

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 200.752 van 11 februari 2010
in de zaak A. 107.488/XII-3208.**

In zake : de NV MONTI,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. Bunneghem en S. De Coster,
kantoor houdende te Antwerpen,
Amerikalei 31

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Economie, thans de minister voor Ondernemen
die woonplaats kiest bij
advocaat J.-F. De Bock,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Waterloosesteenweg 612.

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

Gezien het verzoekschrift dat de nv Monti op 16 juli 2001 heeft
ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing van verweerster
houdende gunning van de algemene offerteaanvraag NIS/2001/SOCECO, [...],
beslissing die [de] opdracht toegewezen heeft aan de n.v. Moore”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 8 juni 2006 die de neerlegging ter
griffie van het verslag en van het dossier gelast;

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

Gelet op de beschikking van 8 juli 2009 waarbij de terechtzitting
bepaald wordt op 8 september 2009, datum waarop de zaak werd uitgesteld tot de
terrechtzitting van 20 oktober 2009;

Gezien de aanvullende memories;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat S. De Coster, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat V. De Schepper, die loco advocaat J.-F. De Bock verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op 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. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een opdracht voor “het ontwerp, het drukken, het personaliseren, het verzamelen, het onder omslag plaatsen en het verzenden van de formulieren in verband met de sociale economische enquête 2001, alsook het ontwerp, het drukken, het personaliseren en het verzenden van een herinnering”. De opdracht wordt als opdracht van leveringen bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 26 januari 2001 en in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen van 27 januari 2001.

De beide aankondigingen van de opdracht en het bestek (in punt A.1.14) vermelden dat de keuze van de meest voordelige regelmatige offerte zal gebeuren op grond van de volgende gunningscriteria:

- de kwaliteit van het voorgestelde product;
- de kostprijs;
- het uitvoeringsplan en de termijn voor de eerste levering.

Op 13 maart 2001 worden de inschrijvingen geopend. Vier ondernemingen, waaronder verzoekende partij, hebben een offerte ingediend.

Op 29 maart 2001 wordt een gunningsverslag opgemaakt. Dit verslag bevat inzake de toetsing van de offertes aan het eerste gunningscriterium “de kwaliteit van het voorgestelde product”, in het gunningsverslag “technische evaluatie” van de offertes genoemd, de volgende vaststelling:

“3.1. Technische evaluatie

Zes selectiecriteria komen in aanmerking; drie ervan zijn sleutelcriteria, die meer gewicht in de schaal werpen. Ze zijn samengevat in de navolgende tabel, waarin ook de punten van elke kandidaat zijn opgenomen:

3.1 Criteria voor de technische evaluatie	Weging per criterium	Offertes			
		Joos	Monti	Moore	Vicindo
Vorm & inhoud van het dossier	7	7	0	7	3,5
Individualisering (mogelijkheden & kwaliteit)	7	7	3,5	7	7
Garanties geboden door matching	7	6	6	6	3
Kwaliteit van het drukwerk	4	4	4	4	4
Technische documentatie	4	3	2	4	1
Referenties voor dit type van werk	4	0	0	4	0
Totaal 3.1 :	33	27	15,5	32	18,5

Na toetsing van de offertes aan de andere twee gunningscriteria wordt in het gunningsverslag voorgesteld de opdracht toe te wijzen aan de nv Moore, die met 81 punten op 100 de hoogste score behaalt. Verzoekende partij wordt als tweede gerangschikt, met 66 punten op 100.

Op 18 mei 2001 wordt in navolging van het gunningsverslag een “gunningsvoorstel” opgemaakt en aan de bevoegde minister gezonden. De minister hecht, blijkens een op het gunningsvoorstel aangebrachte stempel, op 22 mei 2001, zijn goedkeuring aan het voorstel. Dit is de bestreden beslissing.

De verwerende partij brengt met een faxbericht van 31 mei 2001 de verzoekende partij ervan op de hoogte dat de opdracht werd toegewezen aan de nv Moore.

Eveneens met een schrijven van 31 mei 2001 vraagt de verzoekende partij bij monde van haar raadsman “het toewijzingsdossier” aan verwerende partij en protesteert meteen tegen het hanteren van criteria en hun weging die niet in het bestek waren aangegeven.

Bij brief van 7 juni 2001 stuurt verwerende partij “het integraal gemotiveerd gunningsverslag” aan verzoekende partij. Op 21 juni 2001 wordt een Nederlandse vertaling van het gunningsverslag nagestuurd.

De ontvankelijkheid van het beroep

2. Verwerende partij betwist in drie excepties de ontvankelijkheid van het beroep.

3. In het auditorsverslag worden de excepties verworpen. In haar laatste memorie komt verwerende partij niet op substantiële wijze terug op de excepties. Zij beperkt zich tot de mededelingen dat zij “akte [neemt] van het standpunt van de heer Eerste auditeur ter zake”, dat zij “vertrouwt [...] op de vaststellingen gedaan door de heer Eerste auditeur” en “ zich dienaangaande naar de wijsheid van [de] Raad [gedraagt]”.

De Raad van State acht het passend om de zienswijze van het auditorsverslag bij te vallen en de excepties te verwerpen.

De gegrondheid van het beroep

Tweede middel - Stellingen van de partijen

4. De verzoekende partij roept in een *tweede middel* de schending in van “artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; [...] van 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; [van] artikel A.1.14.3 bijzonder bestek NIS/2001/SOCECO; [van het] gelijkheidsbeginsel”. Zij doet hiertoe onder meer het volgende gelden:

“Een eerste gunningscriterium bestond in ‘de kwaliteit van het voorgestelde product’, dit naast de criteria ‘de kostprijs’ en ‘het uitvoeringsplan en de termijn voor de eerste levering’ (punt A.1.14.3 bijzonder bestek).

Uit het evaluatierapport blijkt dat er evenwel zes criteria ‘ter technische evaluatie’ weerhouden werden, ofschoon deze gunningscriteria niet in het bijzonder bestek beschreven zijn, en dit naast de criteria ‘kosten’ en ‘planning en termijn van uitvoering’.

Het is verboden om rekening te houden met andere criteria dan diegenen die in het bestek zijn opgesomd (artikel 16 van voormelde wet van 24 december 1993; artikel 115 van voormeld Koninklijk Besluit).

[...]

Het spreekt vanzelf dat de inschrijver de parameters of subcriteria op een of andere wijze [...] uit het bijzonder bestek moet kunnen lezen.

[...]

Deze zes criteria ter technische evaluatie worden overigens [...] opzichtsens elkaar onderling ongelijk gewogen, terwijl wanneer het bestek geen andersluidende bepaling bevat, er moet worden van uitgegaan dat de overheid de gunningscriteria als gelijkwaardig heeft beschouwd (zie art. 115, tweede lid van voormeld Koninklijk Besluit van 8 januari 1996)”.

5. In haar memorie van antwoord betoogt de verwerende partij in de eerste plaats dat verzoekende partij er ten onrechte van uit gaat dat rekening is gehouden met gunningscriteria die niet in het bestek werden vermeld. Zij stelt dat “de zes parameters ‘ter technische evaluatie’ [...] geen afzonderlijke gunningscriteria uitmaken doch wel een onderdeel vormen van het eerste gunningscriterium ‘kwaliteit van het vooropgestelde product’” en voegt hier aan toe dat “het uiteraard niet verboden is om parameters of subcriteria te voorzien, ter beoordeling van een gegeven gunningscriterium” aangezien dit “de meeste garanties [biedt] dat de toewijzingsbeslissing op objectieve elementen berust”. De verwerende partij wijst voorts op de discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende overheid “om te bepalen wat zij weerhoudt als pertinent element” in het kader van de appreciatie van een gegeven gunningscriterium. Zij vervolgt dat wel moet worden vermeden dat met “nieuwe” gunningscriteria rekening wordt gehouden, die geen verband houden met de criteria in het bestek opgesomd. Zij stelt “dat het inderdaad niet verboden is om binnen een gunningscriterium rekening te houden met parameters of subcriteria, in zover deze parameters of subcriteria niet afwijken van dit gunningscriterium en in

zover deze parameters of subcriteria kunnen afgeleid worden uit het gunningscriterium zelf en/of de uitleg hierbij”. De verwerende partij voert tenslotte nog aan dat te dezen voldaan is aan deze voorwaarden en dat “verzoekster in gebreke blijft om aan te tonen [...] dat de zes parameters ter technische evaluatie niet relevant of willekeurig zouden zijn”.

In de tweede plaats betwist de verwerende partij dat “deze zes criteria [...] de bepaling van artikel 115, tweede lid van het A.R.O.-K.B. schenden”. Zij haalt de tekst aan van het tweede lid van 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, en betoogt dat “de zes parameters ter technische evaluatie” een “onderdeel” vormen van het eerste gunningscriterium “kwaliteit van het voorgestelde product”. De verwerende partij stelt voorts dat “parameters van één gunningscriterium” niet onderworpen zijn aan de voorwaarden van artikel 115, tweede lid, van het voornoemde koninklijk besluit. Vervolgens rechtvaardigt de verwerende partij de ongelijke weging door te wijzen op het feit dat “de overheid vrij is om één aspect van de kwaliteit als meer doorslaggevend te beschouwen dan een ander”, wat zich te dezen uit in het feit dat de eerste drie elementen op 7 punten werden geciteerd en de laatste drie op 4 punten. Ten slotte werpt de verwerende partij nog op dat de verzoekende partij geenszins aantoont dat “deze quotering manifest onredelijk is en als dusdanig een machtsoverschrijding uitmaakt”.

6. De verzoekende partij repliceert in haar memorie van wederantwoord dat te dezen “de kandidaat enkel maar kan gissen welke de zogenaamde subcriteria of parameters zijn”. Zij werpt op dat “in casu [...] de zes zogenaamde parameters of subcriteria niet [zijn] af te leiden uit het criterium ‘kwaliteit van het voorgestelde product’”. Verzoekende partij stelt dat enkel het vierde subcriterium “kwaliteit van het drukwerk” uit het eerste gunningscriterium voortvloeit en dat “de overige gehanteerde ‘subcriteria’ [...] met het product als dusdanig niets te maken [hebben], maar alles met de samenhangende diensten”. Volgens de verzoekende partij “[kunnen] op deze wijze [...] steeds zagezegde subcriteria ‘geproduceerd’ of beter uitgepikt worden waardoor welbepaalde mededingers bevoordeeld worden”.

7. De verwerende partij betoogt in haar aanvullende memorie nog dat de zes “subelementen” die zijn gebruikt bij de evaluatie van het betrokken

gunningscriterium, een “samenvatting” zijn van de technische specificaties van het bestek in verband met “kwaliteit” en illustreert zulks met een referentie aan enkele opschriften uit het bestek namelijk “Opmaak van de formulieren”, “Drukken van het onveranderlijk gedeelte van de formulieren en de enveloppen”, “Individualisering van de documenten” en “In enveloppen steken”. Zij stelt dat deze “subelementen” dus bekend waren bij de kandidaten. Voorts betoogt de verwerende partij dat het niet vaststaat dat de gebruikte “subelementen” als “subcriteria” zouden moeten worden gekwalificeerd. Zij verwijst ten slotte naar de geringe eenvormigheid, terzake van subcriteria en hun weging, van de rechtspraak van de Raad van State na de arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie C-331/04 inzake ATI EAC e.a. van 24 november 2005 en C-532/06 inzake Emm. G. Lianakis e.a. van 24 januari 2008. De verwerende partij vraagt in ondergeschikte orde de zaak naar de algemene vergadering van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State te verzenden “teneinde de eenheid van de rechtspraak” te verzekeren.

Beoordeling

8. De eerste volzin van het door de verzoekende partij geschonden geachte artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, 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 tweede lid van artikel 115 van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidt als volgt:

“Onverminderd de wettelijke, reglementaire of bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de vergoeding van bepaalde diensten 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”.

9. De essentiële grief van de verzoekende partij is dat zij bij de toetsing van de offertes aan het eerste in het bestek vermelde gunningscriterium “de kwaliteit van het voorgestelde product” zich niet moest verwachten aan een toetsing aan zes gegevens die zij niet uit het bestek kon afleiden.

De verwerende partij relateert de aard van de voormelde zes gegevens die zij in haar memories de ene keer “parameters” of “subelementen” noemt maar dan toch ook enkele keren “subcriteria”. Alvast zijn de zes gegevens als “criteria” te beschouwen. Volgens het groot woordenboek van de Nederlandse taal Van Dale is een criterium immers een “maatstaf bij een beoordeling”. Te dezen zijn nu juist zes gegevens gebruikt waaraan de offertes zijn getoetst en deze onderscheiden toetsingsmomenten hebben tot zes verschillende toekenningen van punten geleid. Overigens luiden de betrokken opschriften in het gunningsverslag “criteria voor de technische evaluatie” en “weging per criterium”.

De vraag rijst dan hoe deze subcriteria zich verhouden tot het in het bestek vermelde eerste gunningscriterium “de kwaliteit van het voorgestelde product”. De opdracht werd te dezen aangekondigd als een opdracht van leveringen. De verzoekende partij stelt aldus terecht dat enkel het vierde subcriterium (kwaliteit van het drukwerk) gerelateerd is aan het betrokken gunningscriterium uit het bestek: hetgeen “geleverd” dient te worden is drukwerk. Dit element krijgt bovendien slechts een weging van 4 punten op 33. De andere subcriteria zijn inderdaad niet vanzelfsprekend aan te merken als rechtstreeks verbonden met een geleverd “product”. Alvast mag “referenties” (zesde subcriterium) in principe zelfs niet als gunningscriterium figureren. Het gebruik van de voormelde subcriteria en de ongelijke weging daarvan - met een gering gewicht aan wat mocht worden verwacht de essentiële toetsingsmaatstaf te zijn - brengt met zich mee dat de verwerende partij in wezen met andere criteria de offertes heeft beoordeeld dan met de criteria, in het bestek voorgeschreven. Aldus zijn het hiervoor aangehaalde artikel 16 van de wet van 24 december 1993 en het aangehaalde artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 geschonden, die voorschrijven dat de gunningscriteria worden vermeld in het bestek of in de aankondiging van de opdracht en dat enkel met die criteria rekening wordt gehouden bij het toewijzen van de opdracht aan de inschrijver met de voordeligste regelmatige offerte.

Te dezen staat aldus niet langer vast dat de offerte inderdaad werd toegewezen aan de voordeligste regelmatige inschrijver, nu het eerste gunningscriterium niet deugdelijk is gehanteerd.

Het middel is gegrond.

10. Er is geen noodzaak om de zaak naar de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State te verwijzen. Ter staving van dat verzoek verwijst de verzoekende partij in haar aanvullende memorie immers naar twee arresten die echter bij nader onderzoek niet in tegenstrijd blijken met huidig arrest.

Uit het door haar vermelde arrest nr. 186.374 [lees : 186.371] van 18 september 2008 inzake NV Pierre Rogiers & Co, gewezen op een vordering tot schorsing, citeert de verwerende partij een deel van het derde ingeroepen middel “als zou de verwerende partij *a posteriori* een beoordelingsmethode [hebben aangenomen] die afwijkt van de algemeen te verwachten regel inzake de beoordeling van het prijscriterium” en het antwoord van de Raad van State dat het “dient te worden verworpen aangezien de beoordelingscommissie de door haar gehanteerde methode verantwoordt in haar verslag”.

In de vermelde passussen wordt *prima facie* uitspraak gedaan over de motivering van de wijze waarop een prijscriterium wordt beoordeeld. Daarin kan geen divergentie worden gezien met huidig arrest waarin de volledige denaturering van een bestekscriterium wordt vastgesteld.

Het andere arrest waar de verwerende partij naar verwijst is het arrest nr. 190.337 van 3 maart 2008 inzake NV SBMI. In dit arrest wordt gesteld dat gegevens, die niet vermeld worden in het bestek maar bedoeld zijn om de criteria die daarin zijn vastgesteld te specificeren, er niet mogen toe leiden dat de criteria van het bijzonder bestek, de enige die bekend zijn aan de inschrijvers, een andere strekking krijgen (“ne peuvent cependant conduire [...] à une dénaturation des critères du cahier special des charges”). Te dezen werd in eenklank met hetgeen in dit aangehaalde arrest wordt gesteld, aangenomen dat de “subcriteria” het betrokken gunningscriterium denatureerden.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van de minister van Economische Zaken van 22 mei 2001 waarbij de opdracht voor “het ontwerp, het drukken, het personaliseren, het verzamelen, het onder omslag plaatsen en het verzenden van de formulieren in verband met de sociale economische enquête 2001, alsook het ontwerp, het drukken, het personaliseren en het verzenden van een herinnering” wordt toegewezen aan de nv Moore.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op elf februari 2010, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.