de motieven die ten grondslag liggen van deze beoordeling". Zij stelt dat aan haar offerte 29,62 werd toegekend terwijl aan de gekozen inschrijver 40 punten werden toegekend en nergens uit blijkt waarom dit zo gebeurde. Zij wijst erop dat in het bestek bij het criterium "financiële criteria" concepten worden vermeld zoals investeringskost, verbruikskost en onderhoudskost maar dat het nazichtsverslag niets meer vermeldt dan een loutere puntenscore.

8.2. De verwerende partij betoogt in haar memorie van antwoord dat zij de regel van drie heeft toegepast op de aangeboden prijzen. Er diende dan ook geen beschrijvende evaluatie te gebeuren.

8.3. De verzoekende partij antwoordt in haar memorie van wederantwoord onder meer:

> "In het bestek wordt gesteld dat voor het tweede gunningscriterium rekening moet gehouden worden met 'investeringskost, verbruikskost,

onderhoudskost…'. Deze drie elementen werden niet afzonderlijk onderzocht en beoordeeld in de bestreden beslissing. Er kan dus niet worden nagegaan of deze drie elementen naar waarde werden geschat.
Voor het tweede gunningscriterium kan men dan ook moeilijk stellen dat er een objectieve en gemotiveerde beoordeling is geweest van de verschillende subcriteria."

8.4. In haar laatste memorie betoogt de verwerende partij onder meer:

> "Dat in het bestek omtrent dit gunningscriterium [van de prijs] ook sprake is van onderhoudskost en verbruikskost bet [sic] niet dat de kwestieuze overheidsopdracht enkel en alleen betrekking had op de levering en de plaatsing van de rolbrug, en niet tevens op het onderhoud ervan. Het onderhoud kan overigens later door eigen personeel worden uitgevoerd of door andere firma's dan deze die de rolbrug leverde en plaatste. De wisselstukkenlijst die deel uitmaakt van de offerte van de verzoekende partij vermeldt overigens enkel eenheidsprijzen en geen uurlonen, en dit zegt niets over de onderhoudskost van de door haar aangeboden rolbrug en is geen verbintenis van harentwege. Over de verbruikskost bevatte geen van de drie offertes nadere gegeven[s], ook niet dus deze van de verzoekende partij, die dus slecht gekomen is om aan de verwerende partij te verwijten dat dit niet beoordeeld werd."

8.5. In haar laatste memorie weerspreekt de verzoekende partij dat haar offerte geen gegevens over het vermogen en dus over het verbruik van de voorgestelde rolbrug zou bevatten. Ook wijst zij erop dat in het bestek zelf uitdrukkelijk werd gevraagd naar een niet-beperkende lijst van mogelijke wisselstukken, vraag waar de verzoekende partij aan heeft voldaan. De verwerende partij heeft hier geen rekening mee gehouden.

Beoordeling

9. De verwerende partij geeft zelf toe dat zij bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium 'financiële criteria' geen rekening heeft gehouden met alles wat in het bestek wordt opgenomen als elementen waarmee dit criterium zal worden beoordeeld, namelijk investeringskost, verbruikskost, onderhoudskost. De verwerende partij heeft enkel rekening gehouden met de investeringskost en daarop de regel van drie toegepast.

Haar verweer in de laatste memorie dat zij geen rekening kon houden met de verbruikskost bij gebrek aan gegevens opgenomen in de offertes en dat de onderhoudskost geen belang had omdat het onderhoud door haar eigen personeel of andere ondernemingen dan de inschrijvers kan worden uitgevoerd, overtuigt niet.

Een aanbestedende overheid mag haar bestekseisen niet wijzigen zonder de geëigende procedure. De verwerende partij mocht tijdens de onderhandelingen de inschrijvers er overigens op wijzen dat op grond van de bestekseisen er nadere informatie moest worden verstrekt; ook zijn de opmerkingen van de verzoekende partij in haar laatste memorie pertinent en worden ze ter terechtzitting door de verwerende partij niet weersproken.

In de mate dat de verzoekende partij minstens impliciet doch zeker aan de verwerende partij verwijt dat zij haar eigen besteksbepalingen niet naleeft, is het middel gegrond.

VII. Besluit en kosten

10. Het gegrond bevinden van het derde en vierde middel verantwoordt de nietigverklaring van de gunningsbeslissing.

Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verzoekende partij de door haar gevraagde en niet betwiste basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de Intergemeentelijke Maatschappij voor Openbare Gezondheid in Zuid-West-Vlaanderen van 16 december 2014 waarbij de overheidsopdracht voor werken met als

voorwerp ‘Rolbrug voor huisvuilverbrandingsinstallatie van IMOG te Harelbeke’ wordt gegund aan de nv Cofely Fabricom.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 3 mei 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Silja Doms **Dierk Verbiest**