RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 187.885 van 13 november 2008
in de zaak A. 190.097/XII-5599.

In zake : de NV OCE BELGIUM,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe en L. De Vuyst,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25

tegen :

de STAD BRUGGE,
die woonplaats kiest bij
advocaten A. Lust en J. Goethals,
kantoor houdende te 8310 Brugge,
Baron Ruzettelaan 27.

tussenkomende partij :

de NV NRG BELGIUM,
die woonplaats kiest bij
advocaat V. Vandebeek,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Franklin D. Rooseveltlaan 89 B7.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Oce Belgium op 24 oktober 2008 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van "de beslissing van het college van Burgemeester en Schepenen van de stad Brugge van 10 oktober 2008 om perceel 2 van de opdracht 'Algemene offerteaanvraag op oproep, geldig voor vijf jaar en eenmaal verlengbaar voor één jaar voor de huur en het omniumonderhoud van fotokopieermachines voor diverse diensten van Stad Brugge' aan de firma Nashuatec te gunnen";

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 27 oktober 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 6 november 2008, om 10.00 uur;

Gezien het op 31 oktober 2008 ingediende verzoekschrift waarbij de NV NRG Belgium vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten D. D'Hooghe en L. De Vuyst, die verschijnen voor de verzoekende partij, van advocaat J. Goethals, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat M. Van Dievoet, die loco advocaat V. Vandebeek verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur P. Barra;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. De stad Brugge schrijft als aanbestedende overheid een opdracht uit bij wijze van algemene offerteaanvraag op afroep met als voorwerp de huur en het omniumonderhoud van fotokopieermachines voor diverse diensten van de stad Brugge.

De opdracht omvat volgens het bestek drie percelen :

- Perceel nr. 1 omvat de volgende types van kopieertoestellen: type A (klein zwart-wit toestel met een volumecapaciteit tot ongeveer 1000 kopieën per maand), type B (middelgroot zwart-wit kopieertoestel met een volumecapaciteit van 1000 tot 10.000 kopieën per maand), type B kleur (middelgroot kleuren kopieertoestel met een volumecapaciteit van 1000 tot 10.000 kopieën per maand) en type C (groot zwart-wit kopieertoestel met een volumecapaciteit van 10.000 tot 75.000 kopieën

per maand). De vermoedelijke hoeveelheden zijn: voor type A 32 toestellen, type B 35 zwart-wit toestellen en 8 kleuren toestellen en type C 17 zwart-wit toestellen.

- Perceel nr. 2 omvat zwart-wit kopieertoestellen met bookletmaker, met een volumecapaciteit van 100 000 tot 175 000 kopies per maand, met een vermoedelijke hoeveelheid van 2 toestellen.

- Perceel nr. 3 omvat een zwart-wit bookcopier - vermoedelijk één toestel.

De opdracht wordt op 16 mei 2008 in het Publicatieblad van de Euopese Unie bekendgemaakt. In een administratieve nota aan het college van burgemeester en schepenen wordt de opdracht geraamd op 40.000,00 euro per maand.

De procedure wordt beheerst door het bijzonder bestek "Algemene offerteaanvraag op afroep, geldig voor vijf jaar en eenmaal verlengbaar voor één jaar voor de huur en het omniumonderhoud van: Fotokopieermachines voor diverse diensten van Stad Brugge", in zijn -gewijzigde- vorm volgens de verwerende partij gepubliceerd op 11 juni 2008.

Als "gunningscriteria" vermeldt het laatstgenoemde bestek (blz. 9/10) :

> "De offertes zullen onderzocht worden op regelmatigheid en volledigheid. De gunning zal gebeuren aan de inschrijver met de offerte die als meest voordelig beschouwd wordt. Daarbij wordt rekening gehouden met volgende gunningscriteria, in afnemende volgorde van belangrijkheid :
> Prijsbepaling (op 25 %)
> De prijs omvat 2 componenten:
> 1. de huurprijs per jaar van de toestellen per perceel per type afhankelijk van het jaar van de ingebruikname
> 2. de prijs per kopie (zowel voor A4 als voor A3 afdrukken), afhankelijk van het aantal kopieën, met een gegarandeerde minimumafname per perceel met onderscheid tussen zwart-wit en kleur (zie voorbeeld in invullijsten)
> In deze prijs per kopie is inbegrepen :
> / het volledige omniumonderhoudscontract: onderhouds- en herstellingskosten, uurlonen, verplaatsingskosten, alle wisselstukken en verbruiksgoederen, inclusief toner en nietjes en exclusief papier
> / de levering en installatie van de toestellen op de verschillende locaties, inclusief de installatie op het netwerk
> / de opleiding van de gebruikers
> / Nederlandse gebruiksaanwijzingen voor alle toestellen
> / de Reprobel-heffing voor de eerste ingebruikname
> / de terugnamekosten op het einde van het contract
> / ...
> Eenmaal per jaar zal een afrekening worden gemaakt van de eventuele extra kopies.
> De prijsbeoordeling zal gebeuren op basis van de totale jaarprijs zoals opgegeven in de samenvattende tabel.

Kwaliteit van de aangeboden dienst na verkoop (op 25 %)
Hier wordt beoordeeld op basis van :
/de aangeboden garanties i.v.m. het waarborgen van de kwaliteit van de kopies gedurende de hele looptijd van het contract
/ de aangeboden garanties i.v.m. interventietijden: hoe snel kan een technicus ter plaatse zijn
/ de aangeboden garanties i.v.m. de beschikbaarheidsgraad van de toestellen
/ de omvang en organisatie van de serviceorganisatie; de verhouding tussen het aantal geïnstalleerde kopieerapparaten en het aantal technici in vast dienstverband
/ de opleiding van de gebruikers
/ ...

De technische waarde van de aangeboden toestellen (op 25 %)
De technische waarde van de aangeboden toestellen zal worden beoordeeld op basis van :
/ de conformiteit met de gevraagde specificaties: de toestellen moeten in elk geval voldoen aan de gestelde minimumvereisten
/ de productiviteit en de capaciteiten van de aangeboden apparatuur: de mogelijkheid en technologieën en de toepasbaarheid ervan binnen de organisatie van de opdrachtgever
/ de gebruiksvriendelijkheid: de betrouwbaarheid en de manier waarop storingen door de gebruiker kunnen worden opgelost
/ de capaciteit van de tonerreservoirs en de manier waarop de toner moet vervangen worden
/ de tonervastheid
/ de degelijkheid van de aangeboden apparatuur
/ de printkwaliteit zal beoordeeld worden aan de hand van een aantal afdrukken die met het voorgestelde toestel moeten gemaakt worden:
* een Pantone kaart, om de kleurweergave te beoordelen (enkel bij de kleurentoestellen)
* het afdrukken op een aantal soorten papier (glanzend, dikker)
* de uitlijning bij recto versie afdrukken
* het afdrukken van een kleine publicatie ter vergelijking van het huidige gedrukte exemplaar
* het afdrukken van een foto (eventueel in de vorm van een affiche)
* ...

De opdrachtgever behoudt zich het recht voor deze punten te laten testen, ofwel in de toonzaal van de inschrijver, ofwel door een of meerdere toestellen op proef te vragen.

De flexibiliteit van het contract (op 20 %)
De flexibiliteit zal worden beoordeeld op basis van :
/ de aangeboden voorwaarden inzake de eventuele aanpassingen van het contract tijdens de looptijd ervan: overschakeling naar andere types apparaten, bijbestellingen, omwisselingen, ingebruikname van bijkomende opties, ... tot de nog resterende duur van het contract.
/ de begeleiding van de evoluerende behoeften en wensen van de opdrachtgever tijdens de hele looptijd van het contract: evaluatie, ondersteuning, advies, oplossingen op maat, ...

Milieuvriendelijkheid (op 5 %)
Bijzondere aandacht zal worden besteed aan volgende punten:
/ de ozonafgifte van de toestellen, uitgedrukt in mg/m³
/ het geluidsniveau van de toestellen in werking en in stand-by
/ het energieverbruik
/ de verwerking van de verpakkingsmaterialen

/ het systeem voor de recuperatie van de lege tonercartridges
Gelieve bovenstaande punten in een Service Level Agreement te verduidelijken".

Het bestek (blz.6) vermeldt voorts :

"De aangeboden modellen moeten beschikbaar zijn bij de leverancier van 4 tot en met 14 augustus 2008, zodat Stad Brugge kan langskomen om de toestellen gedurende drie uur uit te testen volgens de vooropgestelde gunningscriteria. Indien dit niet mogelijk is, wordt het aanbod geweerd uit de selectie".

2. Acht ondernemingen dienen een offerte in voor minstens één perceel; de verzoekende partij dient een offerte in voor alle drie de percelen; de tussenkomende partij dient een offerte in voor de eerste twee percelen. De opening van de offertes grijpt plaats op 7 juli 2008.

3. De aanbestedende overheid organiseert bezoeken bij de inschrijvers, bij de verzoekende partij op 5 augustus 2008.

4. Met een e-mailbericht van 13 oktober 2008, bevestigd met een aangetekende brief van 15 oktober 2008, laat de aanbestedende overheid de verzoekende partij weten dat perceel 3 aan haar is toegewezen maar niet de percelen 1 en 2. Onder verwijzing naar artikel 21 bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, merkt de aanbestedende overheid daarbij nog op dat de intenties voor het aantekenen van beroep haar dienen te bereiken ten laatste op 27 oktober 2008. In bijlage wordt een gunningsverslag meegezonden.

Dit verslag bevat als evaluatie louter tabellen waarbij punten worden toegekend aan de offertes. Die tabellen bevatten enkel punten, geen beschrijvende evaluaties. Bovendien zijn de gehanteerde gunningscriteria niet gelijkluidend aan de gunningscriteria zoals ze in het bestek onder de hoofding "gunningscriteria" zijn omschreven, hetgeen evenmin het geval is in de "toelichting" bij de evaluatie van de offerte van de verzoekende partij.

De eindbeoordeling voor perceel 2 waarbij de tussenkomende partij als eerste gerangschikt wordt en de verzoekende partij als derde is wat hen betreft de volgende :

totaal perceel 1	NASHUATEC	OCE
prijsbepaling (25%)	22,39/ 25	18,20/ 25
dienst na verkoop (25 %)	23,33 / 25	21,35 / 25
Waarborgen	9,50 / 10	10,00 / 10
Organisatie	4,75 / 5	4,75 / 5
referenties	4,38 / 5	4,00 / 5
Presentaties	4,70 / 5	2,60 / 5
Technische waarden (25 %)	21,65/ 25	18,75 / 25
Printkwaliteit en tonervastheid	10,57/ 15	7,95 / 15
Gebruiksvriendelijkheid bij demo	8,75 / 7	9,80 / 7
Extra functionaliteiten	1,33 / 2	0,00 / 2
Degelijkheid	1,00 / 1	1,00 / 1
Flexibiliteit contract (20 %)	15,00 / 20	20,00 / 20
Milieuvriendelijkheid (5 %)	3,25 / 5	4,63 / 5
TOTAAL PERCEEL 1	85,62/ 100	82,93 / 100

5. Met een brief van 16 oktober 2008 vraagt de raadsman van de verzoekende partij de bestreden beslissing op bij de aanbestedende overheid en merkt op dat de stand-still niet loopt. Voorts verzoekt hij om een meer gedetailleerde motivering en inzage in de offerte van de tussenkomende partij.

Met een e-mailbericht van 20 oktober 2008 antwoordt de verwerende partij; ze stuurt onder andere een “toelichting” over de scores die aan de verzoekende partij zijn toegekend en een uittreksel uit de offerte van de tussenkomende partij. De bestreden beslissing zelf is een beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 10 oktober 2008.

De aanbestedende overheid stuurt dan nog op 22 en 23 oktober 2008 een bijkomende motivering inzake de scores naar de raadsman van de verzoekende partij.

De ontvankelijkheid

6. De tussenkomende partij betwist in een exceptie het belang van de verzoekende partij nu uit simulaties waarbij alle subcriteria een gelijkwaardig gewicht krijgen blijkt dat de offerte van de verzoekende partij voor perceel 2 als zesde (lees: vierde) wordt gerangschikt, in plaats van thans als derde. Een

gelijkaardige exceptie wordt door de verwerende partij aangevoerd in verband met het eerste onderdeel van het eerste middel.

De exceptie wordt niet aanvaard: de evaluatie van de offertes dient door de verwerende partij te worden verricht en het is niet aan de Raad van State om zich, in het spoor van de tussenkomende partij,voor de beoordeling van het belang van de verzoekende partij, op slechts één simulatie te steunen als waren er geen andere evaluatiepatronen mogelijk, meer bepaald met andere wegingen dan de in de simulatie gehanteerde "gelijke" wegingen van de subcriteria; overigens betwist de verzoekende partij in haar vordering juist ook het hanteren zelf van subcriteria, zodat een simulatie die daar toch op steunt, niet nuttig is alvorens de grieven zijn onderzocht die op het gebruik van die subcriteria betrekking hebben.

7. In een opmerking die als een tweede exceptie zou kunnen worden aangemerkt doet de tussenkomende partij gelden dat de verzoekende partij "geen recht van spreken" zou hebben gelet op het overschrijden van de duur van de demo (4 uur in plaats van 3 uur) zodat de toestellen van de verzoekende partij uit de selectie hadden dienen te worden geweerd.

Ook deze exceptie wordt niet aanvaard: erop ingaan lijkt met zich mee te brengen dat de Raad van State in de plaats van de aanbestedende overheid, het onderzoek van de selectie van de verzoekende partij zou moeten overdoen en in voorkomend geval tegen het reeds ingenomen standpunt van de verwerende partij in, die selectie zou moeten afkeuren. Zulks lijkt niet aan de Raad van State toe te komen.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

8. Krachtens 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.

De eerste en de derde voorwaarde

9. Wat de eerste en de derde in het voormelde artikel gestelde voorwaarde betreft, beroept de verzoekende partij zich inzake het nadeel op de mogelijkheid om zelf de in het geding zijnde opdracht te kunnen uitvoeren, die zij door de gevraagde schorsing wil vrijwaren en wijst zij erop dat het verlies van die opdracht op zich een moeilijk te herstellen ernstig nadeel uitmaakt, temeer daar zijzelf reeds geruime tijd de leverancier van de verwerende partij was voor de diverse toestellen. De verzoekende partij wijst ook op de lange duurtijd van de opdracht (vijf kalenderjaren, eenmalig met een jaar te verlengen), de referentiewaarde en het aanzienlijke financiële belang ervan.

Voorts motiveert zij haar keuze voor de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid door te verwijzen naar het risico, dat de bestreden toewijzingsbeslissing aan de gekozen inschrijver zou worden betekend, aangezien het geldende contract afloopt op 1 december 2008 en deze dreiging tevens is uitgedrukt in de voormelde wachttermijn die door de verwerende partij tot uiterlijk 27 oktober 2008 werd bepaald.

10. Betreffende de voorwaarde van het nadeel merkt de verwerende partij op dat de verzoekende partij zou moeten aantonen dat een nadeel geleden wordt dat niet louter financieel is. De tussenkomende partij doet gelden dat de uiteenzetting van het nadeel algemeen en summier is. Betreffende de voorwaarde van de uiterst dringende noodzakelijkheid betwijfelt de verwerende partij of het uitvoerig verzoekschrift van 32 bladzijden nog kan getuigen van een uiterst dringend karakter. De tussenkomende partij gedraagt zich terzake naar de wijsheid van de Raad van State.

11. Door de betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing zou tussen de verwerende en de tussenkomende partij een overeenkomst tot stand komen tengevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de algemene vergadering van de afdeling administratie, een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen. Het bestaan van die overeenkomst zou de betrachting van de verzoekende partij om zelf de opdracht nog uit te voeren, ernstig bemoeilijken en zou een mogelijk herstel in natura verderaf brengen. Aldus moet worden aanvaard dat de verzoekende partij door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden toewijzingsbeslissing het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan

ondergaan mede gelet op de waarde van de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie. De verwerende partij lijkt een bewijs te vragen van een ander dan financieel nadeel: het verlies van een opdracht doordat een inschrijver op onrechtmatige wijze is voorbijgegaan houdt echter vanzelfsprekend naast een financieel nadeel een gekwalificeerd moreel belang in dat evenzeer een nadeel is, ernstig en moeilijk te herstellen.

Voorts, wegens de dreigende betekening die mag worden afgeleid uit de gegeven wachttermijn in het voormelde e-mailbericht van 13 oktober 2008 en de voormelde brief van 15 oktober 2008 en wegens de verplicht gestelde procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid overeenkomstig artikel 21bis van de voornoemde wet van 24 december 1993, wordt te dezen aanvaard dat de verzoekende partij een beroep deed op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Er kan wel begrip worden opgebracht voor de verwerende partij die daarbij betreurt dat ondanks de korte wachttermijn toch nog een uitvoerig en gedetailleerd verzoekschrift wordt uitgewerkt en ingediend waarop zij moet antwoorden in een nog korter tijdsbestek. De Raad van State bepaalt inderdaad die laatstgenoemde termijn voor het indienen van een nota door de verwerende partij op pretoriaanse wijze, zonder daarbij door procedureregelingen te zijn gebonden. De kritiek van de verwerende partij betreft aldus echter in wezen de wetsbepaling van artikel 21bis die voor de belangrijkste overheidsopdrachten de minst geregelde en snelste procedure oplegt. Die kritiek kan te dezen echter niet leiden tot een afwijzen van het uiterst dringend karakter.

Evenveel begrip kan worden opgebracht voor de verzoekende partij die, gedwongen zoals ze is door de wet om enkel op de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid een beroep te doen en ondanks de korte wachttermijn, in een belangrijke zaak haar belangen zo optimaal mogelijk poogt te vrijwaren met een uitvoerig verzoekschrift, ook al strookt een dergelijk verzoekschrift niet met het wezen van een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid en zou - maar dan buiten het domein van de overheidsopdrachten - van dat verzoekschrift eventueel met reden kunnen worden gezegd dat zijn omvang en gedetailleerde inhoud of op zijn minst sommige argumentaties ervan - niet verenigbaar zijn met de snelle toetsing die van de Raad van State wordt verwacht in een dergelijke spoedprocedure.

De eerste en derde voorwaarde zijn vervuld.

De tweede voorwaarde - stellingen van de partijen

12. Wat de tweede voorwaarde betreft, voert de verzoekende partij in een eerste onderdeel van een eerste middel de schending aan van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, samen gelezen met artikel 115, lid 2 en lid 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van het beginsel "patere legem quam ipse fecisti" en van "de beginselen inzake transparantie en gelijke behandeling van de inschrijvers".

In een eerste onderdeel wordt daartoe betoogd hetgeen volgt :

- de bestreden beslissing is gesteund op een evaluatie van de offertes waarbij de aanbestedende overheid klaarblijkelijk subgunningscriteria heeft vastgesteld die niet werden opgenomen in het bestek of in de aankondiging en waaraan de aanbestedende overheid bovendien een niet vooraf bekendgemaakte, sterk gediversifieerde weging heeft toegekend;
- volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en de Raad van State dienen echter alle gunningscriteria, subgunningscriteria en hun respectief belang vooraf te worden bekendgemaakt; het achteraf bekendmaken is in strijd met het beginsel van de gelijke behandeling en van de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting; slechts onder strenge voorwaarden kan een weging van de subgunningscriteria achteraf doch vóór opening der offertes worden vastgesteld ;
- in het bestek staan geen subgunningscriteria, wel staan onder bepaalde gunningscriteria een aantal te beoordelen elementen die bij wijze van illustratie werden opgenomen; de aanbestedende overheid heeft mede maar niet geheel op grond van die elementen eigenlijke subgunningscriteria opgesteld; zo is het gunningscriterium "kwaliteit van de aangeboden dienst na verkoop" opgesplitst in vier niet vooraf bekendgemaakte subgunningscriteria, met elk een eigen weging en op hun beurt onderverdeeld; zo zijn de zogenoemde "extra - functionaliteiten" niet bepaald in het bestek maar blijkt het in het gunningsverslag om welbepaalde limitatieve elementen te gaan zoals scannen in kleur; ten slotte blijkt het gunningscriterium "technische waarde van de aangeboden toestellen" opgesplitst in steeds maar andere subcriteria.

In een tweede onderdeel doet de verzoekende partij gelden wat volgt :

- enerzijds worden er nieuwe gunningscriteria geïntroduceerd; zo worden er onder het gunningscriterium "kwaliteit van de aangeboden dienst na verkoop" elementen beoordeeld zoals referenties en presentatie en bij het gunningscriterium "technische waarde" het element "extra - functionaliteiten" die niet passen bij deze gunningscriteria;
- anderzijds werden de offertes niet getoetst aan de integraliteit van de criteria, minstens werd de inhoud van de bestaande gunningscriteria gewijzigd; bepaalde aspecten van de elementen die onder de gunningscriteria stonden in het bestek heeft de aanbestedende overheid niet meegerekend in haar evaluatie; bij het gunnings-criterium "technische waarde van de aangeboden toestellen" staat aldus in het bestek onder andere capaciteit van de tonerreservoirs en productiviteit en capaciteiten van de aangeboden apparatuur met inbegrip van de mogelijkheden en technologieën en de toepasbaarheid ervan binnen de organisatie van de aanbestedende overheid; deze elementen werden niet beoordeeld.

13. De verwerende partij merkt daartegen op wat volgt, wat het eerste onderdeel betreft :

- de rechtspraak waarop de verzoekende partij steunt is niet van toepassing aangezien deze diensten betreft terwijl het te dezen over leveringen gaat; de "vaste rechtspraak" van de Raad van State dient dan ook te worden toegepast namelijk dat op grond van de huidige wetgeving de subgunningscriteria niet dienen te worden vermeld in het bestek;
- in elk geval zijn de betrokken subgunningscriteria te verantwoorden criteria, zijn de criteria referenties en presentatie wel degelijk opgenomen in het bestek, weze het niet onder de rubriek gunningscriteria wat ook niet hoeft; de criteria bijvoorbeeld inzake printkwaliteit vloeien voort uit een normale beoordeling ervan; het criterium "extra - functionaliteiten" valt onder de maatstaf "de mogelijkheden en technologieën en de toepasbaarheid ervan binnen de organisatie van de opdrachtgever".

Wat het tweede onderdeel betreft doet de verwerende partij gelden wat volgt :

- er zijn geen nieuwe gunningscriteria aangewend; de criteria referenties, presentatie en extra-functionaliteiten zijn wel degelijk in het bestek opgenomen;
- de integraliteit van de gunningscriteria werd getoetst; mocht de capaciteit van het tonerreservoir niet getoetst zijn dan heeft de verzoekende partij geen belang bij

deze grief, aangezien het betrokken criterium slechts een beperkte waarde is toegekend;

- voorts werden 32 van de 93 opgegeven toestellen getoetst zodat er hier geen sprake is van een minimaal deel zoals de verzoekende partij beweert.

14. De tussenkomende partij merkt op, wat het eerste onderdeel betreft, dat alle elementen waarvan sprake is in de criteria expliciet vermeld zijn in het bestek. Inzake het tweede onderdeel stelt zij dat het bestek de mededeling van referenties voorschrijft; deze werden beoordeeld bij het gunningscriterium "kwaliteit van de aangeboden dienst na verkoop"; de term "presentatie" is evenzeer inhoudelijk een item uit het bestek, namelijk betreffende de beschikbaarheid van de aangeboden modellen.

De tweede voorwaarde - beoordeling

15. Het geschonden geachte artikel 16 van de wet van 24 december 1993 stelt :

> "Bij algemene of beperkte offerteaanvraag dient de opdracht toegewezen te worden aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient rekening houdend met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek, of eventueel in de aankondiging van de opdracht [...]".

Het eveneens geschonden geachte artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt in zijn tweede en derde lid :

> "Onverminderd [...] vermeldt de aanbestedende overheid in het bestek en eventueel in de aankondiging van de opdracht al de gunningscriteria, zo mogelijk in volgorde van afnemend belang; in dit geval wordt die volgorde in het bestek of in de aankondiging vermeld. Zo niet hebben de gunningscriteria dezelfde waarde.
>
> Wat de overheidsopdrachten betreft die de bedragen voor de Europese bekendmaking bereiken, specificeert de aanbestedende overheid de weging van elk gunningscriterium, die eventueel kan worden uitgedrukt binnen een vork met een passend verschil tussen minimum en maximum. Indien een dergelijke weging om aantoonbare redenen niet mogelijk is, worden de criteria vermeld in dalende volgorde van belangrijkheid".

Te dezen somt het bestek bij elk gunningscriterium een aantal elementen op die deze gunningscriteria lijken te expliciteren. Voor de eerste vier gunningscriteria lijken deze elementen te worden opgesomd op niet exhaustieve wijze, aangezien daar de reeks elementen onder die gunningscriteria eindigt met "...".

In het gunningsverslag lijken die elementen echter op een andere manier te worden begrepen dan in het bestek.

Aldus wordt bijvoorbeeld het gunningscriterium "kwaliteit van de aangeboden dienst na verkoop" in het bestek als volgt omschreven :

"Kwaliteit van de aangeboden dienst na verkoop (op 25 %)
Hier wordt beoordeeld op basis van :
/de aangeboden garanties i.v.m. het waarborgen van de kwaliteit van de kopies gedurende de hele looptijd van het contract
/ de aangeboden garanties i.v.m. interventietijden: hoe snel kan een technicus ter plaatse zijn
/ de aangeboden garanties i.v.m. de beschikbaarheidsgraad van de toestellen
/ de omvang en organisatie van de serviceorganisatie; de verhouding tussen het aantal geïnstalleerde kopieerapparaten en het aantal technici in vast dienstverband
/ de opleiding van de gebruikers
/ ...".

In het gunningsverslag wordt zulks :

"Waarborgen (10 %)
garantie kopiekwaliteit op 2
interventietijden op 10
gem. uptime / beschikbaarheid / ratio op 8

Organisatie (5%)
contacturen op 10
opleiding gebruikers op 10

Referenties (5 %)
referentie 1 op 10
referentie 2 op 10

Presentatie (5 %)
voorbereiding op 10
testen op 10
demo afspraken op 10".

Het gunningscriterium "technische waarde van de aangeboden toestellen" luidt in het bestek :

"De technische waarde van de aangeboden toestellen (op 25 %)

De technische waarde van de aangeboden toestellen zal worden beoordeeld op basis van :
/ de conformiteit met de gevraagde specificaties: de toestellen moeten in elk geval voldoen aan de gestelde minimumvereisten
/ de productiviteit en de capaciteiten van de aangeboden apparatuur: de mogelijkheid en technologieën en de toepasbaarheid ervan binnen de organisatie van de opdrachtgever
/ de gebruiksvriendelijkheid: de betrouwbaarheid en de manier waarop storingen door de gebruiker kunnen worden opgelost
/ de capaciteit van de tonerreservoirs en de manier waarop de toner moet vervangen worden
/ de tonervastheid
/ de degelijkheid van de aangeboden apparatuur
/ de printkwaliteit zal beoordeeld worden aan de hand van een aantal afdrukken die met het voorgestelde toestel moeten gemaakt worden:
* een Pantone kaart, om de kleurweergave te beoordelen (enkel bij de kleurentoestellen)
* het afdrukken op een aantal soorten papier (glanzend, dikker)
* de uitlijning bij recto versie afdrukken
* het afdrukken van een kleine publicatie ter vergelijking van het huidige gedrukte exemplaar
* het afdrukken van een foto (eventueel in de vorm van een affiche)
* ...
De opdrachtgever behoudt zich het recht voor deze punten te laten testen, ofwel in de toonzaal van de inschrijver, ofwel door een of meerdere toestellen op proef te vragen".

In het gunningsverslag wordt dit :

"Printkwaliteit en tonervastheid (15 %)
kopies op 3
prints op 11
scans op 1

Gebruiksvriendelijkheid bij demo (7 %)
toestel op 4
driver op 3

Extra functionaliteiten (2 %)
extrafunctionaliteiten op 2

Degelijkheid (1 %)
degelijkheid toestel op 20".

Bij het onderzoek van de "toelichting" moet dan worden vastgesteld dat het voormelde subgunningscriterium "printkwaliteit en tonervastheid" daar als subsubgunningscriteria "kopies (=kopieerkwaliteit), prints (=afdrukkwaliteit) en scans (=scankwaliteit) kent, die op hun beurt nog eens in criteria worden opgedeeld. Aldus wordt kopieerkwaliteit opgedeeld in :

"brieven
scherpte op 10

helderheid op 10
contrast op 10

brochure
scherpte op 10
helderheid op 10
contrast op 10

testpagina
afdrukbare gebieden op 10
kleurbereik lichte tinten op 10
kleurbereik donkere tinten op 10
curven op 10

fotos
scherpte op 10
kleurbereik lichte tinten op 10
kleurbereik donkere tinten op 10
scheiding aaneenliggende kleuren op 10
kleurgradaties op 10
helderheid op 10
contrast op 10
verschil zwart - wit / kleurenfoto op 10".

Dienvolgens lijkt reeds te moeten worden vastgesteld dat bepaalde elementen uit het bestek worden samengevoegd tot één subgunningscriterium, zoals drie garanties tot één rubriek waarborgen, andere elementen worden bijgevoegd zonder dat er sprake van is in het bestek zoals de subgunningscriteria referenties en presentatie. Het feit dat deze twee elementen op een andere plaats in het bestek staan - in elk geval niet expliciet onder de gunningscriteria - betekent niet dat ze een gunningscriterium worden of kunnen worden toegevoegd onder een gunningscriterium, zoals in het verweer wordt betoogd. Voorts worden deze subgunningscriteria blijkbaar gelet op de "toelichting" verder opgedeeld in subsubgunningscriteria en subsubsubgunnings-criteria. Tenslotte wordt aan al die onderscheiden criteria een onderscheiden weging toegekend.

De verzoekende partij lijkt aldus te moeten worden bijgevallen waar zij betoogt dat bij de evaluatie gunningscriteria zijn vastgesteld die niet in het bestek of de aankondiging zijn opgenomen en deze een niet vooraf bekendgemaakte weging heeft toegekend, na opening van de offertes.

De vraag of die werkwijze verenigbaar is met de aangehaalde bepalingen die opleggen "de" of "al" de gunningscriteria te vermelden in het bestek, is een vraag naar kwalificatie die gelet op de waarde van de betrokken opdracht die onbetwist het Europees drempelbedrag overschrijdt hier dan nog conform met de

toepasselijke Europese rechtsnormen moet worden beantwoord. Bij dat onderzoek lijkt niet te kunnen worden voorbijgegaan aan het recente arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 24 januari 2008 in de zaak C-532/06 inzake Emm. G. Lianakis AE. Daarin wordt voor recht verklaard :

> "Artikel 36, lid 2, van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997, gelezen tegen de achtergrond van het beginsel van gelijke behandeling van de marktdeelnemers en van de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting, verzet zich ertegen dat de aanbestedende dienst in het kader van een aanbestedingsprocedure achteraf wegingscoëfficiënten en subcriteria voor de in het bestek of in de aankondiging van de opdracht vermelde gunningscriteria vaststelt".

Het principieel standpunt verwoord in dit arrest lijkt, in tegenstelling tot hetgeen de verwerende partij betoogt, niet enkel tot diensten te mogen worden beperkt.

16. De conclusie lijkt aldus te moeten luiden dat het te dezen gehanteerde beoordelingssysteem, gebruik makend van talrijke niet in het bestek vastgelegde en achteraf vastgestelde criteria en wegingscoefficiënten, na opening van de offertes, niet verenigbaar is met de in het middel geschonden geachte artikelen 16 en 115, richtlijnconform geïnterpreteerd.

De verwerende partij beroept zich daarbij niet dienstig op rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, volgens dewelke in bepaalde gevallen de weging van criteria nog mag worden bepaald na indiening van de offertes, nu te dezen niet alleen wegingen, maar ook subcriteria zelf zijn vastgesteld na die indiening.

Voorts lijkt de tweede grief in het tweede middelonderdeel, namelijk dat sommige gegevens uit de gunningscriteria niet in de evaluatie zijn betrokken, niet nader meer te moeten worden onderzocht, en evenmin de ter terechtzitting gemaakte opmerkingen betreffende enige gebrekkige cijfermatige berekeningen bij de evaluatie die niet meteen zonder grond leken. Het middel zoals het hiervoor in zijn eerste onderdeel is onderzocht, is immers alleen op grond van de daarbij gemaakte vaststellingen reeds ernstig te noemen en volstaat om er de gevraagde schorsing op te steunen. Deze kan immers ertoe bijdragen dat uiteindelijk een nieuwe evaluatie wordt doorgevoerd, in overeenstemming met de voormelde bepalingen en de criteria zoals ze in het bestek zijn bepaald, zodat de verzoekende

partij een nieuwe kans verwerft haar offerte als de meest voordelige te zien verschijnen. Ook de tweede voorwaarde is vervuld.

17. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat is voldaan aan de voorwaarden gesteld in artikel 17,§1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV NRG Belgium in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Brugge van 10 oktober 2008 om perceel 2 van de opdracht huur en onderhoudscontract van fotokopieermachines voor diverse diensten aan NV NRB Belgium toe te wijzen.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op dertien november 2008, door :

de H.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **D. VERBIEST.**