

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 79.829 van 20 april 1999
in de zaak A. 43.600/XII-162.**

In zake : de BVBA "TR.EL",
gevestigd te BRUSSEL,
Metsijsstraat 10

tegen :

1. het openbaar centrum voor maatschappelijk
welzijn van ANTWERPEN,
2. de Vlaamse Gemeenschap.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de BVBA TR.EL op 30 december 1990 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissingen van de verwerende partijen "betreffende het leveren, plaatsen en aansluiten van de bedverlichtingstoestellen voor het Algemeen Ziekenhuis Stuivenberg (Blok D) te weten :

- 1) de beslissing door dewelke de offerte van verzoekster ten onrechte afgewezen werd;
- 2) de beslissing door dewelke de opdracht ten onrechte aan een andere onderneming werd gegund;
- 3) de beslissing van de hogere overheid (Vlaamse Gemeenschap) dewelke ten onrechte goedkeuring tot de definitieve toewijzing aan een andere ondernemer verleende;
- 4) de beslissing van de hogere overheid (Vlaamse Gemeenschap) dewelke ten onrechte belofte van bijdragen verleende voor het aankopen, plaatsen en aansluiten van onregelmatig materiaal";

Gelet op het arrest nr. 36.489 van 26 februari 1991 waarbij de schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit wordt verworpen;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur J. STEVENS;

Gelet op de beschikking van 27 juni 1996 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 18 februari 1999 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 23 maart 1999;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaten J. MESPREEVE en P. VERMIJLEN, die verschijnen voor de verzoekende partij, en van advocaat A. SWINNEN, die loco advocaat M. STOLK verschijnt voor de eerste verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur J. STEVENS;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. Het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn van Antwerpen wenst voor zijn Algemeen Ziekenhuis Stuivenberg - bouwblok D, perceel 5 - over te gaan tot de aankoop en de installatie van nieuwe bedverlichtingstoestellen.

Op 28 april 1989 wordt een algemene offerte-aanvraag aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen, alsmede in vaktijdschriften, zoals onder meer de Bouwkroniek.

1.2. Er worden zeven offertes ingediend, waarvan de laagste 4.669.032 frank bedraagt en de hoogste 10.684.100 frank.

Omdat het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn van Antwerpen de technische aspecten van de verschillende biedingen niet zelf kan beoordelen wordt een beroep gedaan op een gespecialiseerd studiebureau, de BVBA HERELIXKA.

1.3. In het verslag van aanbesteding van 19 oktober 1989 komt dat studiebureau tot het besluit dat de inschrijving voor een bedrag van 6.825.000 frank van de BVBA ELECTRO ENTREPRISE uit Gullegem het meest interessante voorstel is.

De redenen om de BVBA TR.EL niet als contractpartij te kiezen worden in dat verslag uiteengezet.

1.4. Met een brief van 7 november 1989 deelt het studiebureau HERELIXKA aan de verzoekende partij onder meer mede dat het door haar aangeboden toestel niet in aanmerking kan worden genomen.

1.5. Verzoekende partij vraagt met een brief van 10 november 1989 aan het studiebureau de gemotiveerde beslissing alsmede een kopie van het verslag.

1.6. De raad voor maatschappelijk welzijn van Antwerpen wijst op 17 november 1989 de opdracht toe aan de BVBA ELECTRO ENTREPRISE, met dien verstande dat de goedkeuring dient te worden verkregen van de toezichthoudende overheid.

1.7. Het volledig dossier wordt dan ook met zending van 20 november 1989 ter goedkeuring voorgelegd aan het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Algemene technische diensten.

1.8. Met een brief van 28 november 1989 herhaalt de verzoekende partij haar vraag om in het bezit te worden gesteld van de gemotiveerde beslissing alsmede van een kopie van het verslag van het studiebureau aan het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn van Antwerpen.

1.9. Bij brief 13 december 1989 zendt het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn het verslag van het studiebureau dat heeft geleid tot de gemotiveerde beslissing.

1.10. Op 1 maart 1990 brengt de verzoekende partij het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn schriftelijk op de hoogte van haar bezwaren tegen de bevindingen van het studiebureau.

1.11. Met brief van 7 juni 1990 van de Algemene technische diensten van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap wordt de verzoekende partij medegedeeld dat het dossier door de bevoegde gemeenschapsminister ter goedkeuring werd opgevraagd.

1.12. De toezichthoudende overheid hecht haar goedkeuring aan de toewijzingsbeslissing met brief van 15 juni 1990. In deze brief wordt eveneens vaste belofte van toelage gedaan, ten belope van 30 procent van de

kosten van de werken, aan te rekenen op het Vlaams Fonds voor de bouw van ziekenhuizen en medisch-sociale instellingen.

1.13. Bij brief van 25 oktober 1990 deelt het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn de verzoekende partij mede dat de hogere overheid goedkeuring verleend heeft aan de definitieve toewijzing van de opdracht aan de firma ELECTRO ENTERPRISE tegen de prijs van 6.825.000 frank en dat zij de zaak hierbij dan ook afgesloten acht.

1.14. Op 18 september 1990 betekent het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn de definitieve goedkeuring van de offerteaanvraag aan de BVBA ELECTRO ENTERPRISE;

2. Over de ontvankelijkheid van het beroep.

2.1. Overwegende dat ambtshalve moet worden vastgesteld dat het beroep, in zoverre het gericht is tegen de eerste en de vierde bestreden beslissingen niet ontvankelijk is; dat wat de eerste bestreden beslissing betreft, die niet-ontvankelijkheid volgt uit de omstandigheid dat bij een offerteaanvraag de opdrachtgevende overheid niet de rechtsplicht heeft om de opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver;

dat de verzoekende partij in haar laatste memorie weliswaar stelt dat de drie offertes welke de hare voorafgingen, volgens het klassement opgesteld door het OCMW, onregelmatig waren en dat de enige andere regelmatige offerte na de hare werd gerangschikt, zodat de opdracht aan haar moest worden toegewezen;

dat echter, daargelaten de vraag of die redenering kan worden gevolgd bij een offerteaanvraag, de verzoekende partij die tweede onregelmatigheid welke ze kende voor het instellen van haar beroep, niet te gelegener tijd heeft aangevoerd voor de Raad van State,

zodat met dat argument geen rekening kan worden gehouden;

dat wat de vierde bestreden beslissing betreft, de verzoekende partij er geen belang bij heeft een belofte van subsidie van de tweede aan de eerste verwerende partij, welke enkel de rechtsverhoudingen tussen die twee partijen aangaat, te bestrijden;

2.2.1. Overwegende dat de beide verwerende partijen in hun memorie van antwoord aanvoeren dat het beroep ingesteld werd buiten de beroepstermijn; dat de eerste verwerende partij stelt dat de verzoekende partij reeds sedert 13 december 1989 ervan op de hoogte was dat haar offerte niet in aanmerking kwam, minstens dat het schrijven van het OCMW van Antwerpen van 25 oktober 1990 als uitgangspunt van de beroepstermijn dient te worden genomen; dat de tweede verwerende partij van mening is dat de beroepstermijn is ingegaan met de ontvangst door de verzoekende partij van de brief van 7 juni 1990 en dat zelfs indien het uitgangspunt van de beroepstermijn 25 oktober 1990 zou zijn, het annulatieberoep eveneens laattijdig is, aangezien niet bewezen wordt dat dit schrijven pas op 5 november 1990 ontvangen zou zijn door de verzoekende partij; dat de tweede verwerende partij er op wijst dat de beroepstermijn niet ingaat wanneer de betrokken belanghebbende kennis heeft van de eventuele onregelmatigheid van de door hem bestreden rechtshandeling, maar wanneer hij kennis heeft van het bestaan ervan;

2.2.2. Overwegende dat krachtens het destijds geldende artikel 84, § 2, derde lid, van de wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn de toewijzing van opdrachten die door de Staat of voor rekening van de Staat - lees thans: de Gemeenschap - worden gesubsidieerd, onderworpen is aan de goedkeuring van de minister die de toelage verleent; dat vooraleer die goedkeuring is verkregen de

toewijzing niet uitvoerbaar is en derhalve de termijn om er tegen beroep in te stellen bij de Raad van State niet kan beginnen lopen; dat de beslissing van de Vlaamse Minister van Volksgezondheid tot goedkeuring van de gunning aan de BVBA ELECTRO ENTREPRISE neergelegd is in diens brief van 15 juni 1990 aan de eerste verwerende partij; dat de verzoekende partij hiervan kennis heeft gekregen met brief gedateerd 25 oktober 1990; dat die brief niet aangetekend werd verstuurd; dat de verzoekende partij verklaart dat hij blijkens het poststempel op 29 oktober 1990 werd verstuurd en door haar op 5 november 1990 werd ontvangen; dat weliswaar de tweede verwerende partij dat laatste betwist, doch niet het bewijs levert van het tegendeel; dat, overigens, zelfs indien de bedoelde brief reeds op 30 oktober 1990 werd ontvangen door de verzoekende partij, dan het onderhavige beroep, dat op 30 december 1990 als aangetekende zending ter post werd afgegeven, binnen de termijn van beroep is ingesteld; dat de excepties van laattijdigheid ongegrond zijn;

2.3.1. Overwegende dat de tweede verwerende partij ook aanvoert dat zij geen tegenpartij is met betrekking tot de eerste en de tweede bestreden beslissing en dat het beroep tegen de derde en de vierde beslissing niet ontvankelijk is bij gebreke van een rechtstreeks en persoonlijk belang aan de kant van de verzoekende partij; dat zij van oordeel is dat de eventuele vernietiging van die beslissingen zonder invloed blijft op het bestaan en de rechtsgeldigheid van de eerste en de tweede bestreden beslissing;

2.3.2. Overwegende dat overeenkomstig hetgeen hiervoren werd uiteengezet de derde bestreden beslissing een noodzakelijke voorwaarde uitmaakt ten aanzien van de uitvoerbaarheid van de gunningsbeslissing; dat de verzoekende partij derhalve belang heeft om ze te bestrijden, ook als ze louter door een onwettige beslissing van

het lager bestuur goed te keuren, door dezelfde onwet-
tigheid zou zijn aangetast; dat zoals reeds vermeld het
beroep tegen de vierde bestreden beslissing niet
ontvankelijk is; dat de omstandigheid dat de tweede
verwerende partij niet de steller is van de eerste en de
tweede bestreden beslissing zonder invloed is op de
ontvankelijkheid van het beroep;

3. Over de gegrondheid van het beroep.

3.1. Overwegende dat de verzoekende partij onder
meer in een eerste middel de schending aanvoert van het
gelijkheidsbeginsel neergelegd in de artikelen 6 en 6bis
- thans de artikelen 10 en 11 - van de Grondwet; dat
zoals reeds in het arrest waarbij de vordering tot
schorsing werd verworpen is vastgesteld, dat middel
eigenlijk de schending aanvoert van artikel 14 van de
toen geldende wet van 14 juli 1976 betreffende de
overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leverin-
gen en diensten en van de artikelen 4, § 4, 25, 44 en 47
van het toen geldende koninklijk besluit van 22 april
1977; dat de verzoekende partij betoogt dat bij de
gunning ten onrechte, met beslissende invloed, rekening
werd gehouden met niet in het bestek opgenomen gunnings-
criteria, terwijl niet alle gunningscriteria in het
lastenkohier vermeld, werden onderzocht door het stu-
diebureau, zulks in strijd met de ingeroepen wets- en
verordeningsbepalingen; dat de verzoekende partij meer
bepaald wijst op de volgende criteria :

- "1) het criterium 'esthetisch', waaraan het ver-
slag 10 punten toekent, is niet vermeld in het
lastenkohier en mag dus niet in rekening komen.
- 2) het toekennen van punten in volgorde van
afnemend belang om het evenwicht tussen de
opgenomen gunningscriteria te eerbiedigen werd
ook niet vermeld in het bestek; de puntenver-
deling in acht genomen door het litigieus
verslag gebeurde op een willekeurige manier en
mocht niet weerhouden worden.
- 3) het lastenkohier vermeldt niet dat het goed-
keuren van de gekozen offerte door de hogere

overheid, in casu de Vlaamse Gemeenschap, een gunningscriterium zou zijn : de motivering gesteund op deze goedkeuring (cfr. brief van 25 oktober 1990 van het O.C.M.W.) mag niet weerhouden worden.

- 4) het gaat hier over een gewone offerte-aanvraag en niet over een wedstrijd offerte-aanvraag, daar deze laatste procedure niet in het lastenkohier werd opgenomen en daar het aanstellen van de jury niet aan de voorwaarden van onafhankelijkheid door de wet voorzien beantwoordt (artikel 47 van het K.B. van 22 april 1977).

De hier in het verslag aangestelde jury is dus niet bevoegd om advies te verstrekken over de toewijzing van de overeenkomst zelf";

3.2. Overwegende dat de eerste verwerende partij antwoordt dat het studiebureau de gunningscriteria samengevat heeft onder vijf globale punten welke de essentiële gunningscriteria bevatten, namelijk de prijs, de technische voorwaarden en de bediening, zodat voldaan is minstens aan de geest van artikel 14 van de wet van 14 juli 1976, terwijl de esthetiek wel degelijk begrepen is in de gunningscriteria onder punt 12, als een bijkomend voordeel of toebehoren dat voor dezelfde prijs wordt meegeleverd; dat zij in haar laatste memorie die stelling meer concreet uitwerkt als volgt :

- "A. ITEM 1 : KOSTPRIJS - 30 punten
criterium 01 - aankoopprijs
- B. ITEM 2 : TECHNISCHE KWALITEIT - 25 punten
criteria 03 - technische waarde +
criteria 04 - kwaliteit, stevigheid, duurzaamheid
- C. ITEM 3 : EENVOUD VAN BEDIENING EN ONDERHOUD - 20 punten
criteria 05 : eenvoud van bediening
criteria 07 : onderhoudskosten
- D. ITEM 4 : CONFORMITEIT VOLGENS LB - 15 punten,
omvat de criteria 02 : controleerbaarheid + documentatie
criteria 06 : conformiteit met lastenboek en reglementering
criteria 12 : bijhorende voordelen en toebehoren
- E. ITEM 5 : ESTHETIEK - 10 punten
criteria 08 : referenties
criteria 11 : advies van de gebruiker

Onder ITEM 5 : ESTHETIEK werden de criteria 08 en 11 ondergebracht zodat wel degelijk werd gehandeld in overeenstemming met het lastenboek.

Slechts 2 criteria werden niet als dusdanig afzonderlijk beoordeeld, te weten de leverings- en uitvoeringstermijn, alsook dienst na verkoop.

De reden hiervoor is gelegen in het feit dat deze beide criteria duidelijk werden omschreven en vastgelegd in het lastenboek onder de hoofding 'Uitvoeringstermijn + waarborgen' zodat terzake geen afzonderlijke beoordeling vereist was";

dat zij daarin grotendeels wordt bijgevalen door de tweede verwerende partij welke in haar laatste memorie tevens stelt dat de verzoekende partij niet aantoonde dat haar offerte beter zou zijn gekwoteerd dan die van de inschrijver aan wie de opdracht werd gegund, indien de gunningscriteria werden beoordeeld zoals door verzoeker gewenst;

3.3.1. Overwegende dat het op de onderhavige offerteaanvraag van toepassing zijnde bestek het volgende bepaalde :

"Bij toepassing van art. 14 uit de wet van 14.07.1976 zijn de gunningscriteria die het Bestuur in acht zal nemen bij het voorstel tot toewijzing en dit in volgorde van afnemend belang :

01. Aankoopprijs
02. Controleerbaarheid van de bieding en de bijgevoegde dokumentatie
03. Technische waarde van de offerte
04. Kwaliteit, stevigheid, duurzaamheid
05. Eenvoud van bediening
06. Konformiteit met het lastenboek en bestaande reglementeringen
07. Onderhoudskosten
08. Referenties in het land
09. Leverings- en uitvoeringstermijn
10. Dienst naverkoop
11. Advies van de gebruiker
12. Bijkomende voordelen of toebehoren welke niet gevraagd waren maar voor dezelfde prijs worden medegeleverd";

3.3.2. Overwegende dat het studiebureau BVBA Herelixka in zijn verslag van aanbesteding op 19 oktober 1989 een als volgt luidende beoordeling

volgens de in het lastenboek opgenomen gunningscriteria heeft opgesteld :

1. Kostprijs 30 pt
2. Technische kwaliteit 25 pt
3. Eenvoud van bediening en onderhoud 20 pt
4. Konformiteit volgens LB 15 pt
5. Esthetiek 10 pt;

3.3.3. Overwegende dat de verzoekende partij overeenkomstig die criteria 67 punten behaalde en daarmee als vierde op vijf werd gerangschikt; dat in de beslissing van 17 november 1989 van de raad voor maatschappelijk welzijn werd verwezen naar voormeld verslag om de opdracht te gunnen aan de voorgestelde inschrijver;

3.3.4. Overwegende dat de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes en de gelijkheid van de inschrijvers vereist dat wanneer het bestek twaalf aparte en volgens afnemend belang gerangschikte gunningscriteria bevat, alle inschrijvingen aan die aparte criteria worden getoetst, zonder dat het opdrachtgevend bestuur zich mag laten leiden door andere criteria; dat, ook al zouden ter zake sommige van die criteria inhoudsloos zijn omdat zij krachtens andere besteksbepalingen in feite niet kunnen worden beoordeeld - in het geval bijvoorbeeld van de uitvoeringstermijn - alle concurrenten daarover een gelijke kwotering moeten krijgen daar ook de rangorde bepalend is; dat, overigens, voor zover zou kunnen worden aangenomen dat sommige van de twaalf criteria samen mogen worden behandeld, ook na kennisname van de uitleg verstrekt in de laatste memories moet worden vastgesteld dat aan bepaalde criteria van het bestek voor een deel een groter of kleiner belang dan in het bestek bepaald werd toegemeten, doordat zij samen werden beoordeeld met criteria welke van een hogere of lagere orde waren, zelfs zonder onmiddellijk op elkaar te volgen, zoals bijvoorbeeld de bestekscriteria 02, 06,

12; dat, trouwens, de beweerde samenhang in vele gevallen helemaal zoek is, zoals bijvoorbeeld het bestekscriterium 07 dat beschouwd wordt als een onderdeel van het item 3 "eenvoud van bediening en onderhoud" terwijl het normaal bij het item 1 "kostprijs" zou moeten behoren; dat het niet de taak van de verzoekende partij is aan te tonen dat, indien de gunningscriteria correct werden toegepast, de opdracht aan haar moest worden toegewezen, welk bewijs zij overigens onmogelijk kan leveren nu aan die aparte criteria geen punten werden toegekend; dat het middel gegrond is; dat de andere middelen tot geen ruimere vernietiging aanleiding kunnen geven en dienvolgens niet onderzocht hoeven te worden,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd worden :

- 1) de beslissing genomen op 17 november 1989 door de raad voor maatschappelijk welzijn van Antwerpen, waarbij de opdracht betreffende het leveren, plaatsen en aansluiten van de bedverlichtingstoestellen voor het Algemeen Ziekenhuis Stuivenberg (Blok D) toegekend wordt aan de BVBA Electro Enterprise;
- 2) de beslissing genomen op 15 juni 1990 door de Vlaamse minister van Openbare Werken waarbij de sub 1 vermelde beslissing wordt goedgekeurd.

Artikel 2.

Het beroep wordt voor het overige verworpen.

Artikel 3.

De kosten van het beroep, bepaald op vierduizend frank, komen ten laste van de verwerende partijen, elk voor de helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op twintig april 1900 negenennnegentig, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	J. DE BRABANDERE,	kamervoorzitter,
	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
	J. BAERT,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. DE BRABANDERE.