RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 237.234 van 31 januari 2017
in de zaak A. 221.152/XII-8290

In zake: de OPPS BV
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Judo
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAPSCOMMISSIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Leopold Schellekens en Alexandre Peytchev
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 6 januari 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging "van de beslissing van het College van de Vlaamse Gemeenschapscommissie van 22 december 2016, met als nummer 20162017-0448, waarbij de studieopdracht voor de opmaak van outputspecificaties voor het multifunctioneel nieuwbouwproject 'Gallaitsite te 1030 Schaarbeek' gegund wordt aan Blue Strategy bvba […] en van de impliciete weigeringsbeslissing om voormelde opdracht […] aan de [bv OPPS] te gunnen".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 januari 2017, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Frank Judo, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Alexandre Peytchev, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit met als voorwerp "Studieopdracht voor de opmaak van outputspecificaties voor het multifunctioneel nieuwbouwproject Gallaitsite".

De opdracht heeft een geraamde waarde van 120.000 euro, btw inbegrepen, en wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

De gunningswijze is de open offerteaanvraag. Het bestek OIGAL1501.02 is van toepassing.

3.2. De opdracht kadert in de realisatie van de ontwikkeling van de Gallaitsite te Schaarbeek en de realisatie van educatieve en aanverwante

voorzieningen, waar de Vlaamse Gemeenschapscommissie volgens het bestek het volgende programma wenst te realiseren:

> "De VGC heeft voor de site een behoeftenonderzoek doorgevoerd aangaande educatieve en aanverwante voorzieningen en wenst volgend programma te realiseren:
> - secundaire school van 576 leerlingen met sportinfrastructuur;
> - tienerschool van 192 leerlingen;
> - basisschool van 192 leerlingen;
> - kinderdagverblijf met 60 opvangplaatsen;
> - ondergrondse parking met minstens 50 en maximum 199 plaatsen;
> - jeugdinfrastructuur voor buurtorganisaties met minimale oppervlakte 700m²;
> - privaat residentieel programma (optioneel)."

Dit programma dient luidens het bestek "verder onderzocht en verfijnd te worden tijdens de opmaak van de outputspecificaties en in functie van het verkregen totale ontwikkelingsgebied".

3.3. In het bestek onder deel 1 "Algemene bepalingen", artikel H "Vorm en inhoud van de offerte" wordt onder meer bepaald:

> "In de offerte worden de volgende inlichtingen vermeld:
> […]
> 3. Financiële gegevens
> - de globale of eenheidsprijs voor omschrijving van de opdracht, (exclusief btw) en het bedrag van de btw.
> - Een prijs op basis van de te besteden tijd aan een regie-uurtarief (voor bijkomende prestaties op vraag van de aanbestedende overheid)
> De prijzen worden in de offerte opgegeven in euro tot 2 cijfers na de komma."

Onder deel 2 "Technische bepalingen", artikel C "Bijkomende prestaties" wordt vermeld:

> "Op vraag van de aanbestedende overheid kunnen bijkomende prestaties gelinkt aan bovenvermelde opdracht worden gevraagd. Hiervoor dient de inschrijver een prijs op basis van de te besteden tijd aan een regie-uurtarief te vermelden in de offerte.
> Hierbij dient een onderscheid gemaakt te worden volgens:
> • Het niveau van de adviseur
> • De bijkomende geleverde prestatie"

Ook in het onder deel 3 “Offerteformulier – ingevuld en ondertekend terug te sturen” bij het bestek gevoegde offerteformulier wordt verwezen naar de prijs voor “de studieopdracht” en de uurtarieven voor “extra prestaties”:

> “B. Financiële gegevens
>
> - De prijs voor de studieopdracht voor de opmaak van de outputspecificaties voor het multifunctioneel nieuwbouwproject ‘Koekelbergsite’, (exclusief btw)
>
> in cijfers: …
> in letters: …
> het bedrag van de btw: …
>
> - Voor extra prestaties buiten de omschrijven opdracht zijn volgende uurtarieven van toepassing, (exclusief btw):
>
> …….
> …….
> …….
>
> De prijzen worden in de offerte opgegeven in euro tot 2 cijfers na de komma.”

In het bestek onder deel 1, artikel I “Prijsbepaling” wordt onder meer vermeld:

> “Dit is een opdracht volgens globale prijs wat betekent dat de globale prijs forfaitair is.”

Onder deel 1, artikel O “Gunningscriteria” wordt vermeld dat “[v]oor het bepalen van de meest gunstige offerte op economisch vlak […] de regelmatige offertes [zullen] worden getoetst aan een reeks gunningscriteria” alsook “[d]e gunningscriteria zullen gewogen worden om een eindklassement te bekomen”. Vervolgens worden twee gunningscriteria opgegeven, namelijk “Prijs” op 40 punten en “Kwaliteit van de voorgestelde projectaanpak” op 60 punten. Het prijscriterium wordt als volgt omschreven:

> “Gunningscriterium 1: De prijs 40 punten
> De prijzen die door de inschrijver worden voorgelegd dienen rekening te houden met de kwaliteit de hoeveelheid en de aard van de opdracht.
> De score op dit criterium wordt berekend volgens volgende formule:

P = 40 x Pm/Po
waarbij Pm de prijs is van de laagst geprijsde offerte, en Po de prijs van de onderzochte offerte."

3.4. Drie offertes worden ingediend en geopend op 6 december 2016. De inschrijvers zijn de verzoekende partij, de nv Arcadis Belgium en de bvba Blue Strategy.

3.5. Er wordt een gunningsverslag opgesteld. Hierin worden de drie inschrijvers geselecteerd en worden de drie offertes regelmatig bevonden. Vervolgens worden de gunningscriteria beoordeeld.

Wat het gunningscriterium "Prijs" betreft wordt het volgende vermeld:

"Dit criterium staat op 40 en wordt als volgt berekend

Studieopdracht weging 30 punten
P = 30 X Pm/Po
waarbij:
P = het aantal behaalde punten
30 = het maximum te behalen aantal punten
Pm = de prijs van de laagst geprijsde offerte
Po = de prijs van de onderzochte offerte

Gemiddeld uurtarief extra prestaties weging 10 punten
P = 10 X Pm/Po
waarbij:
P = het aantal behaalde punten
10 = het maximum te behalen aantal punten
Pm = het voordeligste gemiddelde uurtarief voor extra prestaties
Po = het gemiddelde uurtarief voor extra prestaties van de onderzochte offerte

Gunningscriterium 1 - Prijs							
	Max. Score	Arcadis Belgium		Blue Strategy		OPPS	
Prijs		Bedrag	Pnt	Bedrag	Ptn	Bedrag	Ptn
Studieopdracht	30	95.766,00	14,14	74.800	18,11	45.145	30
Uurtarief extra prestaties	10	95-110	9,76	80-105-115	10	105-120-140	8,22
Totaal	40	23,9		28,11		38,22	

."

De eindscore is:

“

Gunningscriteria				
	Max. Score	Arcadis Belgium	Blue Strategy	OPPS
Gunningscriterium 1	40	23,90	28,11	38,22
Gunningscriterium 2	60	59	58	47,5
Totaal	100	82,90	86,11	85,72

”.

Er wordt als volgt besloten:

“Rekening houdende met de selectie- en gunningscriteria wordt volgend gunningsvoorstel gedaan:
De studieopdracht voor de opmaak van outputspecificaties voor het multifunctioneel nieuwbouwproject ‘Gallaitsite’ wordt gegund aan de firma Blue Strategy [bvba] voor een bedrag van 90.508,00 eur, incl. btw.
Extra prestaties buiten de omschreven opdracht worden gegund aan een uurtarief van 96,80 eur of 127,05 eur of 139,15, incl. btw., afhankelijk van het profiel en de discipline.”

3.5. Op 22 december 2016 onderschrijft het college van de Vlaamse Gemeenschapscommissie het gunningsverslag en het gunt de opdracht aan de bvba Blue Strategy. Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. 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.

V. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

5.1.1. 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’, van het gelijkheids- en het transparantiebeginsel, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ al dan niet samengenomen met artikel 4, 8°, *juncto* artikel 5, 9°, 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 van het redelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Zij laat in hoofdorde en als eerste middelonderdeel gelden:

> “Doordat, in hoofdorde, verwerende partij het gemiddelde uurtarief voor bijkomende prestaties betrekt bij de beoordeling van het prijscriterium, en er derhalve sprake is van een bijkomend subcriterium;
> Terwijl het gebruik van subcriteria die niet op voorhand werden bekendgemaakt niet is toegelaten indien deze subcriteria de voorbereiding

van de offertes hadden kunnen beïnvloeden indien zij op voorhand gekend waren geweest;
En terwijl de gunningsprocedure op een transparante wijze dient te worden gevoerd, openbaarheid de regel is en degenen die voor de toewijzing van een opdracht in aanmerking willen komen van tevoren moeten kunnen weten wat zij daarvoor moeten doen of laten en dus met alle door de aanbestedende overheid cruciaal geachte gegevens rekening moeten kunnen houden bij het opstellen van hun offertes;
Zodat, de bestreden beslissing strijdig is met het gelijkheids- en transparantiebeginsel."

De verzoekende partij merkt in haar toelichting op dat uit het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij rekening heeft gehouden met twee subcriteria bij het gunningscriterium "Prijs" op veertig punten, namelijk de prijs van de offerte voor de studieopdracht op dertig punten en de prijs voor bijkomende prestaties op tien punten. Deze handelwijze blijkt echter niet uit het bestek,wijzigt dat en wijkt er dan ook van af; hierin wordt immers niet vermeld dat het prijscriterium wordt opgesplitst; er is slechts sprake van één prijscriterium. De verwerende partij heeft aldus in het gunningsverslag een subcriterium, namelijk het gemiddeld uurtarief voor extra prestaties, toegevoegd. Dit strijdt met een richtlijnconforme interpretatie van artikel 25 van de voormelde wet van 15 juni 2006. Er is hier een onrechtmatige wijziging van het gunningscriterium prijs.

De loutere vermelding in het bestek dat "de inschrijver een prijs op basis van de te besteden tijd aan een regie-tarief [dient] te vermelden in de offerte" met betrekking tot eventuele "bijkomende prestaties gelinkt aan bovenvermelde opdracht" doet aan die vaststelling geen afbreuk. Deze meldingsplicht werd opgenomen onder het deel 2 "Technische bepalingen" en niet onder het deel 1 "Algemene bepalingen", artikel O "Gunningscriteria".

5.1.2. De verwerende partij wijst in de eerste plaats op het meervoud "prijzen" zoals in het bestek bij het prijscriterium vermeld. In het bestek wordt voorts tot driemaal toe verduidelijkt over welke prijzen en dus welke subcriteria het gaat, namelijk in deel 1, artikel H "Vorm en inhoud van de offerte", deel 2, artikel C "Bijkomende prestaties" en in deel 3, artikel B "Financiële gegevens" – hiervoor opgenomen onder randnummer 3.3. Het feit dat er twee subcriteria bij het prijscriterium zijn wordt niet ontkracht doordat de drie besteksvermeldingen niet

alle zijn opgenomen onder het artikel inzake de gunningscriteria. “Het bestek dient immers in haar totaliteit en op een nuttige wijze te worden gelezen.” De stelling van de verzoekende partij dat een subcriterium niet in het bestek was opgenomen, noch vooraf was bekendgemaakt, mist dan ook, aldus de verwerende partij, feitelijke en juridische grondslag. Overigens kan er hier volgens de verwerende partij geen sprake zijn van een richtlijnconforme interpretatie van het voormelde artikel 25 aangezien de opdracht de Europese drempelwaarde niet bereikt.

Voorts wijst de verwerende partij erop dat zij de in het bestek opgenomen berekeningsformule voor de toekenning van de punten bij het prijscriterium correct heeft toegepast, ook voor het subcriterium inzake de bijkomende prestaties. “Van enige ‘belangrijke wijziging’ aan het vooropgestelde prijscriterium kan dan ook [volgens de verwerende partij] geen sprake zijn.”

Ten slotte merkt zij op dat ook het gewicht van het prijscriterium werd nageleefd “in de zin dat het prijscriterium werd afgewogen op een totaalscore van 40 punten”. Het feit dat deze score werd opgesplitst in 30 en 10 punten doet hieraan geen afbreuk. “Deze opsplitsing houdt immers nog steeds rekening met de in het bestek voorgeschreven waarde van 40 punten voor het prijscriterium.”

De verwerende partij concludeert dat er geen sprake is van enige wijziging of afwijking van de in het bestek vooropgestelde handelwijze waaruit de toevoeging van een niet voorafgaandelijk in het bestek vermeld subcriterium mag worden afgeleid.

Beoordeling

5.2.1. Luidens het voormelde artikel 25 dient de opdracht bij een offerteaanvraag te worden gegund aan de inschrijver die de regelmatige offerte heeft ingediend die de economisch voordeligste is vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, rekening houdende met de gunningscriteria. De gunningscriteria moeten in de aankondiging van de opdracht of in een ander opdrachtdocument zijn vermeld. De gunningscriteria moeten in het bestek of de aankondiging zodanig zijn geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te

interpreteren. De aanbestedende dienst moet de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uitleggen.

De aanbestedende overheid beschikt bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een grote beoordelingsvrijheid. De Raad van State mag zich niet in de plaats van het bestuur stellen en de rangschikking op grond van een eigen beoordeling wijzigen. Wel mag hij desgevraagd nagaan of de inhoudelijke beoordeling van de offertes is geschied aan de hand van de gunningscriteria die in het bestek of de aankondiging van de opdracht zijn opgenomen, nu geen andere gunningscriteria bij de beoordeling mogen worden betrokken, en of de offertes zijn beoordeeld op grond van alle in het bestek vermelde gunningscriteria, alsook of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

5.2.2. Het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers veronderstelt dat de gunningsprocedure op transparante wijze wordt gevoerd en dat openbaarheid de regel is. De inschrijvers moeten van de aanbestedende overheid een gelijke kans krijgen om de opdracht in de wacht te slepen, wat inhoudt dat zij zich zowel in de fase van voorbereiding van hun biedingen als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende overheid in een gelijke positie moeten bevinden. De gelijkheid die aan de gunning van overheidsopdrachten ten grondslag ligt, veronderstelt voorts dat zij die voor gunning van de opdracht in aanmerking willen komen, van tevoren weten wat zij daarvoor moeten doen of laten en dus met alle door de aanbestedende overheid cruciaal geachte gegevens rekening moeten kunnen houden bij het opstellen van hun offertes.

In ieder geval is een aanbestedende overheid op grond van het hier ook ingeroepen *patere legem*-beginsel ertoe gehouden om de regels die zij in haar eigen bestek heeft opgelegd, te eerbiedigen. Uit dat beginsel vloeit immers voort dat zij bij het doorvoeren van een inhoudelijke beoordeling van offertes gehouden is door de regels die hieromtrent in het bestek zijn vastgesteld, ook al zijn deze niet verplichtend opgelegd door regelgeving.

5.2.3. Te dezen bereikt de geraamde waarde van de opdracht niet het bedrag voor de Europese bekendmaking zodat dient te worden aangenomen dat de verwijzing, in de toelichting van het middel, naar een richtlijnconforme interpretatie in beginsel niet relevant lijkt.

5.2.4.1. De verzoekende partij voert in het middelonderdeel in wezen aan dat de verwerende partij in het gunningsverslag en dus bij de beoordeling, afwijkt van het bestek door een niet bekendgemaakt subcriterium "gemiddeld uurtarief extra prestaties" toe te passen.

5.2.4.2. Weliswaar wijst de verwerende partij er terecht op dat in het bestek niet enkel onder het deel 2 "Technische bepalingen" wordt gehandeld over de opgave van een prijs voor bijkomende prestaties – zie randnummer 3.3 – doch dit volstaat op het eerste gezicht niet om aan te nemen dat het voor een inschrijver voorzienbaar was dat in het kader van de beoordeling van het prijscriterium ook de tarieven voor bijkomende prestaties zouden worden betrokken.

In de eerste plaats lijkt het prijscriterium zoals onder artikel O van deel 1 van het bestek als gunningscriterium vermeld, in elk geval de erin opgenomen berekeningsformule, veeleer slechts één prijs, te beoordelen op 40 punten, in te houden, en niet twee prijsonderdelen met een onderscheiden weging. Dit lijkt des te meer te gelden aangezien in artikel I "Prijsbepaling" van deel 1 van het bestek onder meer wordt bepaald dat het om "een opdracht volgens globale prijs wat betekent dat de globale prijs forfaitair is", gaat. Anders dan de verwerende partij aanvoert, blijkt het tegendeel *prima facie* ook niet afdoende uit de verwijzing in hetzelfde artikel naar de zin: "De prijzen die door de inschrijver worden voorgelegd dienen rekening te houden met de kwaliteit de hoeveelheid en de aard van de opdracht". Daarbij wordt ook bedacht dat deze uurtarieven slechts bijkomende prestaties betreffen, die niet zeker zijn, zodat, indien deze in dit criterium beoordeeld zouden worden, verwacht mocht worden, zo lijkt, dat dit duidelijk zou zijn bepaald.

Dat de verwerende partij de in het bestek opgenomen formule voor de puntentoekenning bij het prijscriterium correct zou hebben toegepast, toont evenmin het gelijk van de verwerende partij aan. Die handelwijze betreft

immers de invulling van het criterium terwijl de hier besproken grief het feit betreft dat het niet voorzienbaar was dat deze tarieven bij het criterium zouden worden beoordeeld. Evenmin lijkt het argument van de verwerende partij dat hoe dan ook het voorziene aantal punten van 40 onveranderd is gebleven, hierbij valabel.

5.2.4.3. Concluderend lijkt de verwerende partij dan ook bij haar beoordelingswijze het prijscriterium, zoals opgenomen in het bestek, te hebben gewijzigd wat strijdt met het gelijkheids- en transparantiebeginsel en met het *patere legem*-beginsel. Aangezien aldus niet vaststaat dat de opdracht werd gegund aan de economisch voordeligste inschrijver, lijkt de gunningsbeslissing evenzeer artikel 25 van de voormelde wet van 15 juni 2006 te schenden.

5.2.4.4. Het ernstig bevonden middelonderdeel rechtvaardigt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden gunningsbeslissing. Er is vooralsnog geen aanleiding om over te gaan tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden impliciete weigeringsbeslissing aangezien de belangen van de verzoekende partij door de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden gunningsbeslissing thans voldoende gevrijwaard lijken.

Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgend nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de door de verzoekende partij gevorderde rechtsverspleginsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van het besluit van 22 december 2016 van het College van de Vlaamse Gemeenschapscommissie waarbij de opdracht voor diensten 'Studieopdracht voor de opmaak van outputspecificaties voor het multifunctioneel nieuwbouwproject Gallaitsite' wordt gegund aan de bvba Blue Strategy.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 31 januari 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Pierre Barra**