

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.351 van 8 maart 2012
in de zaak A. 184.738/XII-5173**

In zake: de NV NELSON OFFICE MANAGEMENT, initieel de
NV ALLCOMM,
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de PROVINCIE LIMBURG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 9 augustus 2007, strekt tot de nietigverklaring van “het Besluit van de Bestendige Deputatie van de provincie Limburg dd. 10 mei 2007 waarbij de opdracht voor het uitwerken van een strategisch regiomarketingconcept, vertaald in een beeld en slogan en een communicatiestrategie voor de provincie, met ingang van 27 juni 2002 en zodoende retroactief wordt gegund aan de groep C & Slangen voor een bedrag van 201.612 euro inclusief btw”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 208.492 van 28 oktober 2010 zijn de debatten heropend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een aanvullend verslag opgesteld.

Verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 januari 2012.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Sofie Van Noten, die loco advocaat Peter Flamey verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Leopold Schellekens, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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. Voor een uiteenzetting van de feiten die aan de voorliggende zaak ten grondslag liggen wordt verwezen naar het arrest nr. 208.492 van 28 oktober 2010.

Op te merken valt dat de nv Allcom, oorspronkelijk verzoekende partij werd opgevolgd door de nv Spitz, die door verzoekende partij werd overgenomen.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

4. In het tweede middel voert verzoekende partij de schending aan van “art. 110 § 3 K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, de formele motiveringsverplichting zoals opgelegd door art. 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motiveringsplicht voor bestuurs-handelingen, en de beginselen van behoorlijk bestuur i.h.b. het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel en het zuinigheidsbeginsel en [...] schending van het verbod op willekeur”.

Verzoekende partij wijst er op dat de vier inschrijvers de volgende prijzen hebben opgegeven, btw inbegrepen:

- TWBA: 79.739,00 euro,
- Allcomm: 144.071,12 euro,
- Impuls: 186.879,66 euro,
- Groep C & Slangen: 201.612,00 euro.

Vervolgens betoogt zij dat verwerende partij een onderzoek had moeten voeren naar de prijs opgegeven door Groep C & Slangen aangezien deze aanmerkelijk hoger is dan deze van de overige inschrijvers: deze prijs ligt als enige boven de 200.000 euro en is ongeveer 25% duurder dan de “gemiddelde prijs” van de offertes, namelijk 153.075 euro. Het getuigt van willekeur dat deze prijs niet als blijkbaar abnormaal werd beschouwd, minstens geen

prijsverantwoording werd gevraagd. De discretionaire beoordelingsbevoegdheid van de aanbestedende overheid om bepaalde prijzen niet als abnormaal te beschouwen wordt beperkt door het redelijkheidsbeginsel en het verbod op willekeur. De bestreden beslissing bevat ter zake enkel een formulering die op elke overheidsopdracht van diensten betrekking kan hebben en zodoende geen motivering *in concreto* inhoudt:

“Dat ons college [...] wenst op te merken dat er geen redenen waren om in de eerdere fase van de gunningsprocedure de Groep C & Slangen te verzoeken om een prijsverantwoording in te dienen, in tegenstelling tot wat de N.V. Spitz beweerde in het kader van de procedure voor de Raad van State.

Dat immers overeenkomstig art. 110 §3 van het K.B. van 8 januari 1996 enkel om een prijsverantwoording moest zijn gevraagd indien ons college de offerte van de Groep C & Slangen had willen afwijzen wegens haar ‘blijkbaar abnormale’ hoge prijs; dat ons college geen redenen zag en nu ook niet ziet om zich niet aan te sluiten bij de bevindingen ter zake die blijken uit het gunningsverslag en de toelichtende evaluatienota; dat het immers niet als kennelijk onredelijk voorkomt om geen prijsverantwoording te vragen, rekening houdende met het voorwerp van de opdracht, de bepalingen van het bestek en de gekozen gunningswijze; dat de prijzen van de ingediende offertes immers niet beoordeeld moe(s)ten worden op basis van vaste en duidelijk omschreven voorwaarden, maar de inschrijvers juist zelf in hun offertes een invulling moesten geven aan het voorwerp van de opdracht, waarbij de kwaliteit van die invulling achteraf via de gunningscriteria ‘methodologie’ en ‘visie’ beoordeeld zou worden; dat het dan ook redelijkerwijze onmogelijk was om een vast en onbetwistbaar referentiekader te bepalen voor de beoordeling van de eventuele abnormaliteit van de voorgestelde prijzen; dat in het licht hiervan in alle redelijkheid kon worden geoordeeld dat er geen sprake kon zijn van een kennelijk abnormaal hoge prijs van de groep C & Slangen die een verzoek tot prijsverantwoording noodzaakte”.

Verzoekende partij brengt tegen deze motivering in dat het voorwerp van de opdracht wel degelijk werd omlijnd in het bestek (de inschrijvers moesten voorzien in een regiomarketingconcept vertaald naar een beeld en een slogan en in een communicatiestrategie voor de provincie) en het niet zonder meer aannemelijk is dat deze dienstverlening geen vergelijkbare prijzen zou moeten opleveren. De gegeven motivering houdt geen inhoudelijke beoordeling van de abnormaliteit van de prijzen in, doch verwijst enkel naar het gegeven dat

de prijzen eigenlijk niet te vergelijken waren. In dit geval houdt de puntenbeoordeling aan de hand van de door verwerende partij opgegeven formule geen correcte afweging van de offertes in, nu de vergelijkbaarheid van de offertes in dat geval volledig zoek zou zijn. In die zin is de motivering geenszins draagkrachtig en kennelijk onredelijk. De motivering vermeldt daarnaast geenszins waarom de diensten die de Group C & Slangen aanbieden *in concreto* een kennelijk hogere prijs verantwoorden.

5. In haar memorie van wederantwoord verduidelijkt verzoekende partij dat het middel ertoe strekt dat het niet vragen van een prijsverantwoording aan de Groep C & Slangen omdat de kandidaten een eigen invulling konden geven aan het voorwerp van de opdracht, ingaat tegen een afdoende, concrete en draagkrachtige motivering zoals vereist door de voormelde wet van 29 juli 1991.

In tegenstelling tot wat verwerende partij aanvoert betreft het hier voorts geenszins een opdracht waarbij de aanbestedende overheid de prijszetting en de technische vereisten niet bij voorbaat kan determineren, maar wel een algemene offerteaanvraag waarvoor wordt gevraagd op grond van de vereisten van het bestek een offerte in te dienen. Wanneer een offerte zowel formeel als inhoudelijk regelmatig wordt verklaard en de prijs als gunningscriterium wordt gehanteerd, dienen alle aanmerkelijke verschillen ten aanzien van de waardering of het gemiddelde te worden onderzocht. Aan bepaalde prijsverschillen mag niet worden voorbijgegaan en de beoordeling van een bepaalde prijs als niet blijkbaar onregelmatig dient te steunen op pertinente en concrete motieven.

Wanneer deze motivering echter zoals te dezen uiterst twijfelachtig lijkt omdat zij zou impliceren dat betreffende één gunningscriterium de offertes onvergelijkbaar waren, zodat men zich beroept op de onregelmatigheid van het eigen bestek, diende een zorgvuldig handelende overheid de procedure van artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 te volgen en diende zij verantwoording te vragen omtrent de eenheidsprijzen, hetgeen is verzuimd.

6. In haar laatste memorie omschrijft verzoekende partij haar wettigheidskritiek nogmaals als volgt: “een motivering die verkiest te verwijzen naar de specifieke invulling van de dienstverlening en de mogelijkheid tot uiteenlopende prijszettingen, [...] beantwoordt [niet] aan een draagkrachtige motivering, wanneer bij onvergelijkbaarheid van de prijs, een dergelijk gunningscriterium niet zou mogen zijn gekozen. De omstandigheid dat dit toch werd gedaan noopt tot de vaststelling dat de prijzen bij voorbaat door de aanbestedende overheid zelf als vergelijkbaar werden beschouwd, en in die systematiek [kan] niet plots [...] worden voorbijgegaan aan deze vergelijkbaarheid op het ogenblik [dat] de normaliteit der prijzen in het kader van het regelmatigheidsonderzoek dient te worden nagegaan”. De motivering om geen prijsonderzoek te voeren die erin bestaat te verwijzen naar de onvergelijkbaarheid van de prijzen is derhalve niet draagkrachtig noch afdoende, aangezien zij zou impliceren dat de offertes niet als regelmatig konden worden beschouwd, minstens dat geen gebruik kon worden gemaakt van een gunningscriterium dat de prijs tot voorwerp had.

Beoordeling

7.1.1. In de eerste plaats verplichtte artikel 110, § 3, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 zelf te dezen niet tot een prijsonderzoek, aangezien de gekozen offerte niet werd afgewezen. Verwerende partij motiveerde toch haar beslissing om geen prijsverantwoording te vragen, en wel als volgt:

“dat het [...] niet als kennelijk onredelijk voorkomt om geen prijsverantwoording te vragen, rekening houdende met het voorwerp van de opdracht, de bepalingen van het bestek en de gekozen gunningswijze; dat de prijzen van de ingediende offertes immers niet beoordeeld moesten worden op basis van vaste en duidelijk omschreven voorwaarden, maar de inschrijvers juist zelf in hun offertes een invulling moesten geven aan het voorwerp van de opdracht, waarbij de kwaliteit van die invulling achteraf via de gunningscriteria ‘methodologie’ en ‘visie’ beoordeeld zou worden; dat het dan ook redelijkerwijze onmogelijk was om een vast en onbetwistbaar referentiekader te bepalen voor de beoordeling van de eventuele abnormaliteit van de voorgestelde prijzen; dat in het licht hiervan in alle redelijkheid kon worden geoordeeld dat er geen sprake kon

zijn van een kennelijk abnormaal hoge prijs van de groep C & Slangen die een verzoek tot prijsverantwoording noodzaakte”.

7.1.2. In de bestreden beslissing licht verwerende partij de toetsing aan het gunningscriterium prijs toe als volgt:

“Overwegende [...] dat ons college van mening is dat voor de beoordeling van het prijscriterium, in afwijking van het eerder opgestelde gunningsverslag, toepassing moet worden gemaakt van de volgende objectief aanvaardbare beoordelingsmethode, die erin bestaat de verhouding van de laagste offerte ten opzichte van de beoordeelde offerte in het totaal te begeven punten weer te geven;

dat m.a.w. voor dit criterium de volgende objectief aanvaardbare formule kan worden toegepast:

$$\frac{\text{prijs laagste offerte}}{\text{prijs te beoordelen offerte}} \times 25 \text{ punten};$$

[...]”.

7.1.3. Volgens verzoekende partij situeert zich hier de tegenstrijdigheid van de motieven: verwerende partij kan niet enerzijds in het kader van het prijsonderzoek in essentie stellen dat de offerteprijzen niet vergelijkbaar zijn, om anderzijds vervolgens de offertes toch te vergelijken, aan de hand van een louter wiskundig toegepast prijscriterium.

7.2. Het feit dat de aard van de opdracht in deze zaak tot gevolg heeft dat niet kan worden nagegaan of een bepaalde prijs al dan niet als abnormaal -te dezen: als buitensporig hoog- dient te worden beschouwd in vergelijking met de andere offertes omdat het prijsniveau in bepalende mate samenhangt met de concrete invulling die de inschrijvers aan de opdracht hebben geven -verwerende partij omschrijft dit als de onmogelijkheid voor haar om een “onbetwistbaar referentiekader te bepalen voor de beoordeling van de eventuele abnormaliteit van de voorgestelde prijzen”-, houdt in beginsel niet meteen in dat de offertes niet alsnog met elkaar in competitie mogen worden gesteld op grond van de opgegeven prijzen. Dat de offertes niet vergelijkbaar zijn wat de

(ab)normaliteit van de offerteprijzen betreft, betekent op zich niet dat deze offerteprijzen zonder meer op elk vlak onvergelijkbaar zouden zijn.

Verzoekende partij verliest in haar betoog ten slotte uit het oog dat de offertes te dezen niet uitsluitend aan een prijscriterium werden getoetst maar wel aan vier gunningscriteria, waarvan er slechts één betrekking heeft op de prijs. In de uiteindelijke beoordeling van de offertes werden zowel de prijs als de inhoudelijke uitwerking van het voorstel van de inschrijvers betrokken, waarbij de prijs één criterium, doch niet het determinerende criterium, vormt.

7.3. De motieven van de bestreden beslissing zijn niet in tegenspraak met elkaar. Ze doorstaan voorts de toets van de formele-motiveringsverplichting, nu verzoekende partij ze blijkt te kennen want deze aanvecht.

7.4. Aldus is niet aangetoond dat de bestreden beslissing genomen is met schending van artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, van de in het middel aangevoerde beginselen of van de wet van 29 juli 1991.

Het middel is niet gegrond.

B. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

8. In het derde middel roept verzoekende partij de schending in van:

“artikel 115 van het K.B. van 8 januari 1996, op zichzelf genomen en verdragsconform gelezen, [...] van de materiële en formele motiveringsplicht zoals opgelegd door de Wet van 29 juli 1991 op de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en de algemene beginselen ter zake, [...] van het gelijkheids- en transparantiebeginsel, het verbod van willekeur en uit machtsoverschrijding met toepassing van art. 159 G.W. wat betreft de beslissing tot vaststelling van het bestek,

Doordat, bij de beoordeling van de offertes in het gunningsverslag deel uitmakend van de bestreden beslissing wordt gebruik gemaakt van een in het bestek opgegeven weging waarbij echter niet wordt aangegeven welke beoordelingsmethodiek wordt gehanteerd teneinde positieve en negatieve verschillen tussen de offertes om te zetten in een puntendifferentiatie;

Dat in die zin de inschrijver wel op de hoogte is van de weging en zodoende het betrekkelijk belang van ieder gunningscriterium, doch nog steeds niet op de hoogte is van de wijze waarop die punten aan iedere offerte zullen worden toegekend;

Terwijl artikel 115 van het K.B. van 8 januari 1996 verdragsconform dient te worden gelezen en zodoende moet worden samengelezen met de Europese beginselen inzake transparantie en gelijkheid der inschrijvers”.

Verzoekende partij wijst er op dat het bestek heeft voorzien in een weging van de gunningscriteria, doch dat zulks op zich niet volstaat om een afdoende doorzichtigheid en gelijkheid van de inschrijvers te garanderen. Wanneer een gewicht wordt toegekend aan de gunningscriteria moet de aanbestedende overheid dienaangaande specificeren welke beoordelingsmethode zij zal toepassen, hoe een bepaald gunstig element in de offerte zal worden vertaald in de puntentoekenning. Verzoekende partij verwijst in dit verband naar het Europeesrechtelijk transparantiebeginsel, dat de discretionaire beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid na de opening van de offertes, wanneer de identiteit van de inschrijvers en de inhoud van hun offertes gekend zijn, aanzienlijk beperkt. Elke “innovatieve bevoegdheid” van de aanbestedende overheid ná de opening van de offertes moet zoveel als mogelijk worden beperkt, zij moet elke creativiteit na de opening van de offertes schuwen.

Meer concreet houdt verzoekende partij voor dat wanneer in het bestek een bepaald aantal punten wordt verbonden aan een gunningscriterium, tevens een ordinale schaal met klassen (bv. uitstekend, goed, matig, slecht) en de bijhorende punten moeten zijn opgenomen, zodat de inschrijver kan anticiperen op hoe de aanbestedende overheid de offerte zal beoordelen. Op die manier weet de inschrijver hoe een gunningscriterium na een uitstekende, matige of slechte beoordeling wordt gequoteerd in functie van de maximaal te verkrijgen punten.

De aanbestedende overheid dient haar beoordelingskader precies vast te leggen in het bestek, minstens volledig kenbaar te maken vóór de opening van de offertes. Te dezen werd “met de natte vinger” per gunningscriterium een beschrijving gegeven van iedere offerte en nadien willekeurig een puntenbeoordeling toegekend. Er valt niet uit te maken hoe een bepaald kenmerk van een offerte te dezen aanleiding geeft tot een positieve of negatieve quoterings. Deze manier van werken garandeert niet de controle op de objectiviteit van de procedure zoals vereist door het Europees transparantie- en gelijkheidsbeginsel. De bestreden beslissing steunt aldus niet op rechtens en feitelijk draagkrachtige motieven.

Verzoekende partij voegt ten slotte nog aan haar betoog toe dat te dezen de onwettigheid van het besluit tot vaststelling van het bestek bij gebrek aan opname van de beoordelingsmethodiek de wettigheid van de bestreden beslissing aantast. Het besluit tot vaststelling van het bestek moet met toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing worden gelaten.

9. In haar memorie van wederantwoord wijst verzoekende partij er op dat in het middel niet enkel de schending van de Europeesrechtelijk geïnspireerde verplichting tot voorafgaande bekendmaking van de beoordelingsmethode wordt aangevoerd, doch dat in het middel tevens het rechtsfeit wordt gehekelde dat uit de motivering op geen enkele wijze blijkt hoe de aanbestedende dienst zijn discretionaire beoordelingsvrijheid tot het hanteren van een beoordelingsmethode heeft aangewend en zodoende de wettigheidscontrole onmogelijk wordt gemaakt. Verzoekende partij verwijst daarbij naar de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

Uit de bestreden beslissing kan niet worden afgeleid hoe de aanbestedende overheid is tewerkgegaan bij het beoordelen aan de hand van de gunningscriteria van bepaalde negatieve en positieve punten van de offertes. Op die manier kan niet worden nagegaan of wel eenzelfde gestrengheid werd gehanteerd ten aanzien van alle inschrijvers. De bespreking in het evaluatieverslag van

de diverse offertes aan de hand van de gunningscriteria is een louter descriptieve weergave van de inhoud van de offertes zonder dat op enige wijze valt af te leiden welke aan de verwachtingen van de aanbestedende overheid tegemoetkomende punten worden vertaald in punten. Uit niets kan worden afgeleid welke elementen van de offertes nu exact als negatief of als positief werden ingeschat en hoeveel punten aan een bepaald gunstig of negatief ervaren punt worden toegekend.

Verzoekende partij betoogt voorts dat te dezen aan de hand van de motivering van de bestreden beslissing niet kan worden uitgemaakt of de aanbestedende dienst de diverse inschrijvers bij de beoordeling van de gunningscriteria gelijk heeft behandeld, zodoende dat de schending van de formele-motiveringsplicht voorligt. De motivering zou moeten toelaten na te gaan aan de hand van welke beoordelingsmethode de punten werden toegekend aan de offertes en welke sterke en zwakke punten aanleiding hebben gegeven tot welke quoterings. Alleen op deze wijze kan een rechtscontrole van het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers worden bewerkstelligd.

10. In haar laatste memorie verwijst verzoekende partij naar de rechtspraak van het Hof van Justitie waarin na het arrest van 24 januari 2008, C-532/06, inzake Emm. G. Lianakis AE, “weldegelijk wordt aangenomen dat de beoordelingscoëfficiënten die de aanbestedende dienst zal hanteren ten einde de offerte te beoordelen bij voorbaat in het bestek dienen te zijn opgenomen”. Volgens verzoekende partij moet onder het begrip “afwegingsregels” in dat arrest ook de beoordelingsmethode worden begrepen. Wanneer enkel het relatieve gewicht van de gunningscriteria bij voorbaat dient te worden aangekondigd, wordt de verplichting tot weging zinledig. De aanbestedende overheid kan dan immers nog steeds na de opening van de offertes aan de hand van de beoordelingsmethode de weging sturen en zo de inschrijver van haar voorkeur kiezen. Om het relatieve belang van een gunningscriterium effectief te kennen volstaat een louter procentueel aandeel niet, wanneer de methode achteraf de omzetting van dat gewicht in een score verbindt aan bestuurlijke willekeur.

Verzoekende partij stelt dan voor om de volgende “vragen tot uitlegging” aan het Hof van Justitie voor te leggen:

“Dienen de uit het EG Verdrag afgeleide beginselen inzake Vrij verkeer van diensten en vrijheid van vestiging, waaruit de verplichting tot transparantie en gelijkheid volgt voor het vaststellen van economische prestaties die een impact kunnen hebben op het interstatelijk handelsverkeer zo te worden geïnterpreteerd dat zij voor dergelijke prestaties vereisen dat wanneer een offerteaanvraag wordt georganiseerd de te hanteren gunningscriteria en hun relatief gewicht bij voorbaat dienen te worden bekendgemaakt opdat de inschrijvers bij voorbaat kennis zouden hebben van alle beoordelingscoëfficiënten die het bestuur hanteert ter beoordeling van hun bieding;

Volgt uit deze zelfde beginselen van het primaire verdragsrecht dat wanneer alle afwegingsregels ter beoordeling van de biedingen bij voorbaat dienen te zijn bekendgemaakt in het bestek of de aankondiging, hieronder tevens de methodologie wordt begrepen die het bestuur dient toe te staan een maximaal te begeven punten per gunningscriterium toe te passen op de concrete premissen van de bieding”.

Vervolgens wijst verzoekende partij er nog op dat, zelfs indien de Raad van State zou oordelen dat door het gebrek aan opgave in het bestek van de beoordelingsmethode geen afbreuk zou worden gedaan aan het transparantie- en gelijkheidsbeginsel, ook de schending van de formele-motiveringsplicht in het middel werd ingeroepen.

Beoordeling

11.1. Luidens artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, dient “bij algemene of beperkte offerteaanvraag [...] 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”.

11.2. Artikel 115, eerste en tweede lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, luidt in zijn op deze zaak toepasselijke versie:

“De aanbestedende overheid kiest de regelmatige offerte die haar het voordeligst lijkt op grond van criteria die verschillend kunnen zijn naargelang de opdracht. Wanneer, bij toepassing van artikel 101, inschrijvers een verbetering van de offerte hebben aangeboden bij samenvoeging van verscheidene percelen, wordt de keuze van de aannemer bepaald door de gegroepeerde percelen die de meest interessante offerte in de zin van artikel 16 van de wet vormen.

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.”

12. Het op deze opdracht toepasselijke bestek omschrijft de gunningscriteria als volgt:

“Criteria voor gunning van de opdracht (artikel 115 KB van 08-01-1996)

Op voorstel van de jury kiest het bestuur bij toepassing van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten de regelmatige offerte die haar het voordeligst lijkt met inachtneming van de volgende gunningscriteria:

- prijs 25 pt.
- methodologie 25 pt.
- expertise van het betrokken personeel 25 pt.
- eigen visie op de opdracht 25 pt.”.

13. De thans bestreden beslissing van 10 mei 2007 om de opdracht met terugwerkende kracht te gunnen aan de Groep C & Slangen wordt onder meer als volgt gemotiveerd:

“Gelet op de toelichtende evaluatienota van 21 juni 2002, waarin de volgende elementen aan bod kwamen:

‘[...]

2. Bespreking van de gunningscriteria

2.1. Prijs.

[...]

2.2. Methodologie.

2.2.1. TBWA (beoordeling: 3)

Op geen enkele manier wordt invulling gegeven aan de methode tot het komen van een regiomarketingconcept. Alle aandacht gaat naar de ontwikkeling en implementatie van de creatie.

2.2.2. Impuls (beoordeling: 8)

In een concreet stappenplan (analyse, synthese, beslissingen, actie en controle) wordt aangegeven hoe het bestuur tot een geïntegreerde communicatie komt. In de verdere invulling gaat men dieper in op het begrip en de benadering van het concept van geïntegreerde communicatie.

2.2.3. Groep C & Slangen (beoordeling: 10)

Het accent wordt gelegd op een consultancy, waarbij na een uitgebreide verkenning (gericht op het verfijnen en vastleggen van de opdracht) vier fasen worden gedefinieerd: inventarisering, analyse, aftoetsing en implementatie. Bij elke fase wordt duidelijk aangegeven wat het eindresultaat is.

2.2.4. Allcomm (beoordeling: 9)

Allcomm vertrekt duidelijk van haar visie op regiomarketing, die zich laat kenmerken door de complexiteit, de ruimtelijke factor, het ruimer zijn dan regiopromotie, het draagvlak en de verruiming buiten economische doelstellingen. Hun aanpak laat zich onderverdelen in 6 stappen: situatie-analyse, analyse van het feitelijk imago, concurrentie-analyse en benchmarking, uitwerking van een totaalvisie, bepaling van het imago en de communicatiestrategie. Zij geven indicatief aan wat de resultaten van elke stap kunnen zijn.

2.3. Expertise van het betrokken personeel.

2.3.1. TBWA (beoordeling: 3)

Het toegewezen personeel voor concept en uitvoering van het project omvat een art director en een copy-writer.

2.3.2. Impuls (beoordeling: 6)

Voor het onderzoek zal men beroep doen op G. Houben, die vnl. een expertise heeft ontwikkeld rond economische analyses. Danny Laenen en Corry Govaerts zijn de personen die zullen instaan voor de communicatie- en promotiestrategie en de profilering van de culturele sector.

2.3.3. Groep C & Slangen (beoordeling: 10)

Binnen Groep C zullen volgende personen mee de opdracht dragen:

- Noël Slangen: strategische begeleiding
- Peter Claes: senior consultancy
- Hilde Brems en Elke Janssen: executive consultancy
- Liesbeth Delvaux en Raf Coenen: consultant
- Karen Corrigan en Dominique Van Doormael: creatieve ontwikkeling.

De verschillende personen hebben allemaal concrete ervaring met overheidscommunicatie.

2.3.4. Allcomm (beoordeling: 8)

Binnen Allcomm zullen volgende personen mee de opdracht dragen:

- Patrick T'Seyen: visie en strategieontwikkeling alsmede coördinatie
- Wim Beernaerts en Bram Verlinden: marketing en strategiebepaling
- Caroline Braeken: creatie en communicatiestrategie
- Luc Balcer: art director
- Ludwig Desmet: copywriter.

De verschillende personen hebben allemaal concrete ervaring met overheidscommunicatie met die kanttekening dat de meerderheid zich situeert in het uitvoerend kader.

2.4. Eigen visie op de opdracht.

2.4.1. TBWA (beoordeling: 3)

Men heeft geen eigen visie op de opdracht.

2.4.2. Impuls (beoordeling: 7)

Impuls kiest duidelijk voor de ontwikkeling van een geïntegreerde communicatiestructuur vanuit het provinciebestuur.

2.4.3. Groep C & Slangen (beoordeling: 10)

Groep C vertrekt duidelijk vanuit een objectieve invalshoek waarbij zij per fase aangeeft wat haar taak is en wat de output is. Tevens kiest zij duidelijk voor een eindresultaat in de vorm van een draaiboek en handleiding die moeten toelaten de implementatie te sturen en voor de toekomst te bewaken.

2.4.4. Allcomm (beoordeling: 8)

I.t.t. Groep C & Slangen vertaalt Allcomm elke fase niet in duidelijke output-factoren, waarbij zij zich beperkt tot een eerder theoretische definiëring van de begrippen, de fasen en de randvoorwaarden waar aan moet voldaan worden.

2.5. Samengevat

	Prijs	Methodologie	Expertise	Visie	Totaal
TWBA	10	3	3	3	19
Impuls	8	8	6	7	29
Groep C	7	10	10	10	37
Allcomm	9	9	8	8	34

(...)';

Gelet op het besluit van 27 juni 2002 van ons college waarbij de opdracht voor het uitwerken van het strategisch regiomarketingconcept, vertaald in een beeld en slogan en een communicatiestrategie voor de provincie, op basis van het hierboven vermelde gunningsverslag en de toelichtende evaluatienota, werd gegund aan de groep C & Slangen, voor een bedrag van 201 612 euro (inclusief btw);

Gelet op het arrest nr. 168.990 van 15 maart 2007 van de Raad van State, waarin het hierboven vermelde gunningsbesluit, op verzoek van de nv Spitz (voorheen de nv Allcomm) werd vernietigd;

Overwegende dat de Raad van State in zijn arrest van oordeel is dat het vastgestelde bestek en de gelijkheid onder de inschrijvers werden geschonden doordat de beoordeling van het prijscriterium niet deugdelijk is gebeurd, aangezien de prijsverschillen tussen de verschillende offertes niet op een evenredige wijze werden omgezet in een toekenning van verschillende punten; dat er immers voor de quotering van het prijscriterium telkens met één punt verschil werd gewerkt, zodat de offerte met de hoogste prijs (die van groep C & Slangen) slechts drie punten minder kreeg dan de offerte met de laagste prijs, terwijl bij de andere criteria de punten varieerden van 10 tot 25 op 25;

Overwegende dat ons college zich op dit punt formeel wenst te conformeren aan de bevindingen van de Raad van State;

Overwegende verder dat het opportuun wordt geacht, gelet op het wegvallen van de juridische grondslag voor het later ontstane contract met de groep C & Slangen, een nieuw gunningsbesluit te nemen, met terugwerkende kracht naar het verleden toe, waarin wordt tegemoetgekomen aan de kritiek zoals gegrond bevonden in het vernietigingsarrest van de Raad van State;

Overwegende dat ons college zich wat de beoordeling van de ingediende offertes betreft dan ook wenst aan te sluiten bij de bevindingen, zoals weergegeven in het hierboven vermelde gunningsverslag en de toelichtende evaluatienota, met uitzondering evenwel voor wat de beoordeling van het prijscriterium betreft;

[...]

dat het [...] geenszins als onwettig, onaanvaardbaar, noch als onredelijk voorkomt om voor drie van de vier gunningscriteria de maximumscore te geven aan de offerte van de groep C & Slangen, eveneens gelet op hetgeen weergegeven werd in het gunningsverslag en de toelichtende evaluatienota van 21 juni 2002;

Overwegende evenwel dat ons college van mening is dat voor de beoordeling van het prijscriterium, in afwijking van het eerder opgestelde gunningsverslag, toepassing moet worden gemaakt van de volgende objectief aanvaardbare beoordelingsmethode, die erin bestaat de verhouding van de laagste offerte ten opzichte van de beoordeelde offerte in het totaal te begeven punten weer te geven;

dat m.a.w. voor dit criterium de volgende objectief aanvaardbare formule kan worden toegepast:

$$\frac{\text{prijs laagste offerte}}{\text{prijs te beoordelen offerte}} \times 25 \text{ punten};$$

Overwegende dat de toepassing van deze beoordelingsmethode de volgende quotering op het criterium prijs tot gevolg heeft:

- TBWA: $\frac{65\,900 \text{ EUR}}{65\,900 \text{ EUR}} \times 25 = 25 \text{ punten}$
- Impuls: $\frac{65\,900 \text{ EUR}}{154\,446 \text{ EUR}} \times 25 = 10,667$
 $\phantom{\bullet \text{ Impuls: }} = 11 \text{ punten}$
- Groep C & Slangen: $\frac{65\,900 \text{ EUR}}{171\,415 \text{ EUR}} \times 25 = 9,6111$
 $\phantom{\bullet \text{ Groep C \& Slangen: }} = 10 \text{ punten}$
- Allcomm: $\frac{65\,900 \text{ EUR}}{119\,067,04 \text{ EUR}} \times 25 = 13,8367$
 $\phantom{\bullet \text{ Allcomm: }} = 14 \text{ punten};$

dat dit, samengevat met de andere gunningscriteria en de opgegeven motivering hiervoor, tot de volgende quotering en globale rangschikking van de offertes leidt:

Regiomarketingconcept

Inschrijver	Inschrijvingsprijs	Gunningscriteria				
		Prijs	Methodo-logie	Expertise	Eigen visie	Totaal 100 pt
1. TWBA Brussel						
Inschrijving exclusief BTW BTW op 21%	65.900,00 13.839,00					
Totaal	79.739,00	25	10	10	10	55
2. Impuls Genk						
Inschrijving exclusief BTW BTW op 21%	154.446,00 32.433,66					
Totaal	186.879,66	11	21	15	17	64
3. Groep C & Slangen Hasselt						
Inschrijving exclusief BTW BTW op 21%	171.415,00 30.197,00					
Totaal	201.612,00	10	25	25	25	85
4. Allcomm Leuven						
Inschrijving exclusief BTW BTW op 21%	119.067,04 25.004,08					
Totaal	144.071,12	14	23	23	20	80

Overwegende dat ons college dan ook de opdracht opnieuw en met terugwerkende kracht wenst toe te wijzen aan de groep C & Slangen;

dat de offerte van deze inschrijver immers als de meest voordelige voorkomt in het licht van de vastgestelde gunningscriteria, ook na de hierboven weergegeven en gewijzigde beoordelingswijze voor het prijscriterium”.

14. De formele-motiveringsplicht, zoals deze voortvloeit uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, houdt in - zoals verzoekende partij overigens zelf erkent - dat in de bestreden beslissing de juridische en feitelijke overwegingen moeten zijn vermeld die aan de beslissing ten grondslag liggen en dat die motivering afdoende moet zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Uit het aangehaalde uittreksel van de bestreden beslissing van 10 mei 2007 blijkt dat daarin omstandige motieven zijn vermeld. Verzoekende partij betwist niet dat zij deze beslissing kende en aldus ook de motieven die daaraan ten grondslag liggen.

In de eerste plaats situeert verzoekende partij de schending van de formele-motiveringsverplichting in het feit dat de bestreden beslissing geen gewag maakt van de gehanteerde beoordelingsmethode.

Die grief kan alvast niet worden betrokken op het prijs-criterium: bij de toetsing van de offertes aan dat criterium is immers een eenvoudige wiskundige formule gebruikt die in de bestreden beslissing is opgenomen. De keuze voor deze formule van evenredigheid wordt overigens niet betwist door verzoekende partij.

De evaluatie aan de hand van andere gunningscriteria gebeurde met beschrijvingen van de offertes, in woorden, waaraan vervolgens telkens een puntenscore werd verbonden. Die evaluatie werd in de bestreden beslissing opgenomen zodat verzoekende partij deze kende op een dergelijke manier, dat zij er zich in rechte kon tegen verweren, wat zij op het gebied van het ontbreken van een beoordelingsmethodiek dan ook deed.

De formele-motiveringsverplichting blijkt aldus niet geschonden.

15. Wat de materiële-motiveringsverplichting betreft, voert verzoekende partij niet aan dat de voormelde beschrijvende evaluaties op onjuiste feitelijke grondslag zouden steunen, dat ze de perken van de redelijkheid zouden te buiten gaan of dat de toegekende punten niet in verhouding staan tot die evaluatie.

Er is reeds vastgesteld dat verzoekende partij wat het prijs-criterium betreft, evenmin de daarbij gehanteerde wiskundige formule betwist.

Aldus is geen schending aangetoond van de materiële-motiveringsverplichting in de bestreden beslissing.

16. Wat de grief betreft, dat in de bestreden beslissing na een beschrijving van iedere offerte “per gunningscriterium” “willekeurig” een puntenbeoordeling wordt toegekend, toont verzoekende partij, nog afgezien van het feit dat wat het prijscriterium betreft die willekeur zeker niet blijkt, niet in concreto aan dat de puntentoekenning voor de andere gunningscriteria haar heeft benadeeld. Zij toont evenmin aan noch poogt dat te doen, op welke wijze zij haar offerte anders zou hebben opgevat, meer bepaald met meer kans om de voordeligste offerte te kunnen aanbieden indien de door haar gewenste en geëxpliciteerde beoordelingsmethodiek voor de andere criteria dan de prijs zou zijn gehanteerd. In zoverre blijkt alvast geen “willekeur” aangetoond.

17. Wat ten slotte de grief betreft dat de “beoordelingsmethodiek” van de gunningscriteria niet in het bestek is bekendgemaakt gaat verzoekende partij ervan uit dat door dit euvel artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 geschonden is, “verdragsconform” gelezen en samen met de “Europese beginselen inzake transparantie en gelijkheid der inschrijvers”.

In de eerste plaats moet daarbij worden vastgesteld dat voormeld artikel 115 de betrokken verplichting niet woordelijk oplegt, verzoekende partij geen andere formele norm aanwijst waarin die verplichting dan wel zou zijn geëxpliciteerd, en ook de Raad van State een dergelijk voorschrift niet kent.

De betrokken concrete verplichting zou echter volgens verzoekende partij moeten worden afgeleid uit een “verdragsconforme” lezing van voormeld artikel 115 en uit een beginsel met zijn toepassing: verzoekende partij verwijst naar het gelijkheidsbeginsel en naar de transparantieplichting die ook naar intern Belgisch recht uit het gelijkheidsbeginsel zou voortvloeien en die ook door het Hof van Justitie zou zijn erkend.

Naar Belgisch recht moet bij gebreke van een formeel voorschrift daaromtrent, niet in het algemeen en jurisprudentieel elk ontbreken van bekendmaking van de beoordelingsmethodiek meteen als een schending van het gelijkheidsbeginsel worden beschouwd. Indien de Raad van State dit zou aannemen, zou hij zich in de plaats stellen van de bevoegde regelgever. Aan de andere kant mag de Raad van State wel nagaan of in een bepaald geval dat gebrek aan bekendmaking een ongeoorloofde ongelijke behandeling van de inschrijvers tot gevolg heeft.

Te dezen kende geen van de inschrijvers de kwestieuze beoordelingsmethodiek, zodat zij in zoverre niet ongelijk zijn behandeld. Voorts toont verzoekende partij geenszins aan op welke wijze haar offerte op discriminatoire wijze zou zijn beoordeeld door het gebruik van die beoordelingsmethodiek, noch hoe zij haar offerte bij voorafgaande kennis van die beoordelingsmethodiek anders zou hebben opgemaakt. Het is dus niet aangetoond dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden door het niet voorafgaandelijk bekendmaken van de beoordelingsmethodiek.

Blijft dan nog de vraag of het Europees recht, al dan niet door middel van “verdragsconforme” lezing van Belgische normen, of uit zichzelf, tot de meer vermelde bekendmaking noopt. Hier past de opmerking dat zonder dat verzoekende partij zulks betwist, de waarde van de in het geding zijnde opdracht het Europese drempelbedrag niet overschrijdt. Verzoekende partij dient dus aan te tonen dat te dezen toch een Europeesrechtelijke transparantieplichting van toepassing is, die dan nog concreet zou moeten inhouden dat een beoordelingsmethodiek in het bestek steeds - of minstens te dezen - dient te worden bekendgemaakt.

Op de vraag of rechtspraak van het Hof van Justitie die Europees recht inzake overheidsopdrachten verduidelijkt dwingend kan zijn, en zo ja in welke gevallen, voor de normering van overheidsopdrachten die niet de Europese drempels bereiken en dus niet onder het toepassingsgebied van de Europeesrechtelijke regelgeving vallen, moet hier niet worden ingegaan. Het volstaat met te verwijzen naar recente rechtspraak van het Hof van Justitie waarin alvast aan de aanbestedende overheden een zekere vrijheid wordt gelaten bij het uitoefenen van hun taak en hun wordt toegestaan, zonder de gunningscriteria uit het bestek te wijzigen, hun eigen werk van onderzoek en analyse van offertes te structureren (arrest van 21 juli 2011, C-252/10, inzake *Evropaïki Dynamica*). De stelling van verzoekende partij vindt dus in de recente rechtspraak van het Hof van Justitie in elk geval geen steun. De Raad van State ziet dan ook geen noodzaak de door verzoekende partij daaromtrent gesuggereerde “vragen tot uitlegging” aan het Hof van Justitie te stellen. Overigens wordt dat verzoek voor het eerst in laatste memorie verwoord, hetgeen de verwerende partij van de mogelijkheid berooft om er in een memorie nog adequaat op te antwoorden, en het auditoraat om het te onderzoeken in het auditoraatsverslag.

Verzoekende partij toont aldus niet aan dat de bestreden beslissing onrechtmatig is door schending van voornoemd artikel 115 in wat zij een “verdragsconforme” lezing noemt en “samengelezen met de Europese beginselen inzake transparantie en gelijkheid der inschrijvers”.

Het blijkt aldus niet te zijn aangetoond dat het bestek onrechtmatig zou zijn vastgesteld door het niet opnemen van de door verzoekende partij bedoelde beoordelingsmethodiek en evenmin dat de opdracht niet is gegund rekening houdend met de gunningscriteria.

18. Het middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 maart 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest