

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 190.633 van 19 februari 2009
in de zaak A. 191.141/XII-5686.**

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 Brugge
Baron Ruzettelaan 27.

tussenkomen partij :

de NV RICOH BELGIUM,
die woonplaats kiest bij
advocaat V. Vandebeek,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
F.D. Rooseveltlaan 89, B 7.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Océ Belgium op 20 januari 2009 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 24 december 2008 om perceel 1 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 Ricoh (i.e. offerte van NV NRG Belgium - ‘Nashuatec’, welke inmiddels van naam is gewijzigd) te gunnen”;

Gezien de nota van verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 21 januari 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 12 februari 2009, om 10.00 uur;

Gezien het op 29 januari 2009 ingediende verzoekschrift waarbij de nv Ricoh 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 advocaat L. De Vuyst, die verschijnt voor verzoekende partij, van advocaat J. Goethals, die verschijnt voor verwerende partij, en van advocaat F. Van Dievoet, die loco advocaat V. Vandebeek verschijnt voor tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur L. Vermeire;

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.

Het verloop van de gunningsprocedure is geschetst in arrest nr. 187.884 van 13 november 2008.

2. Met een op 24 oktober 2008 ingediend verzoekschrift vordert verzoekende partij bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de beslissing van 10 oktober 2008 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Brugge om het te dezen in het geding zijnde perceel 1 van deze opdracht te gunnen aan inschrijver Nashuatec, rechtsvoorganger van de huidige tussenkomende partij.

3. Bij het voormelde tussenarrest nr. 187.884 van 13 november 2008 wordt door de Raad van State bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging bevolen van deze beslissing. Het eerste middel werd, in het eerste onderdeel, ernstig bevonden omdat het “gehanteerde beoordelingssysteem, gebruik makend van talrijke niet in het bestek vastgelegde en achteraf vastgestelde criteria en wegingscoëfficiënten, na opening van de offertes, niet verenigbaar is met de in het middel geschonden geachte artikelen 16 en 115, richtlijnconform geïnterpreteerd”.

4. Verwijzend naar dit schorsingsarrest en naar een nieuwe evaluatie van de offertes beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Brugge op 24 december 2008 om de gunningsbeslissing van 10 oktober 2008 voor perceel 1 in te trekken en om dat perceel toe te wijzen aan tussenkomende partij.

Deze beslissing van 24 december 2008 van het college van burgemeester en schepenen stelt onder meer het volgende inzake de weging en beoordelingsmethode :

“Gelet het feit dat er voor de vijf opgegeven gunningscriteria een weging vooropgesteld werd, zal bij de gunning, conform het lastenboek, op deze wijze geëvalueerd worden.

Gezien er per gunningscriterium een aantal items opgelijst werden die beoordeeld zouden worden voor dat betreffende gunningscriterium en gezien voor deze items geen weging opgesteld werd, zullen deze items per gunningscriterium met een evenredig gewicht beoordeeld worden.

Gelet het feit dat kwantificeerbare items proportioneel vergeleken zullen worden volgens de regel van drie en deze regel van drie als volgt toegepast wordt :

Beste waarde

----- X gewicht

Te beoordelen waarde

Gelet het feit dat bij de nieuwe gunning dat elk item (wat niet kwantificeerbaar is), dewelke letterlijk terug te vinden zijn onder de in het bestek opgegeven gunningscriteria, beoordeeld zal worden aan de hand van een rangorde.

Gezien er 7 aanbieders waren, werd de rangorde op volgende wijze bepaald : de aanbieder die voor het te evalueren item het beste beoordeeld werd, krijgt een 7 toegekend; de tweede in rang een 6, de derde een 5, de vierde een 4, de vijfde een 3, de zesde een 2 en tenslotte werd voor de aanbieder die het minst goed werd beoordeeld werd een 1 toegekend.

Gelet het geval dat bij eenzelfde item, eenzelfde of gelijkwaardig aanbod terug te vinden was bij meer dan één leverancier, kunnen twee aanbieders gelijkwaardig beoordeeld worden. De eerstvolgende beoordeelde krijgt een beoordeling die afhankelijk is van het aantal aanbieders die gelijkwaardig beoordeeld werden. Bovenstaand wordt als volgt geïllustreerd :

De aanbieders krijgen een beoordeling van 1 tot 7. Er is echter een mogelijkheid dat 2 bedrijven dezelfde beoordeling toegekend krijgen. Indien dit het geval is, krijgen die 2 aanbieders (cfr. Het cijfervoorbeeld hieronder) bijvoorbeeld alle twee 4 en krijgt de aanbieder die volgt een 2. Dit omdat de 2 bedrijven die gelijk beoordeeld werden zowel plaats 3 als 4 innemen.

Bv : Het bedrijf dat de hoogste waarde heeft op dit fictief voorbeeld krijgt de beste beoordeling, namelijk 7.

Bedrijf A - 0,8	6
Bedrijf B - 0,20	1
Bedrijf C - 0,56	4 (3)
Bedrijf D - 0,21	2
Bedrijf E - 0,63	5
Bedrijf F - 0,56	4
Bedrijf G - 0,85	7

Indien gevraagde informatie niet terug werd gevonden in de offertes, werd een rangorde toegekend, aansluitend op de laagst gerangschikte die wel de informatie aangeboden heeft. Dit wordt als volgt geïllustreerd :

De aanbieders krijgen een beoordeling van 1 tot 7. Indien de gevraagde informatie niet teruggevonden wordt in de offerte wordt de aanbieder beoordeeld, aansluitend op de aanbieder die wel de informatie aanbod, het minst goed scoorde op dat item.

Bv : Het bedrijf dat de hoogste waarde heeft op dit fictief voorbeeld krijgt de beste beoordeling, namelijk 7.

Bedrijf A - 0,8	6
Bedrijf B - 0,61	5
Bedrijf C - niet gevonden	3
Bedrijf D - 0,41	4
Bedrijf E - niet gevonden	3
Bedrijf F - niet gevonden	3
Bedrijf G - 0,85	7

De beoordeling per gunningscriterium zal gebeuren aan de hand van het optellen van de verschillende, evenredig beoordeelde items, per gunningscriterium. Per item zal toegelicht worden waarom de ene aanbieder beter beoordeeld werd dan de andere.

LET OP : bij bepaalde gunningscriteria kan een te beoordelen item uit verschillende gegevens bestaan. Elk gegeven wordt apart onderzocht en voor elk van de opgegeven gegevens wordt een rangorde voor dat gegeven opgesteld (Dit is geen puntentoekenning). Afhankelijk van de rangordes worden vervolgens voor het item zelf punten toegekend, die dan weer evenredig zijn t.o.v. het aantal items per gunningscriterium. Gelet er geen subsubgunningscriteria opgenomen werden in het bestek en gelet het advies van de Raad van State inhield dat er bijgevolg geen subsubgunningscriteria beoordeeld kunnen worden, zullen de gegevens van een item steeds volgens rangorde beoordeeld worden”.

Vervolgens worden de vijf gunningscriteria afzonderlijk beoordeeld waarbij, samengevat, elk in het bestek daaronder vermeld item wordt beoordeeld, beoordeling die telkens wordt gemotiveerd, punten worden gegeven bij kwantificeerbare items en in voorkomend geval nadat een rangorde is opgesteld, die rangorde naar punten wordt omgezet, gaande van 7 tot 1 en vervolgens per gunningscriterium, binnen de in het bestek bepaalde weging, de punten worden bepaald. Vastgesteld kan daarbij worden, zo lijkt, het dat de regel van drie enkel wordt toegepast op het gunningscriterium “prijsbepaling”; in het kader van het gunningscriterium “kwaliteit van de aangeboden dienst na verkoop” wordt de regel van drie toegepast op het element “aangeboden garanties i.v.m. de beschikbaarheidsgraad van de toestellen” beoordeeld op de zogenaamde uptime. In het kader van het gunningscriterium “milieuvriendelijkheid” wordt de regel van drie toegepast op de elementen “ozonafgifte”, “het geluidsniveau van de toestellen in werking en in stand-by” en “energieverbruik”. Voor de andere elementen van deze laatste twee gunningscriteria en voor het gunningscriterium

“Technische waarde van de aangeboden toestellen” en “flexibiliteit van het contract” wordt enkel gewerkt met een rangorde.

Dit leidt uiteindelijk tot de volgende rangschikking wat betreft verzoekende partij en tussenkomende partij :

	NASHUATEC		OCE	
Prijsbepaling	21,07	25	21,24	25
huurprijs per jaar in euro	21,16	91244,20	23,69	81483,84
kopieprijs in euro	20,97	45320,00	18,79	50576,00
	42,13	136564,20	42,49	132059,84
Kwaliteit van de aangeboden dienst na verkoop	24,23	25	22,08	25
kwaliteitswaarborg gedurende looptijd contract	7,00	7	7,00	7
garantie interventietijden	7,00	7	3,00	7
garantie beschikbaarheidsgraad toestellen	6,92	7	6,92	7
omvang en organisatie van de service-organisatie	6,00	7	6,00	7
opleiding van gebruikers	7,00	7	7,00	7
	33,92	35	30,92	35
Technische waarde van de aangeboden toestellen	21,94	25	9,18	25
conformiteit met gevraagde specificaties	7,00	7	7,00	7
productiviteit en capaciteiten	7,00	7	1,00	7
gebruiksvriendelijkheid	5,00	7	4,00	7
capaciteit en vervanging van tonerreservoirs	7,00	7	1,00	7
tonervastheid	7,00	7	2,00	7
degelijkheid van de apparatuur	7,00	7	2,00	7
printkwaliteit	3,00	7	1,00	7
	43,00	49	18,00	49
De flexibiliteit van het contract	18,57	20	20,00	20

voorwaarden inzake eventuele aanpassingen	6,00	7	7,00	7
begeleiding van de evoluerende behoeften	7,00	7	7,00	7
	13,00	14	14,00	14
Milieuvriendelijkheid	3,63	5	4,02	5
Ozonafgifte	2,14	7	2,61	7
Geluidsniveau in werking en stand-by	4,84	7	5,42	7
Energieverbruik in werking en stand-by	4,43	7	6,10	7
Verwerking van verpakkingsmaterialen	7,00	7	7,00	7
Systeem voor recuperatie lege cartridges	7,00	7	7,00	7
	25,41	35	28,13	35
Totaal	89,44	100	76,53	100

5. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief, volgens het verzoekschrift “van 7 januari 2009”, laat de aanbestedende overheid verzoekende partij weten dat, ingevolge het schorsingsarrest nr. 187.884 van 13 november 2008, de gunningsbeslissing van 10 oktober 2008 inzake perceel 1 schorste maar niet het bestek, op grond van het oorspronkelijke bestek, de ingediende offertes en de bij de aanbieders uitgevoerde testgegevens, een nieuw voorstel tot gunning uitgewerkt kon worden en dat het college van burgemeester en schepenen op 24 december 2008 de hergunning goedkeurde en besliste perceel 1 niet aan verzoekende partij toe te wijzen omdat haar offerte, rekening houdende met de in het bestek gestelde gunningscriteria niet als gunstigste werd gerangschikt. Bijgevoegd werd het gunningsverslag met weglating van bepaalde prijsgegevens.

Op vraag van verzoekende partij deelt verwerende partij, met een brief van 16 januari 2009, aanvullend, met doorstreping van de prijsgegevens, een eensluidend verklaard uittreksel mee van het collegebesluit zelf.

6. Dat besluit is het voorwerp van de voorliggende vordering. Ter terechtzitting benadrukt verzoekende partij dat zij niet de intrekking van de beslissing van 10 oktober 2008 aanvecht, maar wel degelijk enkel de toewijzing aan tussenkomende partij.

De exceptie

7. Tussenkomende partij werpt een exceptie op aangaande het belang van verzoekende partij. Er bestaat vooralsnog geen noodzaak om die exceptie te onderzoeken en er uitspraak over te doen, nu zulks slechts noodzakelijk zou zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing zijn vervuld wat, zoals hierna zal worden vastgesteld, te dezen niet het geval is.

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.

9. Wat de tweede voorwaarde betreft voert verzoekende partij in 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, juncto artikel 115, lid 2 en 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 redelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel, van de beginselen inzake transparantie en gelijke behandeling van de inschrijvers alsook van het beginsel luidens welk overheidsbeslissingen op in feite juiste en in rechte pertinente motieven moeten zijn gesteund (motiveringsbeginsel)”.

In essentie lijkt in dit middel, eerste onderdeel, aanstoot te worden genomen aan de volgens verzoekende partij gehanteerde “ad hoc” en “ongebruikelijke” beoordelingsmethode, waarbij nadat de offertes waren geopend en reeds een eerste maal beoordeeld,

- kwantificeerbare criteria worden beoordeeld volgens de regel van drie
- niet-kwantificeerbare criteria worden beoordeeld volgens een ordinale schaal met als bijkomend specifiek element dat bij een ex aequo rangschikking de vervolgens gerangschikte de rangorde krijgt die volgt op het aantal ex aequo's
- een bijzondere regeling wordt uitgewerkt voor de “samengestelde criteria”
- en dat offertes die geen gegevens vermelden alsnog een score krijgen, namelijk na de offertes die wel gegevens hebben toegevoegd.

Dit ad hoc systeem zou op maat kunnen zijn van de inschrijver waaraan eerder was toegewezen.

In het tweede onderdeel wordt aangevoerd dat de gehanteerde beoordelingsmethode voor de niet kwantificeerbare en/of samengestelde criteria (ordinale schaal), geen rekening houdt met de intrinsieke waarde van de offertes noch met de waardeverschillen tussen de diverse offertes onderling en dus niet van aard is om de meest voordelige offerte te achterhalen.

In het derde onderdeel wordt het onderscheid tussen kwantificeerbare en niet kwantificeerbare items, waarbij enkel voor de eerste categorie een puntenquotering wordt gehanteerd die rekening houdt met de prestatieverschillen tussen de offertes, niet pertinent geacht; minstens zou het niet op deugdelijke en correcte wijze zijn toegepast.

10. De Raad overwoog reeds in het voormelde arrest nr. 187.884 dat begrip kan worden opgebracht voor een verzoekende partij die, gedwongen zoals ze is door artikel 21bis, § 2, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, om enkel op de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid een beroep te doen wil zij de betekening van de toewijzingsbeslissing nuttig voorkomen en ondanks de korte wachttermijn, in een belangrijke zaak haar belangen zo optimaal mogelijk poogt te vrijwaren met een uitvoerig en gedetailleerd verzoekschrift ook in het kader van de opgelegde spoedprocedure. Aldus is te dezen het voorliggende verzoekschrift uitvoerig

-32 met kleine interlinie getypte bladzijden- , het bevat middelen die in hun uitwerking “voorbeelden” bevatten die wiskundige hypothesen en extrapolaties bevatten en berekeningen vereisten. Het is niet uitgesloten dat in andere rechtsmateries, waar het voormelde artikel 21bis niet op van toepassing is, van een dergelijk verzoekschrift met reden zou 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 spoedprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Te dezen zal de toetsing die de Raad toch wil verrichten, dus snel en zeer prima facie zijn voor alle onderdelen : naarmate een verzoekschrift omvangrijker en gedetailleerder is brengt zulks de facto noodzakelijkerwijs mee dat door de beperkte tijd die de Raad aan elke schorsingsvordering maar kan besteden, minder aandacht kan gaan naar aan elk onderdeel afzonderlijk van een uitvoerig en complex verzoekschrift. Het is dan ook binnen deze begrenzing dat het eerste middel, en de diverse onderdelen, ervan, zoals voorts ook het tweede middel, zullen worden onderzocht.

11. Het geschonden geachte artikel 16 van de voormelde 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 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, 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”.

12. Anders dan tussenkomende partij stelt is in het middel voldoende toegelicht hoe aldus de ingeroepen artikelen 16 van de wet van 24 december 1993 en 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 zijn geschonden, namelijk door gebruik te maken van een specifieke beoordelingsmethode die volgens verzoekende partij niet toelaat de meest voordelige offerte aan te wijzen zoals in die bepalingen vereist.

13. Verzoekende partij geeft in dit middel niet aan welke rechtsbepaling er een aanbestedende overheid toe zou verplichten om voorafgaandelijk aan te geven welke beoordelingsmethode zij zal gebruiken voor de diverse in het bestek vermelde gunningscriteria. Verzoekende partij erkent integendeel uitdrukkelijk (op bladzijde 11 van haar verzoekschrift) dat in de huidige stand van de rechtspraak aangaande de transparantieplicht voor de aanbestedende overheid geen algemene verplichting geldt om de beoordelingsmethodiek vooraf bekend te maken en dat de regelgeving betreffende de overheidsopdrachten evenmin een uitdrukkelijke verplichting bevat tot het voorafgaandelijk vaststellen van een beoordelingsmethodiek.

Voorts dient aangenomen, zo lijkt het, dat het tot de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid behoort de volgens haar best geschikte beoordelingsmethode te kiezen, zij het dat die vrijheid beperkt wordt door de beginselen van behoorlijk bestuur.

Het enkele feit dat verwerende partij te dezen een beoordelingsmethode bepaalde nadat zij de offertes reeds eerder had beoordeeld, volstaat, zo lijkt het, niet om deze werkwijze strijdig te achten met de ingeroepen rechtsregels en -beginselen, meer bepaald het gelijkheids- en transparantiebeginsel, ingeroepen in het eerste onderdeel van het middel.

In de eerste plaats lijkt een ander oordeel in te houden dat, indien een toewijzingsbeslissing in haar tenuitvoerlegging wordt geschorst omdat de gedane beoordeling of gebruikte methode niet wettig werd geacht, geen

nieuwe beoordeling meer kan gebeuren of methode kan worden bepaald, maar steeds de procedure moet worden herbegonnen met het risico dat sommige inschrijvers bij hun nieuwe offerte gebruik kunnen maken van de in het kader van de eerste procedure verkregen informatie over de dan ingediende andere offertes.

Voorts lijkt niet te worden betwist dat de aldus vastgestelde beoordelingsmethode werd bepaald vooraleer de offertes opnieuw werden beoordeeld en dat deze voor alle offertes op gelijke manier werd toegepast.

Ten slotte lijkt niet concreet en specifiek te worden aangetoond dat deze methode, in het algemeen, op maat van tussenkomende partij werd gemaakt. Het tegendeel lijkt veeleer voort te vloeien uit de vaststelling dat met de gebruikte methode verzoekende partij regelmatig de hoogste scoorde haalde en voor perceel 2 in totaal slechts 0,87 punten minder scoorde dan tussenkomende partij.

14. Verzoekende partij beweert verder, maar toont niet concreet aan, waarom in het algemeen de gebruikte beoordelingsmethodes zoals de regel van drie en de ordinale methode ongebruikelijk zou zijn, noch welke dan wel de algemeen te verwachten beoordelingsmethode zou zijn.

De in het kader van het *eerste onderdeel* door haar gegeven “voorbeelden”, betreffen aldus niet zozeer het gebruik van de regel van drie voor kwantificeerbare criteria bepaald in het bestek en de ordinale schaal voor niet-kwantificeerbare criteria bepaald in het bestek, dan wel enerzijds de bijzondere regeling uitgewerkt voor de samengestelde criteria die ongeacht het al dan niet kwantificeerbaar karakter ervan beoordeeld worden via de methodiek van de ordinale schaal en anderzijds de scoreverdeling in geval van twee of meerdere ex aequo's. Die voorbeelden tonen het “ongebruikelijke” niet aan, alvast niet met de in de huidige procedure vereiste prima facie ernst, ermee rekening houdend dat de Raad van State niet in de plaats van het bestuur de beoordelingsmethode kan bepalen maar de gebruikte methode enkel op haar rechtmatigheid kan toetsen, hetgeen inhoudt de mate waarin zij de gelijke beoordeling van de offertes zou uitsluiten en dus het bepalen van de meest voordelige offerte onmogelijk zou maken.

Wat de ex aequo regel betreft, stelt verzoekende partij in het kader van de beoordeling van het criterium “degelijkheid van het toestel” (punt 2.3.6 van het gunningsverslag) dat zij door deze regel, alhoewel zij voor 3 van de 4 types maximaal scoort, namelijk de eerste plaats haalt, en voor één toestel minder (voorlaatste plaats), omdat diverse inschrijvers op dit criterium goed scoorden, slechts in totaal toch maar 2 op 7 scoorde terwijl dit zonder die ex aequo regel 5 op 7 zou zijn.

Uit het gunningsverslag blijkt echter dat voor 3 van de 4 toestellen alle inschrijvers gelijk (dus eerst) worden gerangschikt; voor het vierde type worden Infotect, Nashuatec en Ricoh alle als beste gerangschikt (alle drie 1), Canon en Konica gelijk na deze eerste drie (alle twee 4) en Océ en Xerox gelijk als laatste (allebei 6) hetgeen voor verzoekende partij leidt tot een globale rangschikking als zesde met 2 op 7. Er blijkt niet op het eerste gezicht waarom deze werkwijze strijdig is met het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel of ongebruikelijk zou zijn aangezien deze voor de rest niet betwiste beoordeling inhoudt dat op het toestel dat het verschil maakt, er vijf betere offertes zijn dan deze van verzoekende partij.

Met de voorbeelden inzake samengestelde criteria, lijkt te worden betoogd dat het gelijkheidsbeginsel en - transparantiebeginsel geschonden zijn doordat een of meer elementen binnen die criteria wel kwantificeerbaar zouden zijn. Prima facie lijkt het echter niet zo dat de toegepaste methode strijdig is met die beginselen: de regel werd op alle inschrijvers gelijk toegepast en er blijkt niet op het eerste gezicht dat het met een algemeen beginsel strijdig zou zijn de regel van drie enkel toe te passen op gegevens die in een vast getal worden uitgedrukt.

Het eerste voorbeeld, inzake “de omvang en organisatie van de serviceorganisatie”, punt. 2.2.4 van het gunningsverslag, leidt in de berekening van verzoekende partij met een proportionele berekening van het volgens haar kwantificeerbaar aspect “omvang”, tot een puntenverschil in haar nadeel van 1,53 vergeleken met de door verwerende partij toegepaste methode. Door dit aspect “omvang” proportioneel te beoordelen, waarbij een offerte met het meeste aantal technici per toestel proportioneel beter scoort dan inschrijvers met minder technici per toestel, lijkt verzoekende partij aan te nemen dat naarmate deze ratio

beter is ook de offerte op dit punt proportioneel steeds beter is. Verwerende partij echter, zo lijkt het, mocht van oordeel zijn dat deze relatie onvoldoende vaststaat, nu zij verwijst naar het feit dat de beide aspecten (omvang en organisatie) van het criterium samen werden beoordeeld. Zij mocht ook hier een rangorde verkiezen volgens ordinale schaal.

Het tweede voorbeeld, waarbij de beoordeling van de “productiviteit en de capaciteiten van de aangeboden apparatuur”, punt. 2.3.2. van het gunningsverslag, wordt bekritiseerd, lijkt, zoals tussenkomende partij terecht stelt, gebruik te maken van een foutief cijfergegeven (eerste kopie-tijd verzoekende partij is 5,90 en niet de in het voorbeeld gebruikte 4,90).

De regel dat offertes die voor een criterium geen gegevens bevatten toch een score krijgen namelijk na de andere offertes die wel werden beoordeeld, wordt eveneens bekritiseerd : er worden echter geen voorbeelden in het verzoekschrift gegeven van toepassingen van deze regel die verzoekende partij benadelen, hetgeen in de huidige stand van het geding lijkt te volstaan om het middel op dit punt te verwerpen.

In de mate in fine van dit onderdeel er “voor zoveel als nodig” nog wordt op gewezen dat er ook geen “goede motivering” is voor “dergelijke uitgebreide en bijzondere ad hoc beoordelingsmethode” valt deze grief samen met de hiervoor besprokene.

15. In de mate verzoekende partij in het *tweede onderdeel* aanvoert dat de gehanteerde beoordelingsmethodiek voor de “niet- kwantificeerbare en/of samengestelde criteria (ordinale schaal)” geen rekening houdt met de intrinsieke waarde van de offertes noch met de waardeverschillen tussen de diverse offertes onderling, gaat zij eraan voorbij, zo lijkt het, dat ook een ordinale rangschikking tot een waardeoordeel van de intrinsieke waarde van de offertes noodzaakt.

Uit de door haar vermelde rechtspraak van de Raad van State, met name het arrest nr. 168.990 van 15 maart 2007, waarin de Raad niet aanvaardde dat gewerkt werd met verschillen van slechts 1 punt van de hoogste tot de laagste prijs bij een criterium op 25 punten met vier inschrijvers, en het arrest nr. 171.420 van 22 mei 2007 waarin de Raad niet aanvaardde dat zonder

goed motief gewerkt werd met een systeem van voorkeursklassen die de prijsverschillen uitvlakken en waarbij prijsverschillen onder 5% irrelevant zijn voor de rangschikking in prijs in plaats van volstrekte evenredigheid, lijkt niet zonder meer afgeleid te kunnen worden dat een ordinale schaal steeds ontoelaatbaar is. Beide arresten betreffen het specifiek element van de prijs, een gunningscriterium dat zich volgens het laatste arrest bij uitstek leent tot een objectieve en verfijnde evaluatie.

Voorts wordt ook niet *prima facie* aangetoond dat de door het bestuur gemaakte keuze om bij niet kwantificeerbare criteria of samengestelde criteria, de ordinale methode te gebruiken, een transparante, redelijke en gelijke beoordeling van de offertes uitsluit en dus het bepalen van de meest voordelige offerte, omdat geen of onvoldoende rekening wordt gehouden met de intrinsieke waarde en verschillen tussen de offertes. Zulks blijkt niet uit de voorbeelden en illustraties, door verzoekende partij aangebracht: hiervoor werden de beoordelingen van “omvang en organisatie van de serviceorganisatie” en “degelijkheid van het toestel” reeds besproken.

Het in dit kader van dit tweede onderdeel opgeworpen bijkomend argument betreffende de als illustratie aangebrachte beoordeling van het gunningscriterium “degelijkheid van de toestellen”, namelijk dat het toestel “A” waarop slecht werd gescoord slechts instaat voor 2 % van het totale printvolume lijkt niet van die aard om te concluderen dat, nu alle inschrijvers op 3 van de 4 toestellen evengoed (1^e) scoren, de totale beoordeling dan “disproportioneel” zou zijn omdat het verschil op het ene betrokken toestel wordt gemaakt, waar er dan toch vijf betere toestellen worden aangeboden dan dat van verzoekende partij.

Binnen het raam van de beoordeling van het gunningscriterium “de flexibiliteit van het contract”, wordt, in het kader van het item “voorwaarden inzake eventuele aanpassingen”, punt. 2.4.1. van het gunningsverslag, voor “bijbestellingen” de gemiddelde prijsstijging van de machines over de duur van het contract beoordeeld en gerangschikt inderdaad los van het effectieve verschil van bijna 100 % tussen verzoekende partij die als eerste wordt gerangschikt en Canon die als tweede wordt gerangschikt; rangorde die medebepalend was voor de score op dit criterium. Los van de vaststelling dat ook deze rangschikking de prestatieverschillen tussen de offertes tot uitdrukking brengt, maar alleen niet proportioneel, gaat verzoekende partij, zo lijkt het, voorbij aan de gekozen methode om enkel exclusief kwantificeerbare criteria die uit het bestek blijken te beoordelen volgens de regel van drie, terwijl het hier aan de orde zijnde criterium daar niet toe beperkt is, ook niet het hier besproken element “voorwaarden inzake eventuele aanpassingen” en dat een proportionele inschaling van de prijsstijgings-impact dit aspect naar het oordeel van het bestuur in punt 2.4.1. misschien te zwaar zou laten doorwegen. Dit geldt ook, zo lijkt het, in de mate wordt aangevoerd dat, voor de ingebruikname van de bijkomende opties, enkel wordt gesteld dat de prijzen vastliggen bij verzoekende partij vanaf het eerste jaar, reden waarom zij eerste wordt gerangschikt, terwijl voor tussenkomende partij, die samen met twee andere inschrijvers tweede wordt gerangschikt, enkel wordt vermeld dat na het eerste jaar moet worden bijbetaald zonder dat gekeken wordt hoeveel die stijging is. Het finale besluit van verzoekende partij dat, terwijl de rangorde voor de deelelementen zelf reeds geen rekening hield met de verschillen in prestatie en dus disproportioneel was, dit nog wordt versterkt doordat de finale score (degene die het meest aantal keren eerste staat krijgt 7 en de volgende zonder meer 6 ondanks het feit dat die op één van de deelelementen slechts vierde is gerangschikt) eveneens losstaat van de beoordelingen op de deelelementen, valt enerzijds samen met hetgeen reeds werd besproken. Anderzijds lijkt de kritiek op de rangorde inzake dit punt 2.4.1. “voorwaarden inzake eventuele aanpassingen” eraan voorbij te gaan dat degene die na verzoekende partij werd gerangschikt, namelijk tussenkomende partij, eenmaal eerste, eenmaal tweede en eenmaal vierde was terwijl geen van de andere inschrijvers voor een van de in dat kader onderzochte elementen eerste werd gerangschikt en de derde gerangschikte weliswaar tweemaal tweede was maar ook eenmaal zesde. Verzoekende partij lijkt aldus niet aan te tonen dat de door haar geviseerde rangorde onrechtmatig was.

Inzake de niet proportionele impact van de beoordelingsmethode in geval van ex aequo's wordt opnieuw het reeds besproken voorbeeld van de beoordeling van de "degelijkheid van het toestel" gegeven. Daarnaast wordt verwezen naar de beoordeling van de "interventietijd" in het kader van het gunningscriterium "kwaliteit van de aangeboden dienst na verkoop", meer bepaald de "aangeboden garanties in verband met interventietijden", punt 2.2.3 van het gunningsverslag. Vier inschrijvers met een interventietijd van 4 uur waaronder tussenkomende partij, krijgen daarvoor een eerste plaats waardoor inschrijvers met een interventietijd van 5 uur of gemiddeld 5 uur zoals verzoekende partij (4 uur voor correctieve herstellingen en 6 uur bij total stop) meteen slechts 3 scoren terwijl een gelijk verschil in interventietijd in perceel 2 waar verzoekende partij met een gemiddelde interventietijd van 3 uur score 7 kreeg en tussenkomende partij score 6 met een interventietijd van 4 uur wat inderdaad slechts aanleiding gaf tot een verschil van 1. Los van de vaststelling dat het gunningsverslag stelt dat de interventietijd van één van de inschrijvers - bedoeld is verzoekende partij - varieert naargelang het type van interventie en dat het niet opportuun is hiervoor een gemiddelde te berekenen onder meer aangezien de verhouding tussen beide types van interventie niet bekend is en daarom met een rangorde wordt gewerkt, en de facto de beide interventietijden worden beoordeeld, kan worden vastgesteld dat in dit perceel de offerte van vier inschrijvers beter wordt beoordeeld zodat het niet onrechtmatig lijkt de offerte van verzoekende partij dan als vijfde te rangschikken.

16. In de mate in het *derde onderdeel* wordt aangevoerd dat enkel voor de zogenaamd kwantificeerbare items een puntenquotering wordt toegekend die rekening houdt met de prestatieverschillen en dat dit criterium van onderscheid - kwantificeerbaarheid - niet relevant is omdat niet kan ingezien worden waarop ook voor niet kwantificeerbare items van het bestek geen benadering mogelijk is die rekening houdt met de prestatieverschillen van de offertes, lijkt te kunnen worden vastgesteld dat ook een ordinale schaal steunt op een rangschikking van en dus rekening houdt met de prestatieverschillen tussen de offertes. Voorts kan worden verwezen naar hetgeen reeds eerder werd opgemerkt bij het eerste en tweede onderdeel.

Vraag is vervolgens of dit onderscheid correct werd toegepast, hetgeen verzoekende partij betwist aan de hand van twee voorbeelden.

In het eerste voorbeeld dat de in punt 2.2.2. beoordeelde “interventietijd” in het kader van het gunningscriterium “kwaliteit van de aangeboden dienst na verkoop” ten onrechte niet als kwantificeerbaar werd beschouwd, gaat verzoekende partij er, zo lijkt het, aan voorbij dat zij verschillende interventietijden naar gelang het type interventie voorstelde en dat verwerende partij oordeelde niet te kunnen werken met een gemiddelde. Zij toont niet aan dat niet redelijkerwijze geoordeeld kan worden dat in de feiten een langere interventietijd voor de ene tussenkomst niet noodzakelijk goedge maakt wordt door een kortere interventietijd voor een andere tussenkomst zoals bij een gemiddelde en regel van drie wiskundig het geval zou zijn; aldus lijkt dit gegeven dan terecht als niet zonder meer kwantificeerbaar te zijn beschouwd.

In het tweede voorbeeld, de “aangeboden garanties inzake de beschikbaarheidsgraad van de toestellen”, punt 2.2.3 van het gunningsverslag, wordt verder aangevoerd dat dit ten onrechte dan weer herleid werd tot een louter kwantificeerbaar criterium, namelijk de geboden “uptime”, terwijl verzoekende partij ook andere garanties bood zoals twee extra toestellen als back-up en het betalen van een boete bij het niet naleven van de geboden beschikbaarheidsgraad en ook dit gegeven vervat is in dit criterium dat niet beperkt is tot de beschikbaarheidsgraad maar ook de “garanties” die worden geboden voor het behalen ervan. Vraag is of is aangetoond dat de aanbestedende overheid de perken van de redelijkheid te buiten ging door de beoordeling tot dat item te beperken. Er kan worden vastgesteld dat in de offerte van verzoekende partij is bepaald : “Bovendien stelt Océ 2 toestellen van het type A van perceel 1 gratis ter beschikking van de stad Brugge. Deze toestellen zijn gemakkelijk transporteerbaar, en kunnen op die manier als depannagetoestellen worden ingeschakeld bij noodgevallen”. Het gaat in de beschikbaarheidsgraad of uptime, volgens verzoekende partij in haar offerte zelf echter om “het percentage van het aantal werkuren op jaarbasis, dat het toestel effectief werkt en beschikbaar is”. In dat licht lijkt het niet prima facie de perken van de redelijkheid te buiten te gaan daarbij rekening te houden met de opgegeven graad voor elk toestel in kwestie zelf en niet ook rekening te houden met de hogere beschikbaarheidsgraad die er volgens die offerte is wanneer van deze depannagetoestellen gebruik wordt gemaakt. Dan wordt, zo lijkt, immers niet meer de uptime van de voor perceel 1 aangeboden toestellen of het gemiddelde ervan beoordeeld maar een gemiddelde van de uptime van meer toestellen.

Verzoekende partij spreekt in haar offerte verder zelf ook van “beschikbaarheidsgarantie of uptime-garantie” en lijkt aldus zelf ook de uptime en garantie gelijk te stellen.

Verzoekende partij toont voorts niet concreet aan waarom de andere garantie, de boete, van die aard is dat het feit dat er geen rekening mee werd gehouden de gedane beoordeling onrechtmatig zou maken. Zo rijst de vraag of, wanneer het gaat om een gegarandeerde uptime, het niet behalen daarvan niet sowieso aanleiding zou kunnen geven tot een schade-eis. Er wordt ook niet concreet aangetoond waarom die andere garanties, bij een rangorde, van die aard zijn dat dit ertoe geleid zou hebben dat verzoekende partij uiteindelijk boven de op dit punt eerst gerangschikte, Ricoh met een duidelijke betere uptime (99,23 vergeleken met 98,03) voor verzoekende partij, of Nashuatec, met een iets betere uptime (98,14 vergeleken met 98,03), zou worden gerangschikt en dus een hogere score zou bekomen dan Nashuatec. Alhoewel de beoordeling van de “uptime” zelf, volgens het gunningsverslag, tot kleine verschillen leidde (6,923 voor Nashuatec vergeleken met 6,915 voor Océ) werden zij in de tabel gebruikt voor de eindrangschikking voor dit gunningscriterium “kwaliteit van de aangeboden diensten na verkoop”, op dit onderdeel de facto trouwens al gelijk gerangschikt. Mede gelet op het puntenverschil in de eindrangschikking -bijna 13-, lijkt dit voorbeeld om al deze redenen dan ook niet te volstaan om dit onderdeel en bijgevolg dit middel thans voldoende ernstig te bevinden om er de gevraagde schorsing op te doen steunen.

17. Het eerste middel, zoals geformuleerd door verzoekende partij en rekening houdend met de beoordelingsbevoegdheid van de Raad van State die, in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts snel en prima facie kan worden uitgeoefend, is bijgevolg niet ernstig.

18. Verzoekende partij voert in een *tweede middel* de schending aan van artikel 16 van de wet van 24 december 1993, juncto artikel 115, lid 2 en lid 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, van het beginsel “patere legem quam ipse fecisti” luidens welk de overheid de regels moet volgen die het voor zichzelf heeft vooropgesteld, van “de beginselen inzake transparantie en gelijke behandeling van de inschrijvers”, van het hier als materiële motiveringplicht omschreven beginsel luidens welk de beslissing gesteund moet

zijn op in rechte en in feite aanvaardbare motieven (de materiële motiveringsplicht) en van het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel”.

Volgens de samenvatting in het verzoekschrift werden deze bepalingen en beginselen geschonden doordat verwerende partij voor één van de subgunningscriteria opnieuw subsubgunningscriteria heeft gecreëerd die niet vooraf werden bekend gemaakt in het bestek en die bovendien moeilijk te vereenzelvigen zijn met de normale (en in het verleden door verwerende partij aangegeven) inhoud van het subgunningscriterium en omdat ook de inhoudelijke beoordeling van andere (sub)gunningscriteria zo werd gevoerd dat evident te beoordelen aspecten niet voldoende werden meegenomen in de beoordeling.

In de toelichting wordt benadrukt dat de ingeroepen artikelen 16 en 115 in samenhang met de verplichting tot gelijke en niet discriminerende behandeling van de inschrijvers en de transparantieplicht verplichten tot het vooraf bekend maken in de aankondiging of het bestek van de relevante gunningscriteria zodat de potentiële inschrijvers daarmee bij hun voorbereiding rekening kunnen houden. De transparantieplicht zoals uitgelegd door het Hof van Justitie impliceert aldus volgens verzoekende partij dat alle gunningscriteria en sub(sub)gunningscriteria en hun gewicht vooraf worden bekend gemaakt, dat de aanbestedende overheid hangende de procedure geen nieuwe gunningscriteria in aanmerking neemt die niet vermeld zijn in de aankondiging of het bestek noch aan de opgegeven gunningscriteria een andere invulling geeft en dat deze gunningscriteria zodanig zijn uitgewerkt dat een afdoende begrip ervan door elke inschrijver mogelijk is. Zij moeten begrepen worden in de gebruikelijke betekenis. Ook los van het creëren van eigenlijke subgunningscriteria moeten de te beoordelen elementen het logisch gevolg zijn van de gunningscriteria zoals opgenomen in het bestek en begrepen door een normaal persoon. Na algemeen opgemerkt te hebben dat het bestek een amalgaam aan subcriteria en subgunningscriteria bevat en dat verwerende partij de facto de opgenomen “beoordelingsselementen” nog steeds als een subcriterium beschouwt maar telkens met een gelijk gewicht, stelt zij dat “de kritiek van verzoekende partij zich evenwel veeleer (richt) op de invulling die aan bepaalde criteria gegeven wordt”.

Vervolgens wordt de invulling van de volgende drie elementen bekritiseerd :

- in het kader van het gunningscriterium “Technische waarde van de aangeboden apparatuur”, inzake wat verzoekende partij noemt het (sub)criterium “de productiviteit en de capaciteiten van de aangeboden apparatuur”, element dat in het bestek wordt verduidelijkt als “de mogelijkheid en technologieën en de toepasbaarheid ervan binnen de organisatie van de opdrachtgever”, stelt zij dat dit lijkt te duiden op elementen zoals de hoeveelheid prints die een toestel kan verzetten alsook de eventuele bijzondere eigenschappen ervan, en hetgeen ook in het kader van de eerdere procedure voor de Raad door verwerende partij werd gezien als een criterium waarmee vooral extra functionaliteiten zouden onderzocht en gescoord worden, terwijl het thans wordt opgedeeld in drie wat zij noemt “subsubgunningscriteria” die niet alleen niet voorzien waren in het bestek maar ook niet meteen de volledige inhoud van het criterium lijken te dekken, namelijk de ppm (pagina’s per minuut) enkelzijdig, hetgeen volgens haar nog duidelijk verband houdt met de productiviteit van het toestel, de opwarmtijd en de duur vooraleer eerste kopie wordt genomen, elementen die volgens haar al minder verband houden met de productiviteit te meer nu men een machine slechts een enkele keer per dag opstart zodat opwarmtijd en duurtijd voor de eerste kopie hoe dan ook een beperkt belang hebben. Dit lijkt bovendien moeilijk in te passen in de “mogelijkheden en technologieën van het toestel” noch in het aspect “capaciteit”;
- inzake het gunningscriterium “flexibiliteit van het contract”, inzonderheid wat zij noemt het “eerste subgunningscriterium” “voorwaarden inzake de eventuele aanpassing van het contract tijdens de looptijd ervan”, benadrukt zij dat dit werd opgedeeld in een aantal “half in het bestek voorziene beoordelingselementen”, namelijk overschakeling naar andere types apparaten, bijbestellingen en ingebruikname bijkomende opties en dat het voor zich spreekt dat de prijsimpact van dergelijke wijzigingen één van de belangrijkste voorwaarden is bij een overschakeling, bijbestelling of bijkomende optie terwijl dit nochtans, ten onrechte, niet in aanmerking wordt genomen; zij mocht er gelet op de criteria op rekenen dat dit aspect belangrijk zou zijn bij de beoordeling en dit was voor haar ook van belang

gelet op haar heel goede prijszetting voor flexibiliteit; volgens het door haar gegeven voorbeeld zou de vervangingsoperatie van een toestel type B, zwart/wit door een toestel type B kleur vanaf het vierde jaar bij Nashuatec 12 maal duurder zijn dan bij verzoekende partij zonder dat bij de beoordeling van de voorwaarden inzake overschakeling naar andere toestellen op enige manier met die prijsimpact rekening wordt gehouden; voorts werd het aspect “omwisselingen”, ook opgesomd als beoordelingselement in het bestek, zonder meer achterwege gelaten;

- inzake wat zij noemt het criterium “aangeboden garanties ivm beschikbaarheid van de toestellen”, in feite een onderdeel van het gunningscriterium “kwaliteit van de aangeboden dienst na verkoop”, herhaalt zij, zoals in het eerste middel, dat dit wordt gereduceerd tot de geboden “uptime” terwijl zij in haar offerte nog andere garanties inzake beschikbaarheid had geboden, namelijk twee extra toestellen als back-up bijvoorbeeld bij panne in het week-end en het op zich nemen van boetes bij niet naleving van de geboden beschikbaarheidsgraad; alhoewel het criterium zoals geformuleerd niet beperkt is tot de beschikbaarheidsgraad maar ook betrekking heeft op de garanties die geboden worden voor het behalen ervan, werd met deze elementen op geen enkele wijze rekening gehouden.

19. Alhoewel verzoekende partij in de samenvatting van het middel stelt dat voor één van de subgunningscriteria opnieuw subsubgunningscriteria werden gecreëerd welke niet vooraf werden bekend gemaakt stelt zij in de toelichting van het middel eerst dat het bestek een amalgaam aan subcriteria en subgunningscriteria omvat en dat verwerende partij de opgenomen “beoordelingselementen” nog steeds beschouwt als een subcriterium maar daaraan telkens een gelijk gewicht toekent maar vervolgens dat “de kritiek van verzoekende partij zich evenwel veeleer richt op de aanvulling die aan bepaalde criteria gegeven wordt”. Zeker in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan dan ook aangenomen worden dat dit laatste de essentie van de kritiek is zodat het middel dan ook enkel op dit punt wordt onderzocht los van de vraag of er ook sprake zou zijn van subcriteria en los van de vraag of, indien dit het geval zou zijn, deze te dezen ook verboden zijn.

Prima facie wordt daarbij niet aangetoond waarom in het kader van de voornoemde beoordeling van “de productiviteit en de capaciteiten van de aangeboden apparatuur” de blijkens het gunningsverslag beoordeelde elementen de ppm (pagina’s per minuut) enkelzijdig, de opwarmtijd en de duur vooraleer eerste kopie wordt genomen, geen verband houden met de productiviteit en capaciteiten van de aangeboden apparatuur, of zoals in het bestek omschreven “de mogelijkheid en technologieën en de toepasbaarheid ervan binnen de organisatie van de opdrachtgever”. De toestellen in perceel 1 zullen worden geïnstalleerd in de interne diensten en loketten en daar is het volgens het gunningsverslag vereist, en zeker bij de loketten, dat men zo vlot en snel mogelijk een kopie kan nemen. Alle toestellen voldoen aan de minimumvereisten zoals gesteld in het bestek maar sommigen zijn sneller dan gevraagd. Dit lijkt in rekening te worden gebracht omdat dit een hogere productiviteit en bijgevolg extra comfort betekent. Daarom wordt volgens het gunningsverslag de opwarmtijd van de toestellen gemeten en de duur vooraleer een eerste kopie wordt genomen. Aldus lijkt het niet aangetoond dat het de perken van de redelijkheid te buiten ging om in dit kader niet alleen het aantal kopies per minuut relevant te achten maar ook de opwarmtijd en de duur voor de eerste kopie, nog los van de vraag of zonder meer met verzoekende partij aangenomen kan worden dat een toestel slechts eenmaal per dag wordt opgestart. Het tegendeel vloeit, zo lijkt het, niet voort uit de vaststelling dat in dit kader misschien ook andere elementen hadden kunnen worden beoordeeld zoals extra functionaliteiten. Verzoekende partij concretiseert ook niet welke extra functionaliteiten van de door haar aangeboden toestellen mee beoordeeld hadden moeten worden en tot een andere beoordeling hadden moeten leiden, los van de vraag of deze niet verwerkt werden in het kader van de andere binnen het gunningscriterium technische waarde beoordeelde elementen.

Inzake het gunningscriterium “flexibiliteit van het contract” stelt verzoekende partij zelf dat de beoordelingselementen overschakeling naar andere types apparaten, bijbestellingen en ingebruikname bijkomende opties “half in het bestek” werden voorzien. In feite werden deze in dit gunningscriterium uitdrukkelijk vermeld zodat niet prima facie blijkt waarom dit een aanvulling is van het bestek. Blijkbaar wordt met name aanstoot genomen aan het feit dat de prijsimpact niet in aanmerking wordt genomen bij de beoordeling van de overschakeling naar andere types apparaten die bij Nashuatec

12 maal duurder zou zijn dan bij verzoekende partij. Zij toont echter niet aan waarom dit tot een andere eindbeoordeling van dit criterium zou moeten leiden in de verhouding tussen verzoekende partij, die toch als eerste werd gerangschikt op elk subcriterium, en Nashuatec die globaal als tweede werd gerangschikt omwille van één eerste, één tweede en één vierde plaats. Er wordt immers niet aangetoond dat, zelfs wanneer Nashuatec in het licht van dit onderdeel, ten onrechte mee als eerste werd gerangschikt, dit een impact heeft op haar eindrangschikking op het gunningscriterium, dus in vergelijking met de andere inschrijvers. Voorts wordt in het gunningsverslag uitdrukkelijk overwogen dat “overschakelingen naar andere types apparaten” en “omwisselingen” hetzelfde betekent, hetgeen verzoekende partij in het verzoekschrift niet betwist, zodat, anders dan zij stelt, de facto ook de omwisselingen werden beoordeeld.

Inzake de kritiek dat bij de beoordeling van punt. 2.2.3 in het gunningsverslag “aangeboden garanties ivm beschikbaarheid van de toestellen” ten onrechte enkel rekening werd gehouden met de “uptime” en niet met de andere door verzoekende partij geboden garanties dat de beschikbaarheidsgraad wordt behaald, werd er bij het eerste middel reeds op gewezen waarom deze grief te dezen niet voldoende ernstig is om daarop een schorsing te steunen.

20. Ook het tweede middel, zoals geformuleerd door verzoekende partij en rekening houdend met de beoordelingsbevoegdheid van de Raad van State die, in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts snel en prima facie kan worden uitgeoefend, is bijgevolg niet ernstig.

21. Gelet op het niet ernstig bevinden van de beide middelen is niet voldaan aan de tweede van de in het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die vervuld moeten zijn om de schorsing toe te wijzen. Deze vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de nv Ricoh Belgium in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van verzoekende partij.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
negentien februari 2009, door :

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

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.