

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 221.750 van 13 december 2012
in de zaak A. 207.070/XII-7147**

In zake: de BV BAAC, vennootschap naar Nederlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jean-François De Bock en Joy Moens
kantoor houdend te 1050 Brussel
Waterloosesteenweg 612
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Gendt
kantoor houdend te 3000 Leuven
Sint-Geertruiabdij 8 bus 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 november 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 29.10.2012 van de Minister President van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest waarbij na heroverweging de overheidsopdracht voor het archeologisch onderzoek van het terrein gelegen aan de Witloofstraat te

1130 Haren - Brussel (bestek nr. BR250-01) op grond van het verslag van nazicht der offertes van 29 oktober 2012 werd gegund aan de Katholieke Universiteit Leuven - onderzoekseenheid archeologie, en niet aan [de bv BAAC]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 30 november 2012 heeft de Katholieke Universiteit te Leuven gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 december 2012, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Jean-François De Bock en Joy Moens, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Filip Van Der Mauten, die loco advocaat Tom De Gendt verschijnt voor de verzoekende partij in tussenkomst, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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. Het Brussels Hoofdstedelijk Gewest schrijft een opdracht uit voor aanneming van diensten betreffende een archeologisch onderzoek van een terrein te Haren. De opdracht wordt gegund via algemene offerteaanvraag. De opdracht bestaat uit een vaste schijf, namelijk archeologische evaluatie van het

potentieel van de door het project uitgegraven grond, die in ieder geval dient te worden uitgevoerd en een voorwaardelijke schijf, namelijk archeologische opgraving indien de evaluatie van de vaste schijf positief is.

3.2. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 28 maart 2012. De opdracht wordt geraamd wat betreft de vaste schijf op een bedrag van 40.000 euro en wat betreft de voorwaardelijke schijf op een bedrag van 80.000 euro.

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. BR250-01 “Overheidsopdracht voor de uitvoering van diensten met vaste en voorwaardelijke schijven via algemene offerteaanvraag – Archeologisch onderzoek van het terrein gelegen Witloofstraat, 1130 Haren”.

Met betrekking tot de prijsbepaling betreft het een opdracht tegen globale forfaitaire prijs.

Het voorwerp van de opdracht wordt in het bestek omschreven:

“De voorliggende overheidsopdracht diensten bestaat in de uitvoering van een archeologisch onderzoek (archeologische opgravingen en rapport) van het terrein gelegen Witloofstraat, 1130 Haren (oppervlak: +/- 12.000 m²). De opdracht is in twee schijven gedeeld:

- 1) Vaste schijf: archeologische evaluatie van het potentieel van de door het project uitgegraven zone;
- 2) Voorwaardelijke schijf: archeologische opgraving indien de evaluatie van de vaste schijf positief is.

Iedere inschrijver verbindt er zich door zijn offerte toe om het geheel van schijven (vaste schijf + voorwaardelijke schijf) die deze opdracht omvat, uit te voeren, terwijl de aanbesteder zich enkel verbindt tot de vaste schijf. De uitvoering van de voorwaardelijke schijf is afhankelijk van een beslissing van de aanbestedende macht, verantwoord medegedeeld aan de opdrachtnemer.”

Ten aanzien van de prijsbepaling vermeldt het bestek:

“4. Wijze waarop de prijzen worden bepaald en elementen die in de prijs vervat zitten:

Deze opdracht is een aanneming tegen globale prijs zonder prijsherziening.”

Met betrekking tot de gunningscriteria bepaalt het bestek:

“6. Gunningscriteria

De aanbestedende overheid zal de huidige opdracht gunnen aan de inschrijver die gemachtigd is om archeologisch onderzoek uit te voeren (Brussels Wetboek van Ruimtelijke ordening, art. 243, en het toepassingsbesluit van 3 juli 2008 van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering) en die de meest voordelige offerte indient, op basis van de volgende gunningscriteria gesorteerd naar belangrijkheid, in aflopende volgorde:

1. De kwaliteit van de voorgestelde methodologie (opgravingsstrategie) betreffende het terreinonderzoek en de studie;
2. De globale prijs van de offerte.”

Met betrekking tot de uitvoeringstermijn bepaalt het bestek:

“5. Uitvoeringstermijn

Voor het terreinonderzoek

- 1) vaste schijf: archeologische evaluatie van het potentieel van de door het project uitgegraven zone
- 2) voorwaardelijke schijf: archeologische opgraving indien de evaluatie van de vaste schijf positief is: vóór 31 december 2012.

De termijn voor het indienen van een eerste rapport (voorlopige versie) kan de 5 werkdagen niet overschrijden rekende vanaf het einde van de uitvoeringstermijn van de studiefase.

Dit document zal het onderwerp uitmaken van een geschreven advies door de aanbestedende overheid binnen een termijn van maximum 30 kalenderdagen, en waaraan de dienstverrichter-opdrachtnemer gevolg moet geven.

Een laatste partiële uitvoeringstermijn met betrekking tot de overdracht van de vondsten, de stalen, het geschreven rapport (definitieve versie) en zijn bijlagen, evenals de volledigheid van de databasissen (zie technische clausules in voorliggend bestek) is vastgesteld op 35 werkdagen te dateren vanaf de dag volgend op de dag van de indiening van de voorlopige versie van het geschreven rapport. Deze omvat de voornoemde termijn waarover de aanbestedende overheid beschikt om zijn advies uit te brengen.”

3.4. Met een e-mailbericht van 23 april 2012 laat verwerende partij aan verzoekende partij weten:

“Ik moet u er tevens op wijzen dat er een vergissing staat in het bestek: het gaat wel degelijk om een oppervlakte van 120.000 m² in plaats van 12.000 m².”

3.5. De openingszitting vindt plaats op 26 april 2012. Er worden zes offertes ingediend.

3.6. Op 23 juli 2012 wordt een gunningsverslag opgesteld. Wat betreft het administratief onderzoek van de offertes, worden alle offertes regelmatig bevonden. Vervolgens worden de verschillende offertes onderzocht wat betreft de kwaliteit en de prijs. Bij beslissing van 30 juli 2012 gunt de minister-president van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest de opdracht aan de Katholieke Universiteit Leuven – onderzoekseenheid archeologie.

3.7. Bij ter post aangetekend verzonden verzoekschrift van 18 oktober 2012 vraagt verzoekende partij de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing van 30 juli 2012 (rolnummer A. 206.693/XII-7111).

3.8. Bij beslissing van 25 oktober 2012 van de minister-president van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering wordt de gunningsbeslissing van 30 juli 2012 ingetrokken.

3.9. Bij arrest nr. 221.264 van 6 november 2012 verwerpt de Raad van State de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid aangezien deze zonder voorwerp geworden is.

3.10. Op 29 oktober 2012 wordt een nieuw verslag van nazicht opgesteld met betrekking tot de opdracht. Alle offertes worden opnieuw regelmatig verklaard.

Wat betreft de analyse van de offertes in functie van de gunningscriteria wordt ten aanzien van de offerte van verzoekende partij overwogen:

“3. Analyse van de offertes in functie van de gunningscriteria:

3.1. De offerte van BAAC

3.1.1. De kwaliteit van de voorgestelde methodologie (opgravingstrategie) betreffende het terreinonderzoek en de studie

[...]

Betreffende de planning (vaste en voorwaardelijke schijf (kader V): BAAC stelt voor de evaluatie (vaste schijf) in 13 werkdagen uit te voeren met een evaluatierapport aangeleverd ong. 3 weken na het einde van de terreinfase. Voor de voorwaardelijke schijf stelt BAAC een scenario voor waarbij het volledige terrein wordt opgegraven op 150 dagen, tegelijk preciserend dat de reële omvang van het op te graven terrein vandaag niet gekend is en in werkelijkheid kleiner zal zijn. Het voorlopig rapport wordt ten laatste 3 maand na het einde van de terreinfase aangeleverd. Dit beantwoordt aan het BB.

Betreffende het voorstel van methodologie (vaste en voorwaardelijke schijf) (kader VI): BAAC stelt voor de evaluatie (vaste schijf) uit te voeren via een reeks mechanische sonderingen van 4 m breed en 100 m lang die 10% van het oppervlak zullen innemen, met een uitbreiding via kijkvensters over een bijkomende 2% dus een totaal van 14.400 m² evaluatiesleuven. Deze methodologie beantwoordt aan het BB.

De methodologie voorgesteld voor de opgravingfase (voorwaardelijke schijf) beantwoordt aan het BB. BAAC preciseert het gebruik van werkputten van ong. 50x20 m in dambordvorm om het verplaatsen van aarde te beperken. BAAC preciseert eveneens het intensief gebruik van metaaldetectoren na het weghalen van de oppervlaktelaag en voor de opgraving strictu sensu. Een van de beperkingen in het BB (Technische clausules punt 4.9) preciseert echter dat deze detectoren niet kunnen gebruikt worden. Deze detectoren worden inderdaad uitgebreid gebruikt in bepaalde projecten in Vlaanderen en in de omliggende landen, vandaar het voorstel van BAAC. Het gebruik wordt echter als een belangrijk wetenschappelijk probleem beschouwd en wordt op Europees niveau besproken – ter voorbeeld: het gebruik van detectoren is verboden op archeologische sites binnen het Waals Gewest, en de laatste algemene vergadering van het European Archaeological Council was gewijd aan dit onderwerp. De DML verkiest derhalve haar beslissing te reserveren betreffende het gebruik van metaaldetectoren.

3.1.2. De globale prijs van de offerte

BAAC stelt voor de evaluatiefase – vaste schijf - uit te voeren voor de prijs van € 30.000,00 BTW excl. (€ 38.300,00 BTW incl.)

Dit voorstel omvat (bedragen BTW excl.):

- het terreinonderzoek voor een bedrag van € 22.500,00.
- de studie en de rapporten voor een bedrag van € 7.500,00.

BAAC stelt voor de opgravingsfase - voorwaardelijke schijf - uit te voeren voor de volgende prijzen (BTW excl.):

- vaste kostprijs: € 10.000,00 (voor het volledige terrein: 120.000 m²)
- prijs per m²: € 6,67

BAAC stelt eveneens een berekening voor in geval van een volledige opgraving van het terrein (120.000 m²): € 820.000,00 BTW excl. (€ 992.200,00 BTW incl.), verdeeld als volgt:

€ 670.000,00 BTW excl. voor de terreinfase en € 150.000,00 BTW excl. voor de studiefase.

BAAC preciseert echter dat enkel een fractie, nog ongekend, opgegraven zal worden. BAAC preciseert tevens dat de wetenschappelijke analyses van het type ‘natuurwetenschappen’ niet inbegrepen zijn in de prijs.”

Ten aanzien van de offerte van verzoekende partij in tussenkomst wordt overwogen:

“3.1. De offerte van de Katholieke Universiteit Leuven (KUL)

3.3.1. De kwaliteit van de voorgestelde methodologie (opgravingstrategie) betreffende het terreinonderzoek en de studie

[...]

Betreffende de planning (vaste en voorwaardelijke schijf): De KUL stelt voor de evaluatie (vaste schijf) uit te voeren op 5 werkdagen met 2 tot 3 werkdagen voor een geofysische prospectie, gevolgd door 5 dagen studie met een eerste voorlopig rapport afgeleverd aan het eind van deze periode. De totale studietijd bedraagt 2 weken.

De KUL stelt voor de opgravingen volgend op de evaluatie (voorwaardelijke schijf) uit te voeren binnen een scenario met een voortgang van +/- 600 m² per dag. Tien dagen na de terreinfase zal een eerste nota aangeleverd worden. De KUL preciseert dat op basis van deze nota de studiefase zal bepaald worden in overleg met het Brussels Gewest.

Betreffende het voorstel van methodologie (vaste en voorwaardelijke schijf) (kader VI):

De KUL stelt voor de evaluatie (vaste schijf) een interventie voor waarbij sonderingen via sleuven gecombineerd worden met een geofysische analyse van het terrein. Deze laatste zal worden uitgevoerd door ORBit (Universiteit Gent). De geofysische analyse van het volledige terrein zal de aanwezigheid van archeologische resten identificeren. Deze worden

vervolgens gecheckt via punctuele sonderingen. De zones die, via de resultaten van de geofysische analyses, geen archeologische resten bevatten zullen gesondeerd worden om deze afwezigheid te bevestigen / tegen te spreken. De methodologie beantwoordt aan het BB.

Voor de opgravingsfase (voorwaardelijke schijf) stelt de KUL voor de archeologische resten, ontdekt tijdens de evaluatiefase (vaste schijf), op te graven in werkputten in dambordvorm om te grote verplaatsing van aarde te vermijden. Deze dambordvorm wordt vervolgens verbreed in functie van de aard van de overblijfselen. De KUL stelt tevens voor een archeopedologische staalname uit te voeren in de sleuven onder de vorm van kolommen, elke 25 m, om aldus de bodemopbouw te documenteren. De methodologie beantwoordt aan het BB.

3.3.2. De globale prijs van de offerte

De KUL stelt voor de evaluatiefase – vaste schijf - uit te voeren voor de prijs van € 32.019,31 BTW excl. (€ 38.743,37 BTW incl.)

Dit voorstel omvat (bedragen BTW excl.):

- het terreinonderzoek voor een bedrag van € 27.742,47.
- de studie en de rapporten voor een bedrag van € 4.276,84.

De KUL stelt voor de opgravingsfase - voorwaardelijke schijf - uit te voeren voor de volgende prijzen (bedragen BTW excl.):

- vaste kostprijs - terrein: € 1.900,00
- prijs per m² - terrein: € 5,4811
- vaste kostprijs - studie: € 4.280,60
- prijs per m² - studie: € 2,31 te verminderen met € 0,5174 indien de KUL geen wetenschappelijke analyses dient uit te voeren.

De KUL stelt eveneens de berekening voor in geval van de volledige opgraving van het terrein (120.000 m²) (€ 941.364,60 BTW excl. / € 1.139.051,17 BTW incl.) maar preciseert dat enkel een nog ongekennde fractie zal worden opgegraven.”

Als besluit wordt gesteld:

“De zes offertes zijn voldoende precies om de voorgestelde middelen en de resultaten te begrijpen. Het is niet nodig bijkomende informatie te vragen om deze offertes te kunnen evalueren ten opzichte van de gunningsmodaliteiten (artikel 6 van het BB), dwz de kwaliteit van de voorgestelde methodologie (opgravingstrategie) en de globale prijs van de offerte.

Wat betreft de kwaliteit van de voorgestelde methodologie (opgravingstrategie) betreffende het terreinonderzoek en de studie (criterium 1) stelt de DMS vast dat, aangaande het voorgestelde kader, de offertes van de ULB-CreA/SRAB en van de RPAW beiden een archeoloog voorstellen voor de dagelijkse werfleiding die niet over voldoende archeologische terreinervaring beschikt. Deze offertes moeten bijgevolg geweerd worden uit deze opdracht.

Aangaande de evaluatie (vaste schijf), stelt de KUL slechts 8 werkdagen voor, terwijl BAAC en Monument Vandekerckhove resp. 13 werkdagen en 15 werkdagen voorstellen, aDeDe 25 dagen, de ULB-CreA/SRAB 28 dagen en de RPAW 45 dagen. De KUL stelt een geofysische analyse voor die de totaliteit van het terrein bedekt die een sleuvenonderzoek moet gidsen. De ongekende maar mogelijke aanwezigheid van archeologische sites op een zekere diepte maken de toepassing van deze techniek dan ook wetenschappelijk zeer interessant. Deze toepassing is even voordelig ten opzichte van het klassieke sleuvenonderzoek dat in de andere offertes wordt voorgesteld. Verschillende offertes stellen voor een eerste evaluatienota in te dienen na de evaluatie (vaste schijf). De KUL en aDeDe stellen voor deze 2 weken na de terreinfase in te dienen, BAAC en Monument Vandekerckhove 3 weken na de terreinfase, de RPAW slechts 10 weken na de evaluatie.

De offertes van de KUL en van aDeDe zijn derhalve voordeliger, rekening houdend met het feit dat deze nota zal dienen om de eventuele opgraving van de blootgelegde sites te bepalen.

Aangaande de archeologische opgraving (voorwaardelijke schijf) zijn de voorgestelde methodologieën van de diverse offertes gelijkwaardig. BAAC, de KUL en Monument Vandekerckhove stellen echter een interessante behandeling van de uitgegraven aarde voor waarbij te grote verplaatsing van de aarde wordt verhinderd. De KUL stelt daarenboven ook een archeopedologische staalname voor onder de vorm van kolommen om de samenstelling van de verschillende bodems te kennen; dit vormt een meerwaarde ten opzichte van het BB.

BAAC stelt 150 dagen voor voor de opgraving van het totale terrein wat een voortgang van 800 m² per dag bedraagt. De KUL stelt aan haar kant een voortgang van 650 m² voor, aDeDe een voortgang van 350 m² en Monument Vandekerckhove een voortgang van 200 m². De ULB-CreA/SRAB en de RPAW stellen 34 dagen opgraving voor zonder detaillering van de opgegraven oppervlakte. De offerte van de RPAW preciseert ook dat indien het aantal archeologische sites hoger ligt dan de toegekende tijd (prijs berekend in functie van een aantal uitgevoerde dagen) een keuze zal gemaakt worden. Dit principe kan niet aanvaard worden. De offertes van BAAC en de KUL lijken heel vlug (te vlug?) ten opzichte van de offertes van aDeDe en Monument Vandekerckhove. De ontdekte overblijfselen moeten inderdaad goed gedocumenteerd worden.

Wat betreft de globale prijs van de offertes (criterium 2), stelt de DML vast dat voor de vaste schijf (evaluatie van het terrein) de offertes van BAAC en de KUL de meest voordelige zijn - cf. de hiernavolgende tabel.

Indien BAAC voor deze prijs een evaluatie van 13 werkdagen voorstelt tegen 8 werkdagen door de KUL, sluit de KUL in deze prijs een volledige dekking van het terrein in door een geofysische analyse, in tegenstelling tot de 12% van het oppervlak door BAAC. De offerte van de KUL is bijgevolg de meest interessante.

Offre/offerte	Prix terrain/prijs terrein	Prix etude + rapports/prijs studie en rapporten	Total/totaal
BAAC	€22.500,00	€7.500 HTVA/BTW excl	€30.000,00

	HTVA/BTW excl.		HTVA/BTW excl
[...]			
KUL	€27.742,47 HTVA/BTW excl.	€4.276,84 HTVA/BTW excl	€32.019,31 HTVA/BTW excl
[...]			

Aangaande de globale prijs voorgesteld voor de voorwaardelijke schijf, stelt de DML vast dat, teneinde de verschillende offertes met elkaar te kunnen vergelijken en wetende dat de op te graven oppervlakte vandaag ongekend is, er een simulatie moet uitgevoerd worden. Deze simulatie is gebaseerd op een opgravingoppervlakte van 10.000 m² (voorstel van Monument Vandekerckhove). Dit houdt in dat een berekening wordt uitgevoerd, naargelang de offertes, op basis van een offerte per m² (voor BAAC en voor de KUL) of op een herberekening van de gegevens naar 10.000 m² (voor aDeDe). De offertes van de ULB-CreA/SRAB en de RPAW kunnen niet berekend worden op basis van een oppervlakte. Deze offertes werden gedaan in functie van een aantal te presteren dagen, wat een andere aanpak van de voorwaardelijke schijf vormt. Cf. tabel hieronder.

Offerte	eenheidsprijs terrein	totaal terrein 10.000 m ²	tijd terrein 10.000 m ²	studie op basis van een opgraving van 10.000 m ²	tijd studie	totaal
BAAC	€10.000 BTW excl. (vaste kostprijs voor 120.000 m ²) + 6,67€/ m ² BTW excl.	€833,33 BTW excl. (vaste kostprijs)* + €66.700,00 BTW excl. = €67.533,33 BTW excl.	800 m ² /dag = 12,5 dagen	€12.500 BTW excl.**	21,7 dagen	€80.033,33 BTW excl. (€96.840,3 3 BTW incl.)
[...]						
KUL	€1.900,00 BTW excl. (vaste kostprijs onafhankelijk van de opp. vh terrein) + €5,4811/m ² BTW excl.	€1.900,00 BTW excl. + €54.811,00 BTW excl. = €56.711,00 BTW excl.	650 m ² /dag = 15,38 dagen	€4.280,60 (vaste kostprijs onafhankelijk van de opp. vh terrein) + €1.7926/m ² BTW excl.**** €22.206,60 BTW excl.	Par m ²	€78.917,60 BTW excl. (€ 95.490,29 BTW incl.)
[...]						

* de vaste kostprijs van €10.000 is voorzien voor de conservering van de objecten in geval van een opgraving over het volledige terrein van 120.000 m². In functie van de analyse werd deze vaste kostprijs gedeeld

door 12 om tot een kostprijs te komen voor 10.000 m²; er zijn immers op redelijke wijze minder voorwerpen op een kleiner oppervlak.

** De offerte (€150.000,00 voor 9 maand) betreft het geval van een opgraving over het volledig oppervlak van 120.000 m². Om de prijs voor een oppervlak van 10.000 m² te berekenen werd het bedrag door 12 gedeeld.

[...]

**** De prijs gewijd aan de analyses van het type natuurwetenschappen werd, conform de offerte, afgetrokken van de globale prijs per m² omdat deze analyses enerzijds voor rekening van de DML zijn en, anderzijds, omdat andere offertes specifiek vermelden dat deze analyses niet inbegrepen zijn.

[...]

Uit deze analyse blijkt dat de prijs van de ULB de meest aantrekkelijke is. Ze vermeldt echter geen op te graven oppervlakte maar heeft betrekking op een aantal te presteren dagen en houdt dus geen rekening met het eventuele potentieel ontdekt tijdens de terreinfase van de vaste schijf. De hieropvolgende meest interessante offerte is deze van de KUL, dicht gevolgd door deze van BAAC.

Tot besluit toont de globale analyse van de offerte voor deze opdracht aan dat, rekening houdend met de dalende belangrijkheid van de criteria, waarbij de kwaliteit van de methodologie primeert over de globale prijs, de offertes van de ULB-CreA/SRAB en van de RPAW geweerd moeten worden door het voorstellen van een archeoloog voor de dagelijkse leiding die niet aan de minimale condities beantwoordt zoals beschreven in het BB. Terwijl de offertes van de KUL en van BAAC voor de evaluatiefase (vaste schijf) de meest interessante zijn, stelt de KUL evenwel een interessantere techniek voor betreffende de documentatie van de site. Aangaande de opgravingsfase (voorwaardelijke schijf) blijft de meest interessante offerte dezen van de KUL, waarbij tevens de integratie van een archeopedologische staalname aan de opgraving wordt toegevoegd. De offerte van de KUL is tevens de goedkoopste berekend voor een opgravingsoppervlakte van 10.000 m².

C. Voorstel tot beslissing:

Gezien wat voorafgaat, stelt de Directie Monumenten en Landschappen aan Mijnheer de Minister-President voor de opdracht betreffende de vaste schijf voor het archeologisch onderzoek van het terrein gelegen Witloofstraat in Haren (BR250-01) aan de Katholieke Universiteit Leuven – Onderzoekseenheid Archeologie toe te kennen voor de som van € 32.019,31 BTW excl. (€ 38.743,37 BTW incl.)

Gezien de organisatie van het archeologisch onderzoek zich inpast binnen de planning van de door de eigenaar voorziene werken, verzoek ik

Mijnheer de Minister-President de begunstiging van hoogdringendheid te willen verlenen bij de behandeling van dit dossier.”

3.11. Vervolgens beslist de minister-president van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest op 29 oktober 2012 de opdracht toe te kennen aan de Katholieke Universiteit Leuven – Onderzoekseenheid Archeologie:

“Gevolg gevend aan mijn instructie van 25 oktober en de nieuwe analyse van de offertes betreffende het archeologisch onderzoek van het terrein gelegen te Witloofstraat te Haren (BR250-01) door de Directie Monumenten en Landschappen, breng ik u ervan op de hoogte dat ik de opdracht betreffende de vaste schijf van het onderzoek toeken aan de Katholieke Universiteit Leuven – Onderzoekseenheid Archeologie voor het bedrag van 38.743,37 euros BTW incl.
Dit bedrag zal vastgesteld worden op de basis allocatie 26.001.08.04.12.11 van het budget 2012.”

Dit is de bestreden beslissing.

3.12. Bij aangetekend schrijven van 5 november 2012 wordt verzoevende partij ervan op de hoogte gebracht dat “uw offerte ingediend op 26 april 2012 in het kader van de overheidsopdracht voor het ‘Archeologisch onderzoek van het terrein gelegen Witloofstraat te 1130 Haren-Brussel [BR250-01]’ niet in aanmerking kan worden genomen”. Bij dit schrijven wordt een kopie van het gunningsverslag gevoegd.

IV. Tussenkoms

4. De verzoevende partij in tussenkoms blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Verwerende partij maakt in haar nota voorbehoud omtrent de ontvankelijkheid van de vordering wat betreft de beslissing tot in rechte treden.

Ter zitting verklaart zij niet langer aan te dringen op enig bezwaar nu alle vereiste documenten naar voor werden gebracht.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

6.2. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 ‘tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 65/31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van het enige middel

Standpunten van de partijen

7.1. In een enig middel voert verzoekende partij de schending aan van “art. 16 W. 24.12.1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, art. 110,§2 en art. 115 K.B. 08.01.1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, voormelde bepalingen op zich genomen en samengelezen met het Europeesrechtelijk niet-discriminatie en transparantiebeginsel, en samengelezen met art. 54 K.B. 08.01.1996, het zorgvuldigheidsbeginsel, het *patere legem* beginsel en de materiële motiveringsplicht als beginselen van behoorlijk bestuur, de formele motiveringsplicht zoals neergelegd in art. 65/4 en 65/5 W. 24.12.1993 en uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag”.

Zij ontwikkelt het middel in drie onderdelen waarvan enkel het tweede hierna aan bod komt.

7.2. In een tweede onderdeel voert verzoekende partij aan dat voormelde bepalingen en beginselen werden geschonden doordat:

“de bestreden beslissing tot evaluatie is overgegaan van het gunningscriterium van de globale prijs van de offerte en de kwaliteit van de voorgestelde evaluatiemethode door binnen de beoordelingsmethodologie gehanteerd voor beide gunningscriteria aspecten te betrekken die redelijkerwijze niet binnen dit gunningscriterium konden worden begrepen, zoals de terreindekking bij de evaluatie van het archeologisch potentieel of de termijn waarbinnen een nota van evaluatie kan worden ingediend, dan wel door het toepassen van een methode die een evaluatie maakt betreffende de prijs per m² op offertes die zich hiertoe niet leenden zonder schending van het niet-discriminatiebeginsel of een aantasting van de vergelijkbaarheid op voet van gelijkheid gegeven de bepalingen van het bestek, en waarvan de premissen feitelijke grondslag misten, evenals de draagwijdte van het gunningscriterium werd miskend”.

Te dezen is in het bestek voorzien in een gunningscriterium “globale prijs van de offerte”. Dit wordt volgens verzoekende partij door iedere

normaal zorgvuldige inschrijver als een zuiver mathematisch criterium opgevat. Dit samen genomen met de prijszetting voor de opdracht, namelijk tegen een globale forfaitaire prijs, is het duidelijk dat het om een globale prijs gaat over de volledig uit te voeren opdracht.

Bij de beoordeling wordt de globale prijszetting voor de volledige offerte echter opgesplitst tussen deze voor de voorwaardelijke schijf en deze voor de vaste schijf.

Bij de beoordeling van het prijscriterium van de vaste schijf worden er door verwerende partij aspecten in de beoordeling betrokken die de draagwijdte van het gunningscriterium van haar oorspronkelijke betekenis afwenden. Zo wordt het aspect van gebiedsdekking bij de evaluatie betrokken. Daardoor wordt de offerte van tussenkomende partij, ondanks de duidelijk meer voordelige forfaitaire globale prijs van verzoekende partij bij de vaste schijf, alsnog als de meest voordelige beoordeeld voor het tweede gunningscriterium. De gebiedsdekking is een aspect dat echter reeds wordt beoordeeld binnen het gunningscriterium van de kwaliteit van de methodologie. Ook wordt de uitvoeringstermijn bij de beoordeling van het gunningscriterium “prijs” betrokken wat opnieuw voordelig is voor tussenkomende partij. Nochtans is dit aspect niet onder dit gunningscriterium te begrijpen.

Bovendien wordt er volgens verzoekende partij ten onrechte door verwerende partij uitgegaan van een volledig terreindekkend onderzoek in de vaste schijf van tussenkomende partij; de door tussenkomende partij voorgestelde geofysische methode is dit niet.

Daarnaast meent verzoekende partij dat de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de prijszetting voor de voorwaardelijke schijf, foutieve elementen bij die beoordeling van de offerte van verzoekende partij heeft betrokken en dus ten onrechte tot het besluit komt dat tussenkomende partij de meest voordelige inschrijver zou zijn. Verwerende partij gaat in haar beoordeling van de offerte van verzoekende partij ten onrechte uit van een vaste kost van 10.000 euro boven op de prijs per m² van 6,67 euro/m²; in deze prijs per m² zit echter reeds de kosten voor conservering van de gevonden objecten begrepen. In

de simulatie hanteert verwerende partij deze onjuiste vierkante meter prijs van verzoekende partij voor veldwerk, terwijl dit een prijs betreft voor de archeologische opgraving die conform het bestek bestaat uit terreinonderzoek (veldwerk), opgraving en studies en verslagen.

Verzoekende partij merkt op dat zij als globale forfaitaire prijs voor de tweede schijf van 120.000 m² een prijs van 820.000 euro heeft geboden en tussenkomende partij een prijs van 941.364,60 euro. De omrekening door verwerende partij naar een rekenkundige prijs voor een oppervlakte van 10.000 m² leidt volgens het nazichtsverslag voor verzoekende partij tot een som van 80.033,33 euro en voor tussenkomende partij tot een som van 78.917,60 euro.

Zij benadrukt dat in het bestek duidelijk een totale forfaitaire prijs werd gevraagd over het volledige terrein van 120.000 m², zodat de terugrekening met een simulatie over 10.000 m² afbreuk doet aan de besteksbepaling betreffende de prijszetting.

Zelfs indien zou worden aangenomen dat een dergelijke simulatie een correcte beoordelingsmethode kon uitmaken, dient te worden vastgesteld dat de correcte omzetting deze was van het delen van de totale som door twaalf, namelijk de verhouding tussen 120.000 m² en 10.000 m². Minstens dient de prijs voor verzoekende partij als volgt te worden bepaald: 6,67 euro/m² vermenigvuldigd met 10.000 m² = 66.700 euro wat een prijs is die 15,1% voordeliger is dan die van tussenkomende partij.

Verzoekende partij meent bovendien dat de offerte van tussenkomende partij als substantieel onregelmatig dient te worden geweerd voor zover uit deze offerte zou blijken dat zij geen forfaitaire globale prijs heeft gegeven.

Verzoekende partij voert voorts aan dat bij de beoordeling van de kwaliteit van de vooropgestelde methode, de bestreden beslissing een doorslaggevend belang hechtte aan het aspect van de termijn waarbinnen de evaluatienota wordt afgeleverd. Dit stemt niet overeen met de normale betekenis van een zuiver kwalitatief gunningscriterium.

8. Wat het tweede onderdeel, subonderdeel toetsing van het prijscriterium deel vaste schijf, betreft merkt verwerende partij onder meer op dat de geofysische methode van tussenkomende partij wel degelijk volledig gebiedsdekkend is en daardoor een betere prijs oplevert; immers, er wordt veel meer gebied onderzocht voor de opgegeven prijs dan de hoogstens 12 % van het gebied dat verzoekende partij in haar offerte aangeeft te zullen onderzoeken. Zij wijst er voorts op dat zij bij de beoordeling geen rekening heeft gehouden met de uitvoeringstermijn.

Wat de kritiek van verzoekende partij bij de beoordeling van de voorwaardelijke schijf en het prijscriterium betreft wijst verwerende partij erop dat de herberekening van de offerteprijzen van verzoekende partij en tussenkomende partij naar een oppervlakte van 10.000 m² een realistisch beeld geeft van wat er in de tweede fase (voorwaardelijke schijf) staat te gebeuren. Zo verwerende partij de prijs van verzoekende partij foutief heeft herberekend naar die kleinere oppervlakte dan is dit te wijten aan verzoekende partij zelf die het in haar offerte heeft over een eenheidsprijs van 6,67 euro/m² terwijl als haar totale prijs van 820.000 euro wordt gedeeld door de totale oppervlakte van 120.000 m² er een eenheidsprijs van 6,83 euro/m² wordt verkregen. Trouwens, zo vervolgt verwerende partij, heeft verzoekende partij geen belang bij dit middelonderdeel nu tussenkomende partij veel beter scoort op het eerste gunningscriterium, kwaliteit, en de beoordeling van de prijs bij de voorwaardelijke schijf eigenlijk niet zo belangrijk is daar de uitvoering van deze schijf zeer hypothetisch is. Ten slotte geeft verwerende partij een nieuwe berekening voor de herleiding van de offerte van verzoekende partij naar 10.000 m² en stelt dat deze prijs alsdan dient te worden bepaald op 77.500 euro wat zeer vergelijkbaar is met de prijs van tussenkomende partij.

9. Tussenkomende partij benadrukt wat het tweede onderdeel betreft dat de door haar aangeboden methode, de geofysische analyse, wel degelijk bij de beoordeling van het prijscriterium van de vaste schijf dient te worden betrokken.

Wat de beoordeling van de prijs bij de voorwaardelijke schijf betreft wijst tussenkomende partij er onder meer op dat verwerende partij vanuit

haar discretionaire bevoegdheid gerechtigd was te herleiden tot 10.000 m². Ook bevestigt zij dat zij wel degelijk een globale prijs heeft opgegeven.

Beoordeling

10. Het tweede onderdeel betreft grotendeels het tweede gunningscriterium prijs. Een *prima facie* beoordeling van de grieven aangebracht in dit onderdeel leidt tot de volgende conclusies.

11. De opdracht bestaat uit een vaste schijf en een voorwaardelijke schijf. Deze laatste wordt slechts uitgevoerd “indien de evaluatie van de vaste schijf positief is”. Iedere inschrijver verbindt zich tot beide schijven.

Het bestek bepaalt inzake de prijsbepaling dat de opdracht een aanneming is tegen globale prijs. Op het offerteformulier wordt vermeld dat de prijzen voor de vaste schijf en voor de voorwaardelijke schijf afzonderlijk moeten worden opgegeven, waarbij voor elke schijf een detaillering dient te worden gegeven naar de prijs voor het onderzoek van het terrein, opgravingen enerzijds, prijs voor studie en verslagen anderzijds.

12. Wat de vaste schijf betreft biedt verzoekende partij een prijs van 30.000 euro en tussenkomende partij een prijs van 32.019,31 euro.

In het nazichtsverslag wordt bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium prijs de offerte van tussenkomende partij voordeliger geacht dan die van verzoekende partij omdat de offerte van tussenkomende partij een volledige dekking voorziet middels de geofysische analyse in tegenstelling tot de 12 % van de oppervlakte die verzoekende partij voorstelt te onderzoeken.

Prima facie lijkt aldus bij de beoordeling van het prijscriterium de methodiek, toch eerder een kwalitatief element dat qua beoordeling thuishoort bij het eerste gunningscriterium en daar ook wordt beoordeeld, ten onrechte, dit is in strijd met het bestek, te worden betrokken.

13. Wat de voorwaardelijke schijf betreft zag verwerende partij zich blijkbaar geconfronteerd met verschillende soorten prijsopgaves; sommige inschrijvers geven een aantal werkdagen tegen een bepaalde prijs op, een andere dan weer voor een oppervlakte van 10.000 m² terwijl verzoekende partij en tussenkomen partij een prijs opgeven voor geheel het terrein van 120.000 m².

Voor de vergelijkbaarheid opteerde verwerende partij om de offertes te herberekenen naar een te onderzoeken oppervlakte van 10.000 m².

Het hanteren van deze herberekening lijkt vragen op te roepen naar een gepaste methodiek daarvoor. Dergelijke herleiding tot 10.000 m² lijkt zekere evenwichten binnen een offerte niet ongemoeid te laten. Blijft ook de vraag of verwerende partij ten aanzien van de offertes die geen globale prijs voorstelden zoals het bestek lijkt te vereisen, een herberekening mocht doen. Deze kwesties moeten thans niet verder aan bod komen omdat, zoals hierna zal blijken, verwerende partij bij de herberekening van de offerte van verzoekende partij een verkeerd uitgangspunt heeft gehanteerd.

Verzoekende partij biedt voor de voorwaardelijke schijf een globale som van 820.000 euro en dit voor geheel het terrein *ad* 120.000 m². Op haar offerteformulier maakt zij, zoals het bestek voorschrijft, een prijsonderscheid tussen terreinonderzoek (670.000 euro) en studies en verslagen (150.000 euro). Ook vermeldt verzoekende partij als “aandachtspunt” bij haar offerte het volgende:

“In de prijsopgave voor de voorwaardelijke schijf/archeologische opgraving is een post van €10.000,- opgenomen voor conservering van kwetsbaar vondstmateriaal (gebruikelijk vondstspectrum). Het genoemde bedrag van €820.000,- is dus inclusief conservering. Op basis van onze kostenopgaven komen wij voor de voorwaardelijke schijf/archeologische opgraving tot een vierkante meter prijs van €6,67 (excl. btw).”

Verwerende partij doet de herberekening van de prijs van verzoekende partij van 120.000 m² naar 10.000 m² als volgt. Zij deelt de conserveringsprijs van 10.000 euro door 12 wat 833,33 euro geeft; vervolgens vermenigvuldigt zij 10.000 m² met 6,67 euro/m² wat een product van 66.700 euro geeft; dan deelt zij de post studie en verslagen *ad* 150.000 euro door 12 wat

12.500 euro geeft. Deze drie prijzen (833,33 euro, 66.700 euro en 12.500 euro) telt zij samen wat een som geeft van 80.033,33 euro, bedrag dat verzoekende partij toegerekend wordt als globale prijs voor 10.000 m².

Door deze berekeningswijze miskent verwerende partij de offerte van verzoekende partij die een globale prijs van 820.000 euro opgeeft. Ten onrechte lijkt zij immers de post conservering *ad* 10.000 euro en de post studie en verslagen *ad* 150.000 euro, weze het telkens slechts voor één twaalfde, bij haar herberekening te hebben betrokken. Deze vaststelling blijkt alleen reeds uit een “terugrekening” van het resultaat van 80.033,33 euro voor 10.000 m² naar het bedrag voor 120.000 m². Ter terechtzitting hebben de partijen, inzonderheid verwerende partij, kunnen vaststellen dat het aldus verkregen bedrag zeer ruim de globale prijs van verzoekende partij overschrijdt. Ook dit wijst er opnieuw op dat verwerende partij de offerte van verzoekende partij onrecht aandoet.

14.1. Het bezwaar dat verwerende partij hiertegen inbrengt, namelijk dat verzoekende partij geen belang heeft bij dit middel omdat haar offerte kwalitatief toch minder scoort dan die van tussenkomen de partij en het eerste gunningscriterium kwaliteit prevaleert op het tweede gunningscriterium prijs wordt niet aanvaard.

Verwerende partij heeft gemeend dat zij geen gewicht diende toe te kennen aan haar criteria en dat ze in volgorde van belangrijkheid waren vermeld. Los van het antwoord op de vraag of zij dergelijke handelwijze mocht hanteren leidt dit in elk geval tot de vaststelling dat het de Raad van State thans onmogelijk lijkt te kunnen oordelen in welke mate de vastgestelde onwettigheid bij de prijsvergelijking het door verwerende partij aangenomen verschil tussen de offertes decisief kan beïnvloeden.

14.2. Voorts meent verwerende partij dat de onwettigheid bij de voorwaardelijke schijf als minder belangrijk moet worden beschouwd dan die bij de vaste schijf omdat slechts deze laatste zeker en volledig dient te worden uitgevoerd.

Ook hier wordt verwerende partij niet gevolgd. In de eerste plaats is er ook een onwettigheid bij de prijsvergelijking van de vaste schijf vastgesteld. Het bestek laat voorts ook niet toe deze door verwerende partij voorgestelde nuance tussen de twee schijven en hun prijsvergelijking te maken.

15. Het tweede onderdeel is in de aangegeven mate ernstig.

BESLISSING

1. Het verzoek van de Katholieke Universiteit te Leuven tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 29 oktober 2012 van de minister-president van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest waarbij de overheidsopdracht voor archeologisch onderzoek van het terrein gelegen aan de Witloofstraat te Haren-Brussel wordt gegund aan de KULeuven en niet aan de bv BAAC.

3. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 december 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Pierre Barra