

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 211.549 van 25 februari 2011
in de zaak A. 198.997/XII-6484.**

In zake: 1. NV LABO VAN VOOREN
2. BV AL-WEST
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Steven Van Geeteruyen
kantoor houdend te 1080 Brussel
Leopold II-laan 180
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de
Vlaamse regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steve Ronse en Jonas Riemslagh
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 6/24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 31 januari 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de "[b]eslissing van [23 januari 2011], houdende de gunning van de aanneming van diensten 'Meting, bemonstering en analyse van afvalstoffen, bodem en grondwater' aan [Laboratorium] ECCA [nv]".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 februari 2011, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Steven Van Geeteruyen, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Jonas Riemslag, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een opdracht van aanneming van diensten "meting, bemonstering en analyse van afvalstoffen, bodem en grondwater".

Het dossier bevat geen aanduiding van de geraamde waarde van de opdracht. Volgens de nota bereikt de waarde van de opdracht de Europese drempel niet en verzoekende partijen voeren het tegendeel niet aan.

3.2. De aankondiging van deze opdracht wordt op 10 december 2010 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.3. Op deze opdracht is het bestek LNE/MI/2010/AFVAL/bis van toepassing.

De opdracht is onderverdeeld in 5 percelen – één perceel voor elke Vlaamse provincie – en heeft een looptijd van 4 maanden vanaf de datum vermeld in de toewijzingsbrief.

De twee gunningscriteria worden als volgt omschreven (bestek blz. 10 e.v.):

"De gunningscriteria zijn, samen met het hen toegekende gewicht in volgorde van afnemend belang:

- de kwaliteit van de technische prestaties (maximum 60 punten). De evaluatie voor dit gunningscriterium zal gebeuren voor alle inschrijvers samen, onafhankelijk van het perceel. Elke inschrijver zal een individuele score toegekend worden, op basis van volgende informatie:
 - a) voor elk van de parameters (posten 1-181) van de inventaris: de hieronder opgesomde gegevens, ingevuld in een overzichtstabel, volgens het model in bijlage 2 van dit bestek, waarbij de ingevulde gegevens steeds betrekking hebben op het laboratorium (hoofdaannemer of onderaannemer) dat de betreffende parameter zal analyseren: de naam van het laboratorium dat deze parameter zal analyseren; indien de parameter niet binnen de normale termijn kan gerapporteerd worden, de termijn waarbinnen die wel kan en zal gerapporteerd worden (zie deel III.3.1. van dit bestek); indien de parameter niet binnen de termijn voor spoedanalyse kan gerapporteerd worden, de kortste termijn waarbinnen die wel kan en zal gerapporteerd worden (zie III.3.1.); de interlaboratoriumtesten, andere dan OVAM-AARDE of ORKA, waaraan voor de parameter werd deelgenomen sinds begin 2002 in de matrices aangegeven in het model in bijlage 2 van dit bestek; voeg daarbij tevens fotokopies met de resultaten (bv. z-scores, procentuele afwijkingen,...) uit de door de organisator opgemaakte rapporten. Indien op deze fotokopies ook resultaten voorkomen van parameters die in deze offerte niet door het vermelde laboratorium worden uitgevoerd (bv. omdat die parameter door een onderaannemer wordt uitgevoerd of bv omdat een onderaannemer maar een of enkele van de parameters op deze fotokopie in deze opdracht zal uitvoeren), dan kan u de resultaten die niet van toepassing zijn, doorstrepen,

- b) voor elk van de parameters: het behaald hebben van een accreditatie via BELTEST, of een gelijkwaardige buitenlandse accreditatie-instelling, en de relevantie ervan voor de te gunnen opdracht (geaccrediteerde matrices en methode); een fotokopie dient voorgelegd te worden van de door de hoofdaannemer en desgevallend de onderaannemer(s) bekomen accreditaties samen met het toepassingsgebied; desgevallend kan een fotokopie voorgelegd worden van de lopende aanvraag tot het bekomen, uitbreiden en/of verlengen van dergelijke accreditatie (met vermelding van de data waarop de audits gepland zijn);
- c) voor elke parameter waarbij in de laatste kolom van de hierboven vermelde overzichtstabel het woord 'AARDE' vermeld is: de z-scores behaald door het laboratorium dat de desbetreffende analyse zal uitvoeren, tijdens de in het kader van de OVAM-erkenning opgelegde ringonderzoeken sinds 2006 (AARDE 2006, AARDE 2007, AARDE 2008, AARDE 2009, evt. AARDE 2010) en waarover gerapporteerd wordt in de VITO-rapporten (of VITO-verwerkingsdocumenten).
Voor elke parameter waarbij in de laatste kolom van de hierboven vermelde overzichtstabel het woord 'ORKA' vermeld is de z-scores behaald door het laboratorium dat de desbetreffende analyse zal uitvoeren tijdens de ringonderzoeken.
De z-scores die ter bij VITO voorhanden zijn zullen voor deze evaluatie worden gebruikt;
- d) voor elke parameter waarbij in de laatste kolom van de hierboven vermelde overzichtstabel het woord 'procedure' vermeld is: de procedure waarover het laboratorium dat de desbetreffende analyse zal uitvoeren, zal beschikken voor de bepaling van de betreffende parameter; een fotokopie hiervan dient te worden voorgelegd;
- e) voor de uitvoering van bemonsteringen en metingen ter plaatse beschreven in 3.2.6., 3.2.7 en 3.2.8 van dit bestek: een beschrijving van de technische uitrusting en een kopie van de procedures waarover de hoofdaannemer of de onderaannemer die de desbetreffende bemonstering of meting zal uitvoeren, zal beschikken. In de procedures komen de volgende punten aan bod: partijafbakening, de greep- en monstergrootte, het aantal grepen per monster en de locatie van de individuele grepen;
De inschrijvers worden op basis van hun individuele score van hoog naar laag gerangschikt. De offerte met de hoogste score krijgt het maximum van 60 punten. De volgende offertes krijgen een aantal punten gelijk aan de verhouding van hun individuele score tot de maximale score, vermenigvuldigd met 60.
- de totaalprijs (maximum 40 punten)
[...]

Het perceel zal gegund worden aan de inschrijver met het grootste totaal aantal punten. Indien het totaal aantal punten gelijk is, dan zal de individuele score voor de kwaliteit van de technische prestaties de doorslag geven.

Het indienen van afzonderlijke offertes met vrije varianten is verboden".

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 23 december 2010. Verzoekende partijen, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, en nv Laboratorium ECCA hebben een offerte ingediend.

3.5. Op 24 december 2010 maakte verwerende partij de gegevens van de offertes betreffende het eerste gunningscriterium (kwaliteit van de technische prestaties) over aan VITO (Vlaamse Instelling voor Technologisch Onderzoek) met het verzoek "een verslag te bezorgen met de beoordeling van de kwaliteit van de technische prestaties bij het bestek" in de vorm van de toekenning van een individuele score voor elke inschrijver in functie van de technische prestaties op basis van de gegevens opgegeven in die informatie; er wordt verder vermeld dat de individuele score voor 90 % zal zijn gebaseerd op de kwaliteit van de analyses en voor 10 % op de kwaliteit bij de bemonsteringen en de metingen ter plaatse.

3.6. Op 10 januari 2011 deelt VITO een verslag mee met de beoordeling van de kwaliteit van de technische prestaties.

Dit verslag bevat eerst een beschrijving van de algemene werkwijze met een opsomming van de beoordeelde elementen, vervolgens een beschrijving van de wijze van beoordeling van de zes beoordeelde onderdelen (leveringstermijnen op 5 punten, ringtesten georganiseerd in het kader van de erkenningen op 60 punten, resultaten van vrijwillige ringtesten op 10 punten, kwaliteit van de procedures (analyses) op 10 punten, kwaliteit van procedures (staalname, bewaring en recipiënten) op 10 punten en accreditatie op 10 punten) en daarna de totale score per inschrijver. De nv Laboratorium ECCA scoort aldus 63,81 op 105 en verzoekende partijen 63,30 op 105. Op basis van de omrekening naar een maximum van 60 punten wordt voorgesteld de nv Laboratorium ECCA 60 punten te geven en verzoekende partijen 59,52.

Enkel dit deel van het beoordelingsverslag zal, zoals hierna nog zal blijken, aan verzoekende partijen worden meegedeeld.

Daarnaast is bij dit verslag een overzicht van de scores per beoordeeld onderdeel gevoegd en beoordelingstabellen van elk onderdeel. Deze worden niet aan verzoekende partijen bezorgd en worden door verwerende partij als vertrouwelijk aan de Raad van State voorgelegd.

3.7. De afdeling Milieu-inspectie stelt op 17 januari 2011 een gunningsverslag op. Beide offertes worden geselecteerd en regelmatig bevonden en getoetst aan de gunningscriteria. Verwijzend naar het VITO verslag herneemt het gunningsverslag voor het gunningscriterium "Kwaliteit van de technische prestaties" de door VITO voorgestelde score van 60 voor de nv Laboratorium ECCA en 59,5 voor verzoekende partijen. Voor het gunningscriterium "Totaalprijs" scoren verzoekende partijen voor elk perceel 38,6 op 40 en de nv Laboratorium ECCA 40 op 40. Aldus scoort deze laatste voor elk perceel 100 op 100. Verzoekende partijen behalen telkens 98,1 punten. Er wordt dan ook voorgesteld elk perceel toe te wijzen aan de nv Laboratorium ECCA als inschrijver met de meest voordelige offerte.

3.8. In een niet gedateerd besluit - volgens de nota van 23 januari 2011 - van de algemeen directeur van de afdeling Milieu-inspectie van het departement Leefmilieu, Natuur en Energie, onderschrijft verwerende partij de motivering en het besluit van dit gunningsverslag. Alle percelen van de opdracht worden toegewezen aan de nv Laboratorium ECCA.

Dit is de bestreden beslissing.

3.9. Met een aangetekende brief en e-mail van 26 januari 2011 deelt verwerende partij aan verzoekende partijen mee dat hun offerte niet werd gekozen.

Met aangetekende brieven van 26 januari 2011 wordt aan de nv Laboratorium ECCA meegedeeld dat de vijf percelen aan haar werden gegund.

3.10. Verzoekende partijen vragen nog op 26 januari 2011 de gemotiveerde gunningsbeslissing op en daarna ook bijlage 1, zijnde het rapport van VITO. De gemotiveerde gunningsbeslissing - en het gunningsverslag worden hen dezelfde dag elektronisch bezorgd, alsook het verslag van VITO maar zonder de gedetailleerde puntenverdeling en de beoordelingstabellen. Verzoekende partijen vragen daarom nog op 26 januari 2011 om de gedetailleerde beoordeling van VITO mee te delen. Dit gebeurt niet, volgens de nota omdat dit document vertrouwelijke bedrijfsinformatie bevat.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

De exceptie

4. Verwerende partij merkt op dat de verzoekende partijen geen belang hebben bij de vordering tot schorsing. Zij betoogt daartoe dat door de betekening van de gunningsbeslissing op 26 januari 2011 aan de nv Laboratorium ECCA de overeenkomst definitief tot stand is gekomen zodat een gebeurlijke schorsingsbeslissing van de Raad van State verzoekende partijen geen voordeel kan opleveren.

Verwerende partij verwijst in de uiteenzetting van haar exceptie naar vaste rechtspraak van de Raad van State in navolging van het arrest Feyfer-Formanova, nr. 87.983 van 15 juni 2000, betreffende de schorsingsvoorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel, en naar de wijzigingen aangebracht door de wet van 23 december 2009 aan de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, waardoor de wet thans enerzijds in artikel 65/15 bepaalt dat geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel meer moet worden bewezen, ook niet bij opdrachten met een waarde lager dan de Europese drempelbedragen, maar de wet anderzijds ook uitdrukkelijk bepaalt dat de uitvoering van de opdracht niet meer kan worden geschorst indien deze aan de begunstigde inschrijver is betekend, in zoverre er zoals te dezen geen wachttermijn

moest worden gerespecteerd. Zij verwijst daarvoor naar de artikelen 65/12 en 65/21.

Beoordeling

5. De beoordeling van deze exceptie, die, gelet op de verwijzingen van verwerende partij naar de rechtspraak en naar de wet, in wezen handelt over het vraagstuk van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel, valt samen met het onderzoek naar het vervuld zijn van de grondvoorwaarden van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

V. De schorsingsvoorwaarden

6. 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.

7. In samenhang met de reeds uiteengezette exceptie betoogt verwerende partij dat, indien de Raad van State van oordeel zou zijn dat verzoekende partijen over het rechtens vereiste belang beschikken, er hoe dan ook zal moeten worden vastgesteld dat het vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel ontbreekt.

Zij werpt in dit verband op dat artikel 65/15, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 enkel bepaalt dat de verzoekende partij die een vordering tot schorsing instelt bij de Raad van State, niet het bewijs dient te leveren van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel, zodat dit haar enkel ontslaat van de verplichting dit nadeel uiteen te zetten in het verzoekschrift, maar geen afbreuk

doet aan het gegeven dat het moeilijk te herstellen ernstig nadeel op grond van de gecoördineerde wetten op de Raad van State een grondvoorwaarde tot schorsing is.

8. De aankondiging van de betrokken opdracht werd bekendgemaakt na 24 februari 2010.

Dienvolgens is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, te dezen van toepassing. De voornoemde wet van 23 december 2009 is immers in werking getreden op 25 februari 2010 krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit van 10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Overeenkomstig artikel 7 van de voornoemde wet van 23 december 2009 bepaalt de Koning de datum van haar inwerkingtreding en zijn enkel overheidsopdrachten die zijn bekendgemaakt vanaf die datum, zoals de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

Overeenkomstig het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoerde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist. Artikel 65/15, tweede lid, verplicht verzoekende partijen bovendien tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Dit geldt ongeacht of de opdracht de Europese drempel bereikt of niet. Artikel 65/31 van de wet van 24 december 1993 maakt artikel 65/15 immers ook toepasselijk op opdrachten die de Europese drempel niet bereiken.

9. Het argument van verwerende partij dat artikel 65/15 van de wet van 24 december 1993 verzoekende partij enkel vrijstelt van het bewijs van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel, maar niet belet dat dit een grondvoorwaarde blijft en dat de Raad van State de vordering kan verwerpen wanneer hij vaststelt dat niet aan die voorwaarde is voldaan, gaat dan ook in tegen de tekst van artikel 65/15 en de bedoeling van de wetgever, zoals ook bevestigd in de memorie van toelichting bij artikel 80 van het ontwerp dat de wet van 23 december 2009 werd en dat uiteindelijk artikel 65/15 werd, dat, "in afwijking van artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State", de schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden bevolen volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, "zelfs indien de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel zou berokkenen" (*Parl. St.*, Kamer, 2009-2010, nr. 52-2276/001, 29).

De omstandigheid dat luidens artikel 65/21 de opdracht, zodra die is gesloten, behalve in de artikelen 65/13 en 65/17 tot 65/20 bepaalde gevallen, niet meer geschorst of onverbindend kan worden verklaard door de verhaalinstantie wegens schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten, leidt niet tot een andere opvatting alleen al omdat dit artikel, waarnaar verwerende partij verwijst, van toepassing is op opdrachten die de Europese drempel bereiken terwijl dit - overigens ook volgens verwerende partij zelf - te dezen niet het geval lijkt.

Evenmin leidt de omstandigheid dat luidens artikel 65/30, derde lid, van de wet van 24 december 1993 zodra de opdracht, die de Europese drempel niet bereikt, gesloten is, deze niet meer geschorst of onverbindend kan worden verklaard door de verhaalinstantie wegens schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten, tot een andere opvatting nu met verhaalinstantie in dit artikel lijkt te zijn bedoeld de gewone rechter (*Parl. St.*, Kamer, 2009-2010, nr. 52-2276/003, 8).

Er dient dan ook niet verder te worden ingegaan op de kritiek dat er geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel zou zijn of dat het niet is aangetoond.

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

VI. Onderzoek van het eerste en enig middel

Standpunten van de partijen

11. In het eerste en enig middel roepen verzoekende partijen de schending in van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

Zij achten deze bepalingen geschonden:

"Doordat verweerster haar gunningsbeslissing steunt op een gunningsverslag waaruit onmogelijk kan afgeleid worden hoe en waarom tot een bepaalde puntenverdeling wordt gekomen,

Terwijl de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, evenals de voorschriften van de wet van 29 juli 1991 vereisen dat de administratieve beslissingen gestoeld zijn op juiste en afdoende motieven. In hoofde van een aanbestedende overheid, zoals *in casu* verwerende partij, de verplichting bestaat tot afdoende motivering van beslissingen inzake overheidsopdrachten, teneinde waarborgen te kunnen bieden voor een correcte toepassing van de verplichting voor de aanbestedende overheid om in het kader van de algemene offerteaanvraag de economisch voordeligste regelmatige offerte te selecteren; en terwijl de motivering van een bestuurshandeling met individuele strekking in de akte de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan die beslissing ten grondslag liggen en afdoende moet zijn".

In de toelichting citeren verzoekende partijen de formulering van het eerste gunningscriterium "kwaliteit van de technische prestaties", en benadrukken zij dat het gunningsverslag zich beperkt tot een verwijzing naar de beoordeling door VITO en dus geen eigen beoordeling bevat en dat de beoordeling door VITO beperkt blijft tot de loutere toekenning van punten zonder dat op enige

manier wordt gemotiveerd waarom aan de kandidaten die bepaalde punten worden toegekend. Zij stellen zich niet van de mening te kunnen ontdoen dat er punten werden toegekend zonder enige vorm van motivering om hun offerte om welke reden dan ook "toch maar niet te moeten weerhouden". Zij besluiten dat in de bestreden beslissing en het onderliggende gunningsverslag "geen enkele verantwoording terug te vinden [is] waarom aan de offerte van concludante welbepaalde punten worden toegekend in vergelijking tot weerhouden kandidaat" en dat de bestreden beslissing dan ook niet afdoende is gemotiveerd.

12. Verwerende partij werpt in de eerste plaats op dat het enig middel niet ontvankelijk is. Het puntenverschil op het eerste gunningscriterium "kwaliteit van de technische prestaties" bedraagt 0,5 in het voordeel van de gekozen inschrijver nv Laboratorium ECCA en zelfs wanneer verzoekende partijen het volledige verschil in punten op dit criterium overbruggen, kunnen zij onmogelijk een hogere totaalscore halen dan de gekozen inschrijver die ook 1,4 punten hoger scoort op het tweede gunningscriterium "totaalprijs".

Inhoudelijk antwoordt zij dat de puntenverdeling zeer zorgvuldig is gebeurd en aan de inschrijvers is bekendgemaakt (voor zover dit mogelijk was). Wat betreft het eerste gunningscriterium benadrukt zij dat het gunningsverslag de definitieve puntenberekening (omrekening) bevat, dat dit verslag het verslag van VITO, waarnaar het verwijst, uitdrukkelijk bijtreedt, dat het verslag van VITO een gedetailleerd overzicht geeft van de aspecten waarmee rekening werd gehouden bij het beoordelen van het gunningscriterium en dat bij dit verslag van VITO een erg gedetailleerde puntenberekening hoort, die evenwel gebaseerd is op vertrouwelijke gegevens en die bijgevolg niet aan de inschrijvers mag worden bezorgd. Zij verwijst daarbij naar artikel 65/10, § 2, van de wet van 24 december 1993 dat door kruisverwijzing in artikel 65/29 ook van toepassing is op opdrachten onder de Europese bekendmakingsdrempels. Zij merkt op dat de offertes evenals het volledige verslag van VITO aan de Raad van State werden bezorgd als vertrouwelijk stuk en dat "waar het uw Raad is die definitief oordeelt over het vertrouwelijk karakter van de documenten lopende onderhavige procedure, [...]"

deze vaststelling geen afbreuk [doet] aan de beoordeling [door] verwerende partij omtrent het vertrouwelijke karakter tijdens de gunning van de opdracht. Deze beoordeling was hoe dan ook niet kennelijk onredelijk".

Beoordeling

13. Verzoekende partijen lijken op het eerste gezicht wel degelijk het rechtens vereiste belang te hebben bij dit middel; verwerende partij gaat er immers aan voorbij dat, indien op het eerste gezicht zou blijken dat een afdoende formele motivering van de bestreden beslissing ontbreekt, dit verzoekende partijen niet alleen kan beletten aan te tonen dat zij een te lage score hebben, maar desgevallend ook dat de gekozen inschrijver een te hoge score heeft.

14. Verzoekende partijen voeren in essentie aan dat uit de hun medegedeelde puntentotalen niet kan worden afgeleid hoe en waarom verwerende partij tot deze puntenverdeling is kunnen komen en dit ten aanzien van het eerste gunningscriterium.

Dit gunningscriterium betreft 60 van de 100 punten en beoordeelt de "kwaliteit van de technische prestaties". Dit lijkt in beginsel een bij uitstek kwalitatief inhoudelijk gunningscriterium. De aard van dat criterium lijkt dan ook dusdanig dat in beginsel een loutere puntentoekenning niet als afdoende motivering zou kunnen volstaan.

15. Wat betreft dit gunningscriterium bevat het gunningsverslag waarop de bestreden beslissing steunt, enkel een verwijzing naar het verslag van 10 januari 2011 waarin het VITO dit criterium beoordeeld, de door VITO op basis van de individuele totaalscore voor dit criterium opgestelde rangschikking en de toegekende punten waarbij de offerte met de hoogste score in de rangschikking het maximum van 60 punten krijgt en de volgende offertes een aantal punten gelijk aan de verhouding van hun individuele score tot de maximale score vermenigvuldigd met 60.

Het verslag van VITO zelf somt eerst de elementen op die in het kader van dit gunningscriterium worden beoordeeld, geeft vervolgens voor elk van deze zes elementen de beoordelingsmethode en tenslotte voor elke inschrijver een eindscore op al deze elementen samen. Bij dit verslag is een tabel gevoegd met de score van elke inschrijver op elk beoordeeld element en vervolgens de beoordelingstabellen voor deze elementen.

Aldus lijkt, anders dan verzoekende partijen menen, de beoordeling van VITO niet beperkt tot het enkel geven van een totaalscore. Tegelijk dient echter vastgesteld dat aan verzoekende partijen de beoordelingstabellen zelf niet werden meegedeeld, noch de tabel met de eindscores op elk van de beoordeelde elementen, maar enkel het deel van het verslag met de vermelding van wat werd beoordeeld, wat de beoordelingsmethode was en de eind- of totaalscore voor het eerste gunningscriterium.

Hierdoor weten verzoekende partijen voor het eerste gunningscriterium wel wat werd beoordeeld, wat de beoordelingsmethode was en wat de totaalscore was voor de offertes, maar niet welke scores werden behaald op elk van de beoordeelde elementen, noch, zo lijkt op het eerste gezicht, hoe de score voor elk van deze elementen, of dan toch bepaalde, werd verkregen.

Voor bepaalde scores, bijvoorbeeld inzake de beoordeelde elementen "ringtesten aarde-orke", "ringtesten andere" of "accreditatie", zou kunnen worden aangenomen dat verwerende partij geen appreciatiebevoegdheid heeft - het lijken resultaten van een rekenkundige bewerking op basis van in de offertes aangeleverde gegevens - en dat verzoekende partijen in staat zouden kunnen zijn hun eigen score te berekenen, edoch blijft voor hen minstens in het duister of VITO hun wel eenzelfde score als de door hen berekende score heeft toegekend. Voor andere beoordeelde elementen, zoals de twee elementen inzake "procedure", lijkt de score dan weer niet onmiddellijk het uitsluitend resultaat van een rekenkundige bewerking en wordt appreciatieruimte vermoed, maar ontbreekt enige toelichting bij de puntentoekenning.

Verzoekende partijen lijken aldus niet in de mogelijkheid om de gedane beoordeling op haar waarde te schatten. De motivering van de bestreden beslissing lijkt dan ook reeds op het eerste gezicht niet afdoende.

16. Verwerende partij merkt op dat op grond van artikel 65/10, § 1, van de wet van 24 december 1993, dat via artikel 65/29 ook toepasselijk is op opdrachten die de Europese drempel niet bereiken, bepaalde gegevens niet mogen worden meegedeeld indien de openbaarmaking ervan de toepassing van een wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met het openbaar belang, nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van overheidsbedrijven of particuliere bedrijven of de eerlijke mededinging zou kunnen schaden.

In de huidige stand van het geding wordt *prima facie* echter niet aangetoond dat al de gegevens opgenomen in de niet aan verzoekende partijen meegedeelde bijlagen bij het verslag van VITO van die aard zijn dat de openbaarmaking ervan zou strijden met voornoemd artikel 65/10, § 1.

Zelfs indien bepaalde concrete gegevens gebruikt bij de beoordeling door VITO om de in artikel 65/10, § 1, vermelde redenen niet zouden mogen worden bekendgemaakt, lijkt dit nog steeds niet uit te sluiten dat een inhoudelijke beoordeling wordt opgesteld en medegedeeld die enerzijds rekening houdt met het vertrouwelijk karakter van bepaalde gegevens maar anderzijds ook met de verplichting uitdrukkelijk en afdoende te motiveren.

Minstens blijkt te dezen ook niet welk bezwaar er was tegen de mededeling aan verzoekende partijen van de volledige beoordeling van hun eigen offerte en dus ook de voor deze offerte opgestelde beoordelingstabellen.

17. Het enig middel is ernstig.

VII. Belangenafweging

Standpunt van verwerende partij

18. In ondergeschikte orde vraagt verwerende partij de Raad van State "om over te gaan tot belangenafweging" in de zin van artikel 65/15, derde lid, van de wet van 24 december 1993.

Zij voert aan dat een eventuele schorsing "bijzonder ernstige negatieve gevolgen zou hebben voor het openbaar belang, die niet in verhouding staan tot het mogelijke voordeel dat verzoekende partijen zouden hebben". Verwerende partij zou in geval van schorsing immers gedurende meerdere maanden niet in de mogelijkheid zijn om over te gaan tot metingen, bemonsteringen en analyses van afvalstoffen, van bodem en van grondwater, hetgeen nochtans past in haar opdracht. De opdracht heeft slechts een korte duurtijd van 4 maanden en de aankondiging van een opdracht met een langere duurtijd, namelijk 12 maanden met de mogelijkheid om met drie maanden te verlengen, werd reeds bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 17 december 2010 zodat het voordeel van verzoekende partijen niet opweegt tegen het algemeen belang.

Beoordeling

19. Artikel 65/15, derde lid, van de wet van 24 december 1993, is middels artikel 65/31 ook toepasselijk op opdrachten die de Europese drempels niet bereiken.

20. Verwerende partij maakt niet aannemelijk dat de aangenomen onwettigheid niet snel kan worden hersteld nu het schorsingsmotief een niet afdoende formeel gemotiveerde beslissing betreft. De nadelige gevolgen van een schorsing voor het algemeen belang lijken dan ook door verwerende partij zelf in tijd te kunnen worden beperkt.

Het feit dat het gaat om een korte opdracht van 4 maanden lijkt niet zonder meer tot gevolg te hebben dat de eventuele nadelige gevolgen van de schorsing voor het openbaar belang niet in verhouding staan tot het mogelijk voordeel dat verzoekende partijen zouden hebben nu de schorsing aanleiding kan zijn om gebeurlijk verzoekende partijen een beter inzicht over de beoordeling op te leveren bij een eventuele nieuwe beslissing over de voorliggende of nieuwe opdracht.

Verder toont verwerende partij ook niet concreet aan dat er niet voldoende wettelijke mogelijkheden zijn om dringende opdrachten alsnog te laten uitvoeren, of dat de Milieu-inspectie de enige instantie is die al de onderzoeksopdrachten en controles bedoeld in het bestek kan laten uitvoeren.

21. Er is dan ook niet aangetoond dat de vermoedelijk negatieve gevolgen van de schorsing van de bestreden beslissing te dezen groter zouden zijn dan de voordelen.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 23 januari 2011 van de algemeen directeur van de afdeling Milieu-inspectie van het Departement Leefmilieu, Natuur en Energie van het Vlaamse Gewest om de overheidsopdracht voor "Meting, bemonstering en analyse van afvalstoffen, bodem en grondwater" (bestek LNE/MI/2010/AFVAL/bis) te gunnen aan nv Laboratorium ECCA.

2. Dit arrest dient bij uittreksel te worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het bij uiterst dringende noodzakelijkheid geschorste besluit.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vijftientig februari tweeduizend en elf, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Bart Tettelin,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bart Tettelin

Pierre Barra