

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 256.924 van 23 juni 2023
in de zaak A. 231.107/XII-8920**

In zake : de NV STALS EN ZOON
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Luc Carlé
 kantoor houdend te 9160 Lokeren
 Gentse Steenweg 36
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

 de STAD HALLE
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Sofie Logie
 kantoor houdend te 8500 Kortrijk
 Beneluxpark 27B
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 24 juni 2020, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de stad Halle van 24 april 2020 waarbij de opdracht ‘Vernieuwen van de vloer van de grote zaal in CC ’t Vondel’ wordt gegund aan de bvba Phenix Group.

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 Thomas Maes heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 mei 2023.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Luc Carlé, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Thomas Fiers, die *loco* advocaat Sofie Logie verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 werken uit met als voorwerp ‘Vernieuwen van de vloer van de grote zaal in CC ’t Vondel’.

De opdracht wordt geplaatst met een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Ze wordt nationaal bekendgemaakt.

3.2. In punt I.10 ‘Gunningscriteria’ van het bestek dat op de opdracht van toepassing is, worden de volgende gunningscriteria bepaald:

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Prijs	50
	Regel van drie; Score offerte = (prijs laagste offerte / prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs	
2	Uitvoeringstermijn	30
	De werken kunnen pas beginnen op 06/07/2020 en dienen volledig afgewerkt te zijn op 27/12/2020. Hierin zijn onder andere de droogtijden van [het] beton, vernis voor [het] parket, leegmaken van de werf inbegrepen. De vloer dient dus vanaf 28/12/2020 volledig toegankelijk te zijn. Hiervoor dient een schriftelijke bevestiging toegevoegd te worden. Het vroeger opleveren van de in het bijzonder bestek beschreven werken zal een gunstige invloed hebben op de punten toekenning in de gunningscriteria.	
3	Kwaliteit	20
	De gebruikte materialen dienen van hoge kwaliteit te zijn zoals beschreven in het bijzonder bestek. Het gebruik van hoogwaardige producten heeft een positieve invloed op de gunningscriteria.	
Totaal gewicht gunningscriteria		100

In punt III.3.2 ‘Uitvullaag in gevulderd beton (monolietbedrijfsvloer)’ van het bijzonder bestek wordt bepaald:

“Deze post omvat het leveren, plaatsen en afwerken van een gewapende cementgebonden bedrijfsvloer op een reeds verharde bestaande draagvloer met tussenplaatsing van een waterdichte scheidingslaag. De werken worden uitgevoerd conform de voorschriften van TV [Technische Voorlichting] 204 ‘Cementgebonden bedrijfsvloeren’ en TV 267 ‘Betonvloeren voor binnentoepassingen’ van het WTCB [Wetenschappelijk en Technisch Centrum voor het Bouwbedrijf]

Specifieke eisen:

[...]

Beton type: C25/30

Gemiddelde dikte : $100 < d < 120$ mm

[...]

Oppervlakte vlakheid en tolerantie: Vlakheidsklasse I, Tolerantie: 3 mm op de lat van 2 m

[...].”

In punt III.4 ‘Nieuwe parketvloer’ van het bijzonder bestek staat vermeld: “Vochtgehalte van de ondergrond, zie art. 5.2.3. van TV 218 en TV 189”.

3.3. Op 31 maart 2020 worden de offertes geopend. Er blijken drie offertes te zijn ingediend, onder meer door de verzoekende partij en de bvba Phenix Group.

3.4. Op 7 april 2020 wordt een gunningsverslag opgesteld. Zowel de verzoekende partij als de bvba Phenix Group worden geselecteerd en hun offertes worden regelmatig bevonden.

Wat de toetsing aan de gunningscriteria betreft, luidt het gunningsverslag als volgt:

“

Nr.	Naam	Motivering	Score
Gunningscriterium nr. 1: Prijs Beoordeling op 50 punten [...]			
3	Phenix Group bvba		50
2	Stals en Zoon Parketvloeren		48,24
Gunningscriterium nr. 2: Uitvoeringstermijn Beoordeling op 30 punten [...]			
2	Stals en Zoon Parketvloeren	Heel duidelijke omschrijving van uitvoeringstermijn. Deze valt perfect tussen gevraagde termijn.	20
3	Phenix Group bvba	Heel duidelijke omschrijving van uitvoeringstermijn. Deze valt perfect tussen gevraagde termijn.	20
Gunningscriterium nr. 3: Kwaliteit Beoordeling op 20 punten [...]			
2	Stals en Zoon Parketvloeren	ok	15
3	Phenix Group bvba	ok	15

Finale rangschikking regelmatige offertes (gerangschikt volgens totale score)

Nr.	Naam	Score
3	Phenix Group bvba	85 %
2	Stals en Zoon Parketvloeren	83,24 %

”

Er wordt dan ook voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de bvba Phenix Group.

3.5. Met een e-mailbericht van 23 april 2020 vraagt de verwerende partij de volgende toelichting aan de verzoekende partij:

“Naar aanleiding van ons telefoongesprek had ik graag wat meer toelichting gekregen aangaande de uitvoeringstermijn van de vloer van CC 't Vondel waarvoor u een offerte heeft ingediend. Aangezien wij twijfels hebben over de haalbaarheid van deze termijn hadden wij graag een detail van deze termijn gekregen tegen morgen vrijdag 24/04 8u.

Graag hierin benodigde tijd voor volgende zaken voorzien:

- inrichting werf
- uitbraak en afvoer huidige vloer
- voorbereiding voor plaatsen gietbeton (bewapening, vloergoten, toezichtspotten, trekbuizen,...)
- plaatsing gietbeton + afwerking
- droogtijd gietbeton 12cm (rekening houdend met tv218 en tv189 van het WTCB, zie illustratie hieronder)
- plaatsing onderparket + parket
- behandeling parket (schuren, oliën enz...)
- afbraak werf en opkuis.”

3.6. Met een e-mailbericht van 24 april 2020 bezorgt de verzoekende partij de volgende planning aan de verwerende partij:

“Start en uitvoeringstermijn werken:

De werken worden uitgevoerd vanaf 06 juli 2020 [...] en worden ten laatste beëindigd op 16 oktober 2020.

06/07/2020 tot 10/07/2020

Werfinrichting.

Uitbraak en afvoer bestaande opbouw + plaatsen plastic en voorzien wachtleidingen en vloerkanaal en vloerdozen.

13/07/2020 tot 15/07/2020

Plaatsen wapeningsnetten en storten gietbeton.

Droogtijd van meer dan 11 weken voorzien voor 11 cm opbouw.

05/10/2020 tot 16/10/2020

Plaatsen parket, plinten en aanbrengen afwerkingslaag en opkuis.”

3.7. Op 24 april 2020 beslist de verwerende partij, verwijzend naar het gunningsverslag, om de opdracht te gunnen aan de bvba Phenix Group.

Dit is de bestreden beslissing.

3.8. Met een aangetekende brief van 28 april 2020 en een e-mailbericht van 27 april 2020 deelt de verwerende partij de gunningsbeslissing mee aan de verzoekende partij. Er volgt een uitvoerige correspondentie per e-mail tussen de verzoekende partij en de verwerende partij over de bestreden beslissing.

In een e-mailbericht van 30 april 2020 stelt de verwerende partij:

“Op uitvoeringstermijn staan zoveel punten omdat het zeker binnen de gevraagde termijn uitgevoerd moet worden. Na het plaatsen van de nieuwe vloer wordt er namelijk een nieuwe tribune geplaatst en eind januari gaat het CC weer open dus van deze termijn kan niet afgeweken worden.

Vandaar dat wanneer men bevestig[t] dat de vloer binnen de gevraagde periode uitgevoerd kan worden men 20 punten kreeg en per week dat men vroeger klaar is we 2 punten extra geven. Wij hebben een droogtijd van 15 tot 16 weken vooropgesteld, wat realistisch is. Aangezien u binnen de gevraagde uitvoeringstermijn zit, maar de droogtijd (om de juiste waarden te halen om parket op te plaatsen) die u doorgeeft niet realistisch is voor het type beton dat gevraagd is in het bijzonder bestek, hebben we u 20 punten toegekend maar dus geen extra punten. En dezelfde manier van puntentelling hebben we toegepast bij uw collega.”

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. De verzoekende partij doet ter terechtzitting afstand van haar vraag om de memorie van antwoord wegens laattijdigheid uit het debat te weren.

V. Onderzoek van het tweede en het derde middel, samengenomen

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij voert in het tweede middel de schending aan van “de materiële motiveringsplicht zoals vervat in artikel 3 van de wet van 29 juli 1997 [lees: 1991] betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, [...] van het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel en opportuniteitsbeginsel”, en in het derde middel de schending van het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

5.1. Wat het tweede middel betreft, licht zij toe dat de verwerende partij de beoordeling van gunningscriterium 2 ‘Uitvoeringstermijn’ niet heeft toegepast zoals is voorgeschreven in het bestek en zodoende niet heeft gekozen

voor de economisch meest voordelige offerte, rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitverhouding. “Volgens de achteraf bekomen gegevens blijkt dat verzoeker een uitvoeringstermijn heeft opgegeven (16.10.2020) die niet alleen 2 maanden en 11 dagen korter was dan voorzien in het bestek (27.12.2020), maar ook minstens 3 weken korter was dan deze van de [gekozen inschrijver] en dit terwijl beiden eenzelfde puntenscore ontvingen van 20/30 voor dit gunningscriterium”. Uit de mail van de verantwoordelijke ontwerper van 30 april 2020, nà de gunningsbeslissing, blijkt dat de verwerende partij een score van 20 punten toekent aan de inschrijver die het werk binnen de gevraagde periode kan uitvoeren en daarenboven 2 punten extra toekent “per week dat men vroeger klaar is”. Uit het bestek blijkt dat er, behoudens de einddatum der werken, waarin de droogtijden van het beton, het vernis van het parket en het leegmaken van de werf zijn inbegrepen, geen andere voorwaarden zijn gesteld om te voldoen aan dit gunningscriterium. Rekening houdend met een verschil in uitvoeringstermijn van minstens drie weken in vergelijking met de gekozen inschrijver, had de verzoekende partij minstens zes punten meer op dit gunningscriterium dienen te ontvangen en had de opdracht aan haar gegund moeten zijn.

5.2. Wat het derde middel betreft, licht de verzoekende partij toe dat de verwerende partij de inschrijvers niet op een transparante en gelijke wijze heeft beoordeeld. In gunningscriterium 2 is bepaald dat een vroegere oplevering der werken, dus eerder dan 27 december 2020, “een gunstige invloed zal hebben op de puntentoekenning voor dit gunningscriterium”. Deze omschrijving voldoet niet aan de voorwaarden inzake transparantie en gelijkheid nu deze “bonusregeling” niet op een objectieve wijze te controleren valt. In het gunningsverslag wordt de beoordeling van dit gunningscriterium voor de beide inschrijvers op identieke wijze omschreven als volgt: “Heel duidelijke omschrijving van uitvoeringstermijn. Deze valt perfect tussen gevraagde termijn.” De verwerende partij heeft aldus geen rekening gehouden met de door haar in het bestek voorziene bonusregeling in geval van een kortere uitvoeringstermijn en voor haar beoordeling dan ook geen enkele redelijke verantwoording gegeven. Met de achteraf verschaftte uitleg, namelijk dat de gunstige invloed op de puntentoekenning niet heeft gespeeld omdat zij van oordeel was dat de opgegeven uitvoeringstermijn niet realistisch

was, voegt de verwerende partij in feite een voorwaarde toe die niet voorzien is in het bestek, namelijk een minimum droogtijd van het beton van 15 tot 16 weken.

6. In haar memorie van antwoord wijst de verwerende partij, wat het tweede middel betreft, in de eerste plaats op haar discretionaire bevoegdheid inzake de inhoudelijke toetsing van de offertes aan de gunningscriteria.

Zij heeft de offerte van de verzoekende partij, zoals die van de gekozen inschrijver, een score van 20 op 30 punten gegeven voor het gunningscriterium ‘Uitvoeringstermijn’ omdat de verzoekende partij, in strijd met de WTCB-normen, geen rekening houdt met de extra droogtijd die nodig is voor een zeer vochtige ondergrond, wat blijkt uit haar e-mailbericht van 24 april 2020. De verzoekende partij heeft vóór de gunning nooit melding gemaakt van “sneldrogende beton”, zodat hiermee geen rekening kan worden gehouden. Bovendien is het gebruik ervan niet voorgeschreven in het bestek en laat het bestek geen varianten toe. Ook gaat de verzoekende partij uit van een andere “tolerantie”.

De verzoekende partij lijkt het gunningscriterium ‘Uitvoeringstermijn’ te reduceren tot een louter mathematisch criterium in functie van de finale uitvoeringstermijn, terwijl niet alleen de inkorting van de uitvoeringstermijn relevant is, maar ook het feit dat, onder meer, de droogtijden van het beton worden gerespecteerd. In dat licht is het niet onredelijk, noch onzorgvuldig, noch in strijd met het bestek dat aan de verzoekende partij niet méér punten zijn toegekend.

Wat het derde middel betreft, verwijst de verwerende partij naar haar repliek onder het tweede middel, stellende dat het derde middel neerkomt op wat de verzoekende partij reeds in het tweede middel aanvoert, namelijk “dat zij méér punten had moet krijgen voor haar kortere uitvoeringstermijn”.

7. In haar memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij, onder ‘Voorafgaandelijk’, dat het *post factum* argument dat zij sneldrogend beton gebruikt dat niet voorzien is in het bestek, strijdig is met het gunningsverslag

waarin onder gunningscriterium 3 ‘Kwaliteit’ geen opmerking wordt gemaakt betreffende het sneldrogend beton en aan de verzoekende partij evenveel punten worden toegekend als aan de gekozen inschrijver. De door de verzoekende partij voorgestelde betonvloer voldoet aan het betontype C25/30 en aan de voorschriften TV 204 ‘Cementgebonden bedrijfsvloeren’ en TV 267 ‘Betonvloeren voor binnentoepassingen’ van het WTCB, zoals opgelegd in het bestek. Het sneldrogend karakter van het beton is een eigenschap die geen invloed heeft op de kwaliteit, enkel op de droogtijd, en is bijgevolg geen “niet toegelaten variante. De uitvoeringstermijn, inclusief de droogtijd van het beton, is bepaald in het bestek en is niet voor interpretatie vatbaar. Er is geen minimum droogtijd voor beton voorzien in het bestek, zodat de verwerende partij, door aan de verzoekende partij minder punten toe te kennen op grond van “twijfels omtrent de haalbaarheid van de uitvoeringstermijn”, de bonusregeling bij vroegere oplevering, zoals voorzien in het bestek, uitholt.

Wat het tweede middel betreft, stelt de verzoekende partij dat de verwijzing naar de droogtijd van het beton en de zeer vochtige ondergrond niet opgaat, nu deze elementen niet in het bestek werden opgenomen als een criterium of een voorwaarde waarmee rekening diende te worden gehouden. Indien de aanbestedende overheid in het bestek één algemene uitvoeringstermijn voor de volledige opdracht, inclusief de droogtijd van het beton, bepaalt zonder specifieke condities inzake die droogtijd van het beton, kan zij achteraf de puntentoekenning niet laten afhangen van een minimum te voorziene droogtijd van het beton.

Wat het derde middel betreft, verwijst de verzoekende partij op haar beurt naar haar uiteenzetting onder het tweede middel en naar haar toelichting onder het punt ‘Voorafgaandelijk’.

8. In haar laatste memorie benadrukt de verwerende partij dat haar e-mailbericht van 23 april 2020 aan de verzoekende partij dateert van vóór de gunningsbeslissing; dat het antwoord van de verzoekende partij reeds vervat zit in het onderzoek van het gunningsverslag en daarmee rekening is gehouden, zodat de gunningsbeslissing hiernaar niet uitdrukkelijk moet verwijzen. In dat e-mailbericht

van 23 april 2020 wordt de “haalbaarheid van de termijn”, voorgesteld door de verzoekende partij, al uitdrukkelijk in twijfel getrokken. Er is bijgevolg geen sprake van *post factum* motieven. De termijn die de verzoekende partij voorstelt, is irrealistisch, minstens had zij in haar e-mailbericht van 24 april 2020 het gebruik van een andere betonsamenstelling als “reden van het sneller drogen en aldus de kortere uitvoeringstermijn opgegeven in haar offerte” moeten vermelden. De verwerende partij benadrukt nog dat zij nooit heeft beweerd dat de verzoekende partij de werken niet kan uitvoeren tegen de einddatum van 27 december 2020, en dat er bijgevolg geen reden was om de offerte onregelmatig te verklaren. Voorts stelt zij nog dat uit het gunningsverslag blijkt dat de beide offertes wel degelijk op de gunningscriteria ‘Uitvoeringstermijn’ en ‘Kwaliteit’ werden beoordeeld, en dat deze criteria niet werden geneutraliseerd maar voor de beide offertes “gelijk” werden beoordeeld.

Beoordeling

9. De Raad van State mag zich inzake de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria niet in de plaats stellen van de aanbestedende overheid. In de uitoefening van het hem opgedragen rechtmatigheidstoezicht mag hij desgevraagd wel nagaan of deze beoordeling berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven en of het bestuur daarbij haar beoordelingsruimte niet te buiten is gegaan.

10. De verzoekende partij maakt aannemelijk dat zij een uitvoeringstermijn heeft opgegeven die twee maanden en elf dagen korter is dan deze voorzien in het bestek, en ook “minstens” drie weken korter dan deze opgegeven door de gekozen inschrijver. Uit de vertrouwelijke stukken die de Raad van State heeft kunnen inzien, in het bijzonder de offertes, blijkt dat de uitvoeringstermijn opgegeven door de verzoekende partij inderdaad wezenlijk korter is dan deze opgegeven door de gekozen inschrijver. Deze kortere uitvoeringstermijn heeft evenwel niet tot een hogere score geleid.

In het bestek wordt nochtans bepaald dat de vloer vanaf 28 december 2020 volledig toegankelijk dient te zijn, en dat “[h]et vroeger opleveren van de in het bijzonder bestek beschreven werken [...] een gunstige invloed [zal] hebben op de punten toekenning in de gunningscriteria”. Bovendien bevestigt de verwerende partij in haar e-mailbericht van 30 april 2020 dat een inschrijver 20 punten krijgt wanneer de vloer binnen de gevraagde periode kan worden uitgevoerd, en twee punten extra kunnen worden gescoord “per week dat men vroeger klaar is”.

Daargelaten de vraag of de droogtijd van het beton waarmee de verzoekende partij in haar planning rekening houdt, al dan niet voldoende is voor het plaatsen van de nieuwe parketvloer, gelet op het vochtgehalte van de ondergrond, stelt de Raad van State vast dat ook indien met de, door de verwerende partij vooropgestelde, minimum droogtijd van het beton van 15 tot 16 weken rekening wordt gehouden, de door de verzoekende partij opgegeven uitvoeringstermijn nog steeds korter is dan deze opgegeven door de gekozen inschrijver.

Het motief om zowel aan de offerte van de verzoekende partij als aan de offerte van de gekozen inschrijver 20 op 30 punten toe te kennen omdat deze “perfect [valt] tussen [de] gevraagde termijn”, is bijgevolg, in het licht van de voornoemde bestekbepaling, niet draagkrachtig.

11. Het tweede en het derde middel zijn in de besproken mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de stad Halle van 24 april 2020 waarbij de opdracht ‘Vernieuwen van de vloer van de grote zaal in CC ’t Vondel’ wordt gegund aan de bvba Phenix Group.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van drieëntwintig juni tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Pierre Lefranc,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens