

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 200.778 van 11 februari 2010
in de zaak A. 195.268/XII-6086**

In zake: de NV EUROBUSSING VLAANDEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrik De Maeyer
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

BELGOCONTROL, autonoom overheidsbedrijf
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Cies Gysen en Gitte Laenen
kantoor houdend te Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 21 januari 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de gemotiveerde beslissing van Belgocontrol van 6 januari 2010 betreffende de gunning van de overheidsopdracht inzake het afsluiten van een contract voor de levering van shuttlediensten (bijzonder bestek nr. A/L/A/C/C2/OA 1682), die wordt toegewezen aan de firma Open Tours”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 februari 2010, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Patrik De Maeyer, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Gitte Laenen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Belgocontrol schrijft een overheidsopdracht uit voor het verstrekken van pendeldiensten aan haar personeel. Het betreft een onderhandelings-procedure met bekendmaking. Het doel van deze opdracht is om, gedurende een periode van 36 maanden, het vervoer te verzekeren van het personeel van Belgocontrol van en naar de stations van Brussel-Nationaal Luchthaven en Vilvoorde en de site van Belgocontrol te Steenokkerzeel, volgens een vooraf bepaald uurrooster op grond van de treindienstregelingen opgelegd door de NMBS en te herzien naar aanleiding van veranderingen in de treindienstregelingen opgelegd door de NMBS.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 4 augustus 2009 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 7 augustus 2009.

3.3. Zeven ondernemingen stellen zich kandidaat.

3.4. Bij brief van 17 september 2009 worden alle kandidaten uitgenodigd om een offerte in te dienen. Tevens wordt hun een kopie meegedeeld van het bijzonder bestek.

3.5. De gunningscriteria worden in het bestek als volgt omschreven:

“Artikel 103 Keuze van de dienstverlener

Belgocontrol kiest de offerte die zij de voordeligste acht, rekening houdend met de hierna vermelde criteria, in zoverre de geldig ingediende offerte voldoet aan de vereisten vermeld in het in bijlage 1 gevoegde model van inschrijving.

- Prijs: 80 %
- Leverbare service: 20 %

Toelichtingen

Prijs:

Aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend, wordt 80 % toegewezen. Het aantal punten dat aan de overige inschrijvers wordt toegekend, wordt als volgt berekend:

(Laagste prijs/ prijs betrokken inschrijver) X 80

De prijs bestaat uit twee subcriteria:

- de globale prijs die voor 95 % zal tellen;
- de forfaitaire prijs, die voor 5 % zal tellen.

Het geheel zal worden teruggebracht op 80 %.

Leverbare service

De leverbare service wordt gedefinieerd als de mate waarin de inschrijver bijkomende en door de aanbestedende overheid als relevant aanvaarde diensten aanbiedt. Bij de offerte dient, indien van toepassing, een beknopt verslag (van maximum 1 bladzijde) te worden gevoegd waarbij de inschrijver aantoont hoe hij de invulling van de leverbare service concreet zal uitwerken en maximaliseren voor deze opdracht.

Belgocontrol behoudt zich het recht voor om te onderhandelen met één of met meerdere kandidaten en om de opdracht niet toe te wijzen, conform art. 18 van de wet van 24 december 1993”.

3.6. Vier kandidaten dienen vervolgens een offerte in, waaronder de verzoekende partij en de nv Open tours - Les voyages belges.

3.7. Bij brief van 28 oktober 2009 biedt Belgocontrol alle inschrijvers de mogelijkheid om nog een “Best and Final Offer” (BAFO) in te dienen. Uit dit schrijven blijkt dat het de bedoeling is om op die manier meer duidelijkheid te krijgen inzake specifieke elementen al dan niet opgenomen in de offertes en om de inschrijvers de kans te bieden om hun offerte te optimaliseren. Voor elke inschrijver wordt als bijlage bij dit schrijven een overzicht gevoegd van de vragen en aandachtspunten waarmee de betrokken inschrijver dient rekening te houden bij het indienen van een eventuele BAFO. Tevens wordt aangekondigd dat indien geen BAFO wordt ingediend, het de oorspronkelijke offerte is die zal worden beoordeeld.

Ten aanzien van de offerte van de verzoekende partij worden de volgende aandachtspunten vermeld:

“Zijn bijkomende inspanningen op niveau van de prijzen mogelijk?

Hoelang op voorhand dient Belgocontrol bijkomende prestaties aan te vragen om deze tijdig te laten uitvoeren ? (= reactietijd)”.

Ten aanzien van de offerte van Open Tours wordt enkel gevraagd of bijkomende inspanningen op het niveau van de prijzen mogelijk zijn.

3.8. Vervolgens dienen alle vier de inschrijvers op 30 oktober 2009 een BAFO-offerte in.

3.9. Op 13 november 2009 beslist Belgocontrol om de opdracht toe te wijzen aan Open Tours.

3.10. Met brief en e-mail van 13 november 2009 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd “weergehouden” en wordt een wachttermijn aangekondigd van 15 dagen.

3.11. Met een op 27 november 2009 ter post aangetekend verzonden verzoekschrift vordert de huidige verzoekende partij bij de Raad van State de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van “de gemotiveerde beslissing van Belgocontrol van 13 november 2009 betreffende de gunning van de overheidsopdracht inzake het afsluiten van een contract voor de levering van shuttlediensten (bijzonder bestek nr. A/L/A/C/C2/0A 1682), die wordt toegewezen aan de firma Open tours.”

3.12. Bij arrest nr. 198.917 van 15 december 2009 beveelt de Raad van State de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van voormelde beslissing.

3.13. Op 6 januari 2010 wordt de geschorste beslissing van 13 november 2009 ingetrokken.

3.14. Eveneens op 6 januari 2010 beslist Belgocontrol met een nieuwe gemotiveerde beslissing om de opdracht toe te wijzen aan Open Tours.

3.15. Bij brief op 7 januari 2010 ter post aangetekend wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen en wordt een wachttermijn aangekondigd van 15 dagen overeenkomstig artikel 41sexies, § 2, derde lid, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

IV. De schorsingsvoorwaarden

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

V. Beoordeling van de tweede schorsingsvoorwaarde

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. Wat de tweede van de in het voornoemde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft, put de verzoekende partij een eerste middel uit de schending “van artikel 110bis van het K.B. van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie en van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, de kennelijke beoordelingsvergissing, zowel in rechte als in feite, uit de miskennis van het gezag van gewijsde van het arrest nr. 198.917 van 15 december 2009 en uit machtoverschrijding”.

De verzoekende partij wijst erop dat overeenkomstig voormelde bepalingen en de rechtspraak van het Hof van Justitie terzake voor wat betreft opdrachten die het Europese drempelbedrag te boven gaan het bestek al de gunningscriteria dient te vermelden en tevens de weging van elk gunningscriterium dient te specificeren.

Uit de gemotiveerde beslissing blijkt echter dat er binnen het hoofdcriterium “leverbare service” opnieuw toepassing wordt gemaakt van een aantal subcriteria die niet werden vermeld in het bestek, thans zelfs met een wegingscoëfficiënt.

De verzoekende partij wijst erop dat wat haar offerte betreft aan het beoordelingselement “reactietijd” en het beoordelingselement “elektronische instapdeur” de weging relevant en positief (+) wordt gehecht, terwijl aan het beoordelingselement “forfaitaire diensten” de wegingscoëfficiënt zeer relevant en positief (++) wordt toegedicht. De andere beoordelingselementen zoals “stelplaats” en “continuïteit” worden als weinig relevant beschouwd.

In de offerte van de gekozen inschrijver wordt de “reactietijd” als een absoluut pluspunt en zeer relevant beschouwd, evenals de beoordelingselementen “aanvullende shuttlediensten” en de “niet prijsindexatie gedurende drie jaar”. Deze beoordelingselementen worden alle met de beoordeling (+++) genoteerd.

Hieruit blijkt volgens de verzoekende partij dat zij op dezelfde wijze wordt gegriefd als in de eerdere beslissing van 13 november 2009, meer bepaald dat opnieuw dezelfde beoordelingselementen de grondslag vormen voor de beslissing waarin de offertes van beide kandidaten tegenover mekaar worden afgewogen, zonder dat die beoordelingselementen vooraf aan de inschrijvers waren meegedeeld. Het thans bestreden besluit van 6 januari 2010 komt er volgens haar inhoudelijk op neer dat “de oude wijn” opnieuw “in nieuwe zakken” wordt verpakt.

Volgens de verzoekende partij bevat de toewijzingsbeslissing aldus informatie die niet gekend was bij de inschrijvers. Indien zij deze beoordelingselementen bij de voorbereiding van haar offertes had gekend, had zij hiermee rekening kunnen houden, wat volgens haar onmiskenbaar tot een hogere puntentoebedeling in haar voordeel zou hebben geleid.

Beoordeling

6.1. Bij arrest nr. 198.917 van 15 december 2009 heeft de Raad van State, op grond van een gelijkaardig middel, reeds de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de eerste toewijzingsbeslissing van 13 november 2009 bevolen, gesteund op onder meer de volgende overwegingen:

“12. Het geschonden geachte artikel 110bis van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, bepaalt:

‘Wanneer in geval van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking [...] het bedrag voor de Europese bekendmaking wordt bereikt en er wordt gegund aan de inschrijver die de regelmatige offerte heeft ingediend die de economisch voordeligste is vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, specificeert de aanbestedende overheid de weging van elk gunningscriterium. Deze weging kan eventueel worden uitgedrukt binnen een vork met een passend verschil tussen een minimum en een maximum. Indien een dergelijke weging om aantoonbare redenen niet mogelijk is, worden de criteria vermeld in dalende volgorde van belangrijkheid’.

13. Het Hof van Justitie overwoog in het arrest Emm. G. Lianakis e.a. (C-532/06 van 24 januari 2008) in de eerste plaats, onder verwijzing naar de artikelen 3, tweede lid, en 36, tweede lid, van de richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, en de beginselen van de gelijke behandeling van de marktdeelnemers en van de transparantieplichting die er uit voortvloeit, dat ‘alle elementen die door de aanbestedende dienst in aanmerking worden genomen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding, alsook het relatieve gewicht van deze criteria’, bij de potentiële inschrijvers bekend moeten zijn wanneer deze hun offertes voorbereiden.

Vervolgens oordeelde het Hof van Justitie in dit arrest : ‘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 transparantieplichting, 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’.

Op het eerste gezicht lijkt niets eraan in de weg te staan deze rechtspraak evenzeer dienstig te achten voor de interpretatie van regelgeving betreffende opdrachten zoals de in het geding zijnde opdracht, in de nutssectoren, zoals te dezen artikel 110bis van het voornoemde koninklijk besluit van 10 januari 1996.

14. In het kader van de voorliggende zaak rijst aldus in de eerste plaats de vraag of te dezen bij de evaluatie van de offertes aan de hand van het tweede gunningscriterium bijkomende gunningscriteria zijn gebruikt of niet.

Overeenkomstig de voormelde rechtspraak van het Hof van Justitie zijn alle elementen die door de aanbestedende overheid in aanmerking worden genomen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding, als dergelijke criteria te beschouwen.

Het Groot woordenboek van de Nederlandse taal Van Dale van zijn kant omschrijft het begrip ‘criterium’ onder meer als een ‘maatstaf bij een beoordeling’.

15. Te dezen vermeldt het bestek slechts twee gunningscriteria evenals de weging ervan, namelijk 'Prijs: 80 % en Leverbare service: 20 %'. Wat betreft het gunningscriterium prijs vermeldt het bestek bovendien twee subgunningscriteria waaraan ook telkens een weging wordt toegekend.

Inzake het tweede gunningscriterium vermeldt het bestek enkel het volgende: 'Leverbare service

De leverbare service wordt gedefinieerd als de mate waarin de inschrijver bijkomende en door de aanbestedende overheid als relevant aanvaarde diensten aanbiedt. Bij de offerte dient, indien van toepassing, een beknopt verslag (van maximum 1 bladzijde) te worden gevoegd waarbij de inschrijver aantoont hoe hij de invulling van de leverbare service concreet zal uitwerken en maximaliseren voor deze opdracht'.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt voorts nergens dat de aanbestedende overheid in het kader van de onderhandelingsprocedure - daargelaten de vraag of dit toelaatbaar zou zijn - het bestek op het punt van de gunningscriteria nog zou hebben gewijzigd en dit op gepaste wijze zou hebben meegedeeld aan de inschrijvers vóór het indienen van de BAFO's. In de voormelde brieven van 28 oktober 2009 aan de inschrijvers wordt immers slechts een overzicht gevoegd van hetgeen 'vragen/aandachtspunten' wordt genoemd waarmee de betrokken inschrijver dient rekening te houden bij het indienen van een eventuele BAFO. Deze vragen en aandachtspunten zijn bovendien verschillend voor de diverse inschrijvers.

16. In het gunningsverslag wordt bij de beoordeling van de offertes aan de hand van het tweede gunningscriterium de voormelde paragraaf uit het bestek inzake de 'leverbare service' hernomen en wordt vervolgens opgemerkt:

'De hierna beschreven elementen werden voor de evaluatie van dit tweede criterium in overweging genomen;

- reactietijd na verzoek voor aanvullende diensten
- toegankelijkheid van de voertuigen, automatische deur
- bijkomende trajecten
- prijsindexatie'.

Vervolgens wordt een tabel opgenomen waarin de offertes van de vier inschrijvers worden vergeleken aan de hand van voormelde elementen en wordt een globale score toegekend voor de leverbare service. Er wordt geen afzonderlijke score toegekend voor de vier elementen.

17. De betrokken gegevens die binnen het in het bestek vermelde tweede gunningscriterium tot de evaluatie leiden en die in de bestreden beslissing uitdrukkelijk omschreven worden als 'elementen die voor de evaluatie in overweging worden genomen', lijken overeenkomstig de voormelde rechtspraak niet anders dan als gunningscriteria te kunnen worden beschouwd, nu ze dienstig zijn om in het aangeboden een onderscheid te maken en aldus 'maatstaf bij een beoordeling' zijn.

18. De opdracht blijkt bijgevolg te zijn toegewezen na een evaluatie, mede gesteund op subcriteria die niet uitdrukkelijk in het bestek zijn vermeld en evenmin later aan de inschrijvers zijn meegedeeld alvorens zij hun BAFO-offerte moesten indienen. De verwerende partij erkent nochtans in haar nota dat zij op grond van de eerste offertes vanwege de inschrijvers vier volgens haar relevant geachte diensten heeft gedistilleerd zodat zij minstens op dat ogenblik in staat lijkt te zijn geweest om deze subcriteria op gelijke wijze mee te delen aan alle inschrijvers.

De conclusie lijkt aldus te moeten luiden dat het gehanteerde beoordelingssysteem, gebruik makend van achteraf vastgestelde criteria, waarbij noch de subcriteria, noch de weging ervan voorafgaand aan de inschrijvers werd meegedeeld, niet verenigbaar is met artikel 110bis van het voornoemde koninklijk besluit van 10 januari 1996, richtlijnconform geïnterpreteerd, noch met het zorgvuldigheidsbeginsel, zodat het middel in zoverre ernstig is.

De verwerende partij lijkt zich daarbij niet dienstig te kunnen beroepen op de rechtspraak van het Hof van Justitie, volgens dewelke in bepaalde gevallen de weging van criteria nog mag worden bepaald na indiening van de offertes, nu te dezen het reeds de subcriteria zelf zijn die pas zijn vastgesteld na die indiening.

Gelet op hetgeen voorafgaat kan de argumentatie van de verwerende partij als zou ‘het normdoel van de verplichte voorafgaande bekendmaking van de subgunningscriteria’ te dezen zijn bereikt, op het eerste gezicht niet worden gevolgd.

Het eerste middel is ernstig”.

6.2. Naar aanleiding van dit schorsingsarrest heeft de verwerende partij de eerste toewijzingsbeslissing ingetrokken en op 6 januari 2010 een nieuwe gemotiveerde toewijzingsbeslissing genomen waarbij zij de BAFO-offertes van de inschrijvers opnieuw heeft beoordeeld.

6.3. In het kader van de voorliggende zaak rijst opnieuw de vraag of in de nieuwe toewijzingsbeslissing bij de evaluatie van de offertes voor wat betreft de beoordeling van het tweede gunningscriterium subcriteria zijn gebruikt of niet, meer bepaald, volgens het Hof van Justitie: “elementen die door de aanbestedende dienst in aanmerking worden genomen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding”, waarbij mag worden verondersteld dat het tevens om vooraf bedachte gegevens gaat waarmee de offertes min of meer stelselmatig worden beoordeeld en vergeleken.

6.4. De nieuwe toewijzingsbeslissing bevat, in tegenstelling tot de eerste toewijzingsbeslissing, geen opsomming van “elementen die voor de evaluatie van het tweede criterium in overweging worden genomen”, noch een tabel waarin de offertes van de vier inschrijvers uitsluitend aan de hand van deze elementen worden vergeleken.

Inzake het tweede gunningscriterium “leverbare service” wordt in de nieuwe gemotiveerde toewijzingsbeslissing daarentegen het volgende vermeld:

“Bij de offerte dienden de inschrijvers een beknopt verslag te voegen waarbij zij aantoonde hoe zij de invulling van de leverbare service concreet zouden uitwerken en maximaliseren voor deze opdracht.

Naast de in het bijzonder bestek geformuleerde vereisten kon iedere kandidaat, indien hij dit wenste, aan Belgocontrol aldus extra diensten aanbieden om de service binnen de opdracht verder te optimaliseren. De inventiviteit/creativiteit van de onderscheiden inschrijvers, of anders gezegd, de mate waarin bijkomende en door Belgocontrol als relevant aanvaarde diensten worden aangeboden, is bepalend bij de beoordeling van dit criterium.

Deze leverbare service wordt gedefinieerd als de mate waarin de inschrijver bijkomende, d.i. bovenop de vereisten van het lastenboek, en door de aanbestedende overheid als relevant aanvaarde diensten aanbiedt.

De leverbare service wordt beoordeeld op basis van de elementen opgenomen in de voormelde verslagen van de basisofferte en de antwoorden op de brief van 28 oktober 2009 waarin de inschrijvers verzocht werden een BAFO in te dienen”.

Vervolgens volgt een analyse van de offertes per inschrijver waarbij alle voorstellen van de inschrijvers worden onderzocht en telkens als niet relevant, weinig relevant (<+), relevant en positief (+), zeer relevant en positief (++) of bijzonder relevant en zeer positief (+++) worden aangemerkt. Op grond van deze motivering per inschrijver wordt vervolgens een globale score toegekend aan de offertes voor het tweede gunningscriterium.

6.5. Op het eerste gezicht lijkt de verwerende partij in de nieuwe toewijzingsbeslissing bij haar beoordeling aan de hand van het tweede gunningscriterium aldus te zijn uitgegaan van de voorstellen van de inschrijvers en vervolgens alle aangebrachte voorstellen per inschrijver te hebben beoordeeld, in de plaats van de offertes systematisch en uitsluitend te toetsen aan vier “elementen die voor de evaluatie in overweging worden genomen”, zoals in de eerste toewijzingsbeslissing het geval was.

Aldus lijkt niet aangetoond dat er te dezen is geëvalueerd aan de hand van subcriteria waaraan de inschrijvingen min of meer stelselmatig worden getoetst.

Evenmin lijkt het standpunt van de verzoekende partij te kunnen worden gevolgd dat de verwerende partij nu zelfs achteraf ook een wegingscoëfficiënt zou hebben bepaald voor subcriteria. De vermeldingen (<+, +, ++, +++) in de toewijzingsbeslissing zijn op het eerste gezicht geen weging van subcriteria, doch wel resultaten van een beoordeling van de specifieke voorstellen van de inschrijvers.

Zoals vereist, vermeldt de verwerende partij de gunstige en minder gunstige elementen die haar ertoe hebben gebracht om de merites van de ingediende offertes te waarderen en de scores voor het tweede criterium toe te kennen.

In de nieuwe toewijzingsbeslissing lijkt de verwerende partij zich op het eerste gezicht dus niet te hebben bediend van subgunningscriteria, noch hieraan achteraf een weging te hebben toegekend.

6.6. Het feitelijk uitgangspunt waarop het middel steunt lijkt niet correct, zodat de schending van de in het middel vermelde vernietigingsgronden niet is aangetoond.

Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

7. Het tweede middel wordt afgeleid uit “de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, uit de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht, de kennelijke beoordelingsvergissing, zowel in rechte als in feite, uit het verbod van willekeur en uit machtsoverschrijding”.

Volgens de verzoekende partij blijkt uit de historiek van de bestreden beslissing dat de verwerende partij de ingediende offertes “onzorgvuldig, foutief en/of willekeurig” heeft beoordeeld, met als gevolg dat de beslissing niet zou worden geschraagd door motieven die in rechte pertinent, juist en aanvaardbaar zijn en dat dienvolgens evenmin een afdoende motivering in de beslissing zelf zou kunnen worden teruggevonden.

Wanneer de geschorste en ingetrokken gunningsbeslissing betreffende de identieke offertes van de inschrijvers wordt vergeleken met de thans aangevochten gunningsbeslissing, valt volgens de verzoekende partij niet in te zien op grond van welk onderzoek en welke motieven identieke offertes zo verschillend kunnen worden beoordeeld op zulk een kort tijdsbestek.

De vaststelling dat identieke offertes een quotatie krijgen die verschillend is van enkele weken terug in de wetenschap dat er toepassing wordt gemaakt van dezelfde beoordelingselementen, leidt volgens de verzoekende partij tot de conclusie dat ofwel de verwerende partij onzorgvuldig is geweest, ofwel dat de gehele methode niet transparant is en geen deugdelijke gemotiveerde beslissing toelaat.

Aldus blijkt volgens haar overduidelijk dat de verwerende partij op een onzorgvuldige wijze tot de beoordeling van de offertes is overgegaan daarbij gebruikmakend van een volstrekt intransparant systeem dat blijkbaar toelaat om met minstens grotendeels dezelfde beoordelingselementen toch tot verschillende beoordelingen te komen.

Beoordeling

8.1. Bij arrest nr. 198.917 van 15 december 2009 heeft de Raad van State de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de eerste toewijzingsbeslissing van 13 november 2009 bevolen.

Vervolgens heeft de verwerende partij de voormelde beslissing ingetrokken en heeft zij een nieuwe toewijzingsbeslissing genomen na een nieuwe beoordeling van de offertes.

8.2. Het intrekkingbesluit heeft tot gevolg dat de eerste toewijzingsbeslissing wordt geacht nooit te hebben bestaan. De verwerende partij lijkt dan ook in principe niet gebonden door de motieven waarop deze steunde aangezien zij hiervan, precies als reactie op het arrest van de Raad van State, afstand heeft genomen door tot intrekking van de beslissing over te gaan. Op het eerste gezicht lijkt het inherent aan een nieuwe beoordeling en een nieuwe beoordelingswijze dat deze tot een verschillend resultaat kunnen leiden. Hieruit lijkt als dusdanig geen schending van de in het middel aangehaalde bepalingen te kunnen worden afgeleid.

Ook het tweede middel is niet ernstig.

9. Geen van de middelen is ernstig. Aldus 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 te verwerpen, zonder dat nog moet worden onderzocht of, zoals de verwerende partij betoogt, de verzoekende partij belang heeft bij deze middelen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 11 februari 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest