

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 203.934 van 18 mei 2010
in de zaak A. 179.609/XII-4975**

In zake: Wilfried HOUBEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Karel Caers en Andy Beelen
kantoor houdend te Beringen
Scheigoorstraat 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE HOUTHALEN-HELCHTEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Werner Vandijck
kantoor houdend te Houthalen-Helchteren
Grote Baan 435
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

Het beroep, ingesteld op 20 december 2006, strekt tot de
nietigverklaring van:

“1. Het besluit van het College van Burgemeester en Schepenen van de gemeente Houthalen-Helchteren van 23 oktober 2006 waarbij de opdracht ‘Opmaak van 4 dossiers voor aanvraag van AGION-subsidiëring’ wordt toegewezen aan architectenbureau D&A bvba, Kerkplein 23 te 3290 Lommel voor het bedrag van EUR 17.850,00 te verhogen met 21% BTW of EUR 3.748,50, zijnde totaal EUR 21.598, 50 [...]

2. Het besluit van de Gemeenteraad van de gemeente Houthalen-Helchteren van 30 november 2006 waarbij wordt beslist:

- Akkoord te gaan met het betalen van een bedrag van EUR 8.288.50 (EUR 6.580,00 + 21% BTW of EUR 1.438,50.) aan architectenbureau D&A bvba, Kerkplein 23 te 3920 Lommel voor de geleverde prestaties bij de uitvoering van de verbroken overeenkomst voor de opmaak van vier DIGO-subsidiëringdossiers (thans AGION-subsidiëring), zoals aangegeven in hun schrijven van 25 september 2006.
- Deze kosten te vereffenen onder artikel 104/332-48 van de gewone begroting voor uitgaven, dienstjaar 2006
- De bijgevoegde dading tussen onze gemeente en het architectenbureau D&A bvba, Kerkplein 23 te 3920 Lommel goed te keuren [...]

3. Het besluit van de Gemeenteraad van de gemeente Houthalen-Helchteren van 21.08.2006 houdende goedkeuring van de wijze en voorwaarden van gunning voor de opdracht ‘Opmaak van 4 dossiers voor aanvraag van AGION-subsidiëring’.

II. Verloop van de rechtspleging

Bij arrest nr. 167.755 van 13 februari 2006 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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 heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 december 2009.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joris Gebruers, die loco advocaat Karel Caers verschijnt voor de verzoekende partij, is 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

1.1. Verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de “opmaak van 4 dossiers voor aanvraag van Digo-subsidiëring”. Bij besluit van het college van burgemeester en schepenen van 27 maart 2006 wordt deze opdracht toegewezen aan architectenbureau D&A bvba.

1.2. Verzoekende partij stelt op 4 juli 2006 voor de Raad van State een annulatieberoep in tegen deze beslissing van 27 maart 2006. Bij beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 2 oktober 2006 wordt de beslissing van 27 maart 2006 ingetrokken, zoals vastgesteld door de Raad van State bij arrest nr. 167.582 van 8 februari 2007.

1.3. Verwerende partij had ondertussen, bij besluit van het college van burgemeester en schepenen van 26 juni 2006, de overeenkomst met het architectenbureau D&A verbroken.

1.4. Op 31 augustus 2006 beslist de gemeenteraad om de “aangepaste wijze en voorwaarden van gunning vast te stellen met het oog op het aanstellen van een ontwerper voor de opdracht ‘Opmaak van 4 dossiers voor een aanvraag van Agion-(voorheen: Digo-)subsidiëring’”. Deze beslissing, die het op de opdracht toepasselijke bestek vaststelt, is de derde bestreden beslissing.

1.5. Het bestek omschrijft de gunningscriteria als volgt:

“De gunningscriteria zijn de volgende:	Gewicht
1. De prijs (ereloon) - forfaitair bedrag	20 punten
2. De uitvoeringstermijn	10 punten
3. De kwaliteit der aangeboden diensten	
3.1. de voorgestelde methodologie, de wijze van aanpak in functie van de voorliggende opdrachtomschrijving, het organisatorisch actieplan (de concrete prestaties en acties die de dienstverlener zal ondernemen om te komen tot de in het bestek aangegeven producten en het door de dienstverlener voorgestelde procesverloop)	20 punten
3.2. dienstverlening en continue bereikbaarheid	10 punten
3.3. beschrijving van het projectteam	10 punten
4. Ideeënschetsen	20 punten
[...]	
5. Deskundigheid en dit in bijzondere mate rond het ontwerpen van schoolgebouwen	10 punten”.

Daarnaast bepaalt het bestek nog dat als gunningswijze voor de onderhandelingsprocedure wordt gekozen.

1.6. Op 9 oktober 2006 wordt een gunningsverslag -“verslag bij de opening der offerten na onderhandelingsprocedure” - opgemaakt. Uit dit verslag blijkt dat er twee offertes werden ingediend, met name door verzoekende partij en Architectenbureau D&A.

In bijlage 1 bij dit verslag worden beide offertes getoetst aan de gunningscriteria. Wat betreft de subcriteria “3.2. dienstverlening en continue bereikbaarheid” en “3.3. beschrijving van het projectteam” worden de offertes als volgt geëvalueerd:

“- D&A

[...]

Dienstverlening en continue bereikbaarheid (10 punten)

De multi-disciplinariteit van het team wordt beschreven als één van de elementen voor een optimale dienstverlening, samen met de lokale relatie van één van de architecten, zijnde Hans Maes. Zij hechten terecht ook aandacht aan de coördinatie van de opdracht evenals de communicatielijnen die tijdens een dergelijke opdracht uitgezet moeten worden. In deze laatste aspecten blijven ze wel zeer vaag.

7/10

Beschrijving van het projectteam (10 punten)

Het architectenbureau D&A is gespecialiseerd in ontwerp, coördinatie en uitvoeringscontrole voor een grote waaier van gebouwen. Het is wel niet duidelijk wie effectief in het projectteam zal zetelen.

7/10”.

“- Houben Wilfried

[...]

Dienstverlening en continue bereikbaarheid (10 punten)

Over de dienstverlening en continue bereikbaarheid wordt weinig specifiek gezegd in de beschrijvende nota; er wordt wel meegegeven dat het architectenbureau zal trachten alle bouwheren bij te staan op technisch en vormelijk vlak en met een duidelijk oog op de beheersing van de kostprijs.

7/10

Beschrijving van het projectteam (10 punten)

Het projectteam behelst het volledige architectenbureau. Er wordt weinig informatie meegegeven over de verschillende leden van het projectteam en hun effectieve rol in de opdracht. Enkel de projectarchitect wordt duidelijk aangegeven.

6/10”.

De offerte van Architectenbureau D&A krijgt een totaalscore van 78,00 punten en wordt als eerste gerangschikt. Aan de offerte van verzoekende partij

wordt een totaalscore toegekend van 77,30 punten. Er wordt vervolgens voorgesteld om de opdracht toe te wijzen aan Architectenbureau D&A.

1.7. Op 23 oktober 2006 beslist het college van burgemeester en schepenen om de opdracht toe te wijzen aan Architectenbureau D&A voor een bedrag van 21.598,50 euro, btw inbegrepen. Dit is de eerste bestreden beslissing.

1.8. De gemeenteraad beslist op 30 november 2006 om een dading tussen de gemeente en Architectenbureau D&A goed te keuren en 8.288,50 euro te betalen aan Architectenbureau D&A voor de geleverde prestaties bij de uitvoering van de door verwerende partij op 26 juni 2006 verbroken overeenkomst. Dit is de tweede bestreden beslissing.

1.9. Met een aangetekend schrijven van 27 december 2006 wordt Architectenbureau D&A op de hoogte gebracht van de beslissing haar de opdracht toe te wijzen.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

2.1. Verwerende partij werpt een exceptie op betreffende het belang van verzoekende partij. Zij stelt dat verzoekende partij “nergens [verduidelijkt] welk belang ze zou hebben bij de nietigverklaring van de beslissingen van de Gemeenteraad noch *ratione temporis* (het vernietigingsberoep tegen de [derde] bestreden beslissing is alleszins laattijdig) noch *ratione materiae* (de goedkeuring van een schadevergoeding wegens eenzijdige beëindiging, de tweede beslissing van de Gemeenteraad, van een voorafgaande opdracht is beperkt tot de relatie tussen beide contractanten zijnde de Overheid en de medecontractant welke voor verzoeker volstrekt niet relevant is)”.

“Volledigheidshalve” merkt verwerende partij nog op dat “geen middelen worden aangevoerd tegen de Besluiten van de Gemeenteraad waarvan eveneens nietigverklaring gevorderd wordt zodat wat deze nietigverklaring betreft de vordering alleszins onontvankelijk minstens ongegrond is”, waarmee zij de tweede en derde bestreden beslissingen lijkt te bedoelen.

2.2. In haar memorie van wederantwoord betoogt verzoekende partij dat zij als inwoner en concurrent van bvba D&A belang heeft bij de nietigverklaring van de tweede bestreden beslissing.

3. In het auditoraatsverslag wordt het beroep enkel ontvankelijk bevonden ten aanzien van de eerste bestreden beslissing. Wat de tweede bestreden beslissing betreft wordt vastgesteld dat verzoekende partij terzake geen betrokken partij is en een beroep als inwoner en concurrent neerkomt op een *actio popularis*. Met betrekking tot de derde bestreden beslissing wordt vastgesteld dat enerzijds verzoekende partij geen middelen aanvoert tegen deze beslissing en anderzijds dat het beroep tegen deze beslissing, die werd genomen op 21 augustus 2006, laattijdig is.

4. Verzoekende partij beperkt haar laatste memorie tot een verzoek “om de voortzetting van de rechtspleging” en komt niet substantieel terug op de ontvankelijkheid van het annulatieberoep. Zij mag dienvolgens worden geacht de bevindingen daaromtrent van het auditoraat niet te betwisten.

De Raad van State ziet geen redenen om af te wijken van het standpunt van het auditoraat. Het beroep is dan ook enkel ontvankelijk in de mate dat het is gericht tegen de eerste bestreden beslissing.

V. Onderzoek van de middelen

Standpunt van de partijen

5. Verzoekende partij steunt een *tweede middel* op de schending van “de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, de materiële en formele motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel (consistentiebeginsel)”.

Zij betoogt daartoe dat verwerende partij “de offertes voor wat betreft bepaalde gunningcriteria niet zorgvuldig [heeft] onderzocht, minstens geen afdoende motivering [heeft] aangebracht voor de quoterings”. Verzoekende partij bekritiseert meer bepaald de evaluatie aan de hand van de subcriteria “3.3. beschrijving van het projectteam” en “3.2. dienstverlening en continue bereikbaarheid”.

Bij de toetsing aan het subcriterium 3.3. doet zij gelden:

“Voor wat het criterium ‘projectteam’ betreft staat bijvoorbeeld op pag. 5 van het Bestek expliciet aangegeven dat de inschrijvers de contactpersoon moeten vermelden [...]”.

In het aanbestedingsverslag is vermeld dat verzoekster de projectarchitect, en tevens contactpersoon, duidelijk heeft aangegeven. Dat is inderdaad gebeurd onder 'B. Beschrijvende nota' in zijn offerte, nota bene met opgave van de heer Reijnders [...].

Architectenbureau D&A heeft daarentegen op pag. 12 van haar offerte enkel gesteld dat er een projectarchitect zou worden aangesteld, maar zij heeft deze niet geïdentificeerd en evenmin heeft zij een contactpersoon opgegeven [...].

Het feit dat cliënt voor het betrokken criterium maar een score van 6/10 kreeg toegekend, terwijl D&A een score van 7/10 verkreeg, is dan ook strijdig met het zorgvuldigheidsbeginsel en met de verplichting tot afdoende motivering”.

Inzake de beoordeling van de offertes aan de hand van subcriterium 3.2. werpt zij op:

“Ten eerste wordt daarbij in het aanbestedingsverslag vermeld ‘de lokale relatie van één van de architecten, zijnde Hans Maes’, maar verweerster verduidelijkt niet wat zij precies in de verhouding met de heer Maes met die lokale relatie’ bedoelt [...].

Bovendien staat op pag. 23 van de offerte van D&A aangegeven dat de heer Maes woonachtig is (en/of zijn eigen bureau heeft) in Hasselt, niet in Houthalen-Helchteren [...].

Tenslotte dient verweerster consequent te zijn.

Als zij die lokale relatie dan - terecht - een belangrijk element vindt in de beoordeling van het criterium ‘dienstverlening en continue bereikbaarheid’ dan dient zij in haar aanbestedingsverslag ook te vermelden dat het bureau van verzoeker - zoals expliciet aangegeven in zijn offerte (zie stuk: ‘beschrijvende nota’) - integraal gevestigd [is] in Houthalen-Helchteren hetgeen als vanzelfsprekend de dienstverlening en de bereikbaarheid faciliteert.

Verweerster had met dat gegeven dan ook rekening moeten houden bij de quotering.

Dat gebeurt noch in het aanbestedingsverslag, noch in de beslissing d.d. 23.10.2006”.

6. In haar memorie van antwoord verwijst verwerende partij in de eerste plaats “naar de motieven van het verslag van onderzoek van de aanbiedingen welke afdoende duidelijk zijn en geenszins duiden op de schending van enige rechtsregel of regel van behoorlijk bestuur”. Vervolgens betoogt zij:

“Het verzoekschrift verwijst onoordeelkundige motivering bij de puntenevaluatie voor twee criteria:

- ‘Beschrijving van het projectteam’

Het technisch verslag waarnaar de motieven verwijzen verwijst voor beide kandidaten naar een weinig concrete aanduiding van wie het projectteam samenstelt.

Nergens toont verzoeker aan dat de motieven kennelijk onredelijk zijn zodat de Raad deze motieven en discretionaire beoordeling van de Overheid zou kunnen opzij zetten.

Voor de gekozen kandidaat vermelden de motieven als positief punt een beschrijving van de multi-disciplinariteit van het beschreven team hetgeen kan aanleiding geven tot een puntentoe wijzing 7 t.a.v. 6.

- 'Dienstverlening en continue bereikbaarheid'

Beide kandidaten ontvangen een gelijke beoordeling of 7 punten.

Zelfs bij eliminatie van het motief waar verwezen wordt naar de Heer Maes als lokale relatie, dat irrelevant is op zich t.a.v. het criterium continue bereikbaarheid (het is niet omdat iemand in de gemeente woont of werkt dat hij meer continu bereikbaar is dan iemand die dat niet is) verantwoorden de motieven een gelijke puntentoe kenning en blijkt hieruit geenszins een onjuiste vergelijking en beoordeling".

7. Verzoekende partij volhardt in haar memorie van wederantwoord in haar uiteenzetting zoals opgenomen in het verzoekschrift. "Aanvullend" merkt zij nog het volgende op:

"* Verweester betwist niet dat voor wat het criterium 'beschrijving van het projectteam' betreft op pag. 5 van het Bestek expliciet staat aangegeven dat de inschrijvers de contactpersoon moeten vermelden [...].

De stelling van verweester dat Uw Raad enkel kennelijk onredelijke motieven kan opzij zetten is niet correct want de motivering moet zowel in feite als in rechte correct en draagkrachtig zijn.

Bovendien doet die stelling van verweester niets af aan de verplichting die verweester had om haar eigen Bestek toe te passen. [...]

Verzoeker had in haar offerte met de heer Reynders wel degelijk de contactpersoon aangeduid, terwijl D&A die verplichting niet had vervuld.

Het is een feit dat de motivering zoals opgenomen in het aanbestedingsverslag dan ook niet van aard is om te verantwoorden dat D&A 7/10 kreeg en verzoeker maar 6/10.

Het feit dat D&A in haar offerte de projectarchitect niet vermeldde komt niet ter sprake in het Aanbestedingsverslag. Dat aspect heeft bijgevolg de quoterings die verweester aan D&A gaf ook niet beïnvloed, wat in strijd is met het Bestek.

* Verweester stelt verder in haar memorie dat zij bij het criterium 'dienstverlening en continue bereikbaarheid' heeft geciteerd op een aspect 'lokale relatie / plaats van vestiging' dat volgens haar irrelevant was.

Ten eerste leidt die stelling van verweerster, zo zij dan al correct zou zijn, noodzakelijkerwijze tot het besluit dat verweerster onzorgvuldig heeft gehandeld en haar Bestek heeft geschonden. Zij heeft dan immers een aspect betrokken in de beoordeling dat geen deel uitmaakte van de gunningcriteria. Verweerster mag enkel beoordelen op basis van de gunningcriteria (art. 16 Overheidsopdrachtenwet).

Ten tweede is het logisch dat de lokale relatie en de plaats van vestiging van de inschrijver de dienstverlening en de continue bereikbaarheid faciliteren.

Het is nu éénmaal een feit dat het kantoor houden vlakbij de projectlocatie en het zeer goed kennen van die omgeving de dienstverlening kan bevorderen en de continue bereikbaarheid vergemakkelijken.

Verweerster had met het gegeven dat verzoeker kantoor houdt en woonachtig is in de gemeente Houthalen-Helchteren dan ook rekening moeten houden bij de quoterings, net zozeer als zij de inschrijving van D&A hiervoor beloofde, zij het op basis van een feitelijke vergissing want de heer Maes had noch zijn kantoor, noch zijn woonplaats in Houthalen.

Verweerster heeft de offerte van verzoekster dan ook met 7/10 niet geciteerd voor haar volledige merites en tegelijkertijd heeft zij de offerte van D&A met 7/10 overgeciteerd in verhouding tot het Bestek en op basis van een feitelijke vergissing”.

Beoordeling

8. In het auditoraatsverslag wordt de uiteenzetting van verzoeker bijgevalen en wordt het tweede middel gegrond bevonden: de puntentoekekening voor de twee kwestieuze subcriteria is gebeurd met schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Zo is het onder meer niet duidelijk waarom, ondanks de gelijklopende commentaar, verzoekende partij 6 op 10 ontvangt voor het subcriterium “3.3. beschrijving van het projectteam”, terwijl Architectenbureau D&A 7 op 10 ontvangt. Daarbij wordt vastgesteld dat “het verschil in punten tussen beide inschrijvers 0,7 bedraagt zodat het niet uitgesloten is dat door een zorgvuldige puntentoekekening het resultaat er anders zou uitgezien hebben”.

9. Verwerende partij heeft geen laatste memorie ingediend noch was zij ter terechtzitting aanwezig of vertegenwoordigd.

10. Mede gelet op deze houding van verwerende partij waaruit mag worden afgeleid dat zij de vaststellingen van het auditoraat niet betwist, ziet de Raad van State geen redenen om het auditoraat niet bij te vallen in het standpunt dat de

puntentoekenning te dezen is gebeurd met miskenning van het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

Het tweede middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Houthalen-Helchteren van 23 oktober 2006, waarbij de opdracht “Opmaak van 4 dossiers voor aanvraag van AGION-subsidiëring” wordt toegewezen aan architectenbureau D&A bvba, Kerkplein 23 te 3290 Lommel, voor een bedrag van 21.598,50 euro, btw inbegrepen.

2. Het beroep wordt voor het overige verworpen.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 mei 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest