

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 219.478 van 24 mei 2012
in de zaak A. 191.887/XII-5759**

In zake: de BVBA D. VAN MOL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Coen
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 210A
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 20 maart 2009, strekt tot de nietigverklaring van “[h]et besluit 16444 van 19 december 2008 van het College van Burgemeester en Schepenen van de stad Antwerpen waarbij de algemene offerteaanvraag voor het inzetklaar leveren van een slangenwasmachine voor de brandweer [...] aan de onderneming nv P. Vanassche & Cie wordt gegund en de impliciete beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen om de voormelde opdracht niet aan de [bvba D. Van Mol] te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 februari 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Jim Deridder, die loco advocaat Christophe Coen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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. Stad Antwerpen schrijft een opdracht voor leveringen en diensten uit bij wijze van algemene offerteaanvraag.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 28 oktober 2008. De opdracht wordt geraamd op 220.000,00 euro, btw inbegrepen.

3.2. Het bijzonder bestek nr. PO/CAL/2008/8116 is van toepassing.

Volgens dit bestek is het voorwerp van de opdracht:

“De opdracht bestaat uit het inzetklaar leveren van een slangenwasinstallatie bestemd voor de brandweer, aangekocht door de dienst centrale aankoop en logistiek van de stad Antwerpen.

De inschrijver geeft tevens een forfaitair bedrag op voor een jaarlijks onderhoudscontract met gedetailleerde beschrijving.”

Inzake de gunningscriteria wordt in het bestek vermeld:

“2.2.1 Gunningcriteria

De gunning geschiedt aan de inschrijver die de voor het bestuur voordeligste regelmatige offerte heeft neergelegd, rekening houdend met de volgende gunningscriteria:

1. Prijs	30/100
2. Technische kwaliteit, uitvoering en eindproduct	60/100
3. Service graad - reactiesnelheid - levertermijn - beschikbaarheid	10/100

Gunningcriterium 1 - prijs (30%)

Aandachtspunten bij gunningcriterium 1:

De inschrijver geeft een totale prijs op om de slangenwasinstallatie te leveren, plaatsen en bedrijfsklaar te maken, conform de beschreven voorschriften in dit bestek.

De volgende formule wordt gebruikt bij puntentoekenning:

$$p = P_{\max} \frac{L}{x}$$

waarbij p = aantal behaalde punten

$P_{\max}$ = maximaal te behalen punten

L = laagste offerte

x = onderzochte offerte

Bij de totaalprijs van de levering wordt de forfaitaire prijs voor het onderhoudscontract van 2 jaar gevoegd.

Overeenkomstig artikel 88 van het KB van 8 januari 1996 moeten de inschrijvers, indien nodig, vóór de gunning van de opdracht, alle inlichtingen verstrekken om de aanbestedende overheid in staat te stellen de aangeboden prijzen te onderzoeken en kunnen de daartoe door de aanbestedende overheid aangewezen personen alle verificaties van de boekhoudkundige stukken en alle onderzoeken ter plaatse uitvoeren, teneinde de juistheid van de verstrekte gegevens na te gaan.

Gunningcriterium 2 - kwaliteit (60%)

De inschrijver beschrijft uitvoerig het werkingsprincipe van elk deelproces en maakt duidelijk melding van de tijdsduur en de eigenschappen (toegepaste techniek, procédé). De inschrijver beschrijft het aantal handelingen die dienen uitgevoerd te worden door de personen van de brandweer om een vervuilde persslang volledig te reinigen,

wassen, testen, drogen, meten en oprollen. In hoeverre voldoet de offerte aan de eisen van het bestek en zijn er specifieke bonuspunten.

- De brandweer hecht veel belang aan de ergonomie bij het gebruik van de installatie. Het hele reinigings- en testprocédé dient zoveel mogelijk automatisch te verlopen. De hoeveelheid mankracht die nodig is voor het doorlopen van de reinigingscyclus van één slang zal beoordeeld worden. Systemen welke zoveel mogelijk automatisch verlopen genieten de voorkeur.
- Bij gebrek aan een slangentoren, dienen de persslangen zowel inwendig, als uitwendig volkomen droog te zijn. De inschrijver beschrijft de mate van droogte van afgewerkte persslang die de slangenwasmachine verlaat. Systemen zonder nabehandelingen in droogkasten e.d, waarbij de persslang minimaal moet gemanipuleerd of verplaatst worden, genieten de voorkeur.
- De installatie dient uitgevoerd te zijn in duurzame en corrosiebestendige materialen. De duurzaamheid van de installatie zal beoordeeld worden.

Gunningcriterium 3 - Service graad - responstijd - levertermijn - beschikbaarheid (10%)

Herstellingen moeten binnen een zeer korte periode na de melding van het defect aangevat worden.”

3.3. Er dienen vier inschrijvers een offerte in, namelijk:

- de nv P. Vanassche & Cie,
- de nv Vanassche Services,
- de nv Aquaflam,
- de bvba D. Van Mol.

3.4. Op 10 december 2008 wordt door de brandweer van verwerende partij een gunningsvoorstel opgesteld waarbij de offertes worden vergeleken voor de criteria kwaliteit en servicegraad.

3.5. Op 11 december 2008 wordt een gunningsverslag opgesteld waarbij de gunningscriteria worden beoordeeld en er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv P. Vanassche & Cie:

“Beoordeling volgens de gunningscriteria:

De inschrijving van de firma Van Assche Services voldoet niet aan de technische eisen van het bestek. Met deze inschrijving wordt in de verdere evaluatie geen rekening gehouden.

Prijs : 30 punten.

	Prijs	Punten op 30
Aquaflam	144.460	30,00
Van Mol	151.844	28,54
Etn P. Van Assche en Cie	159.195	27,22

Aquaflam heeft de voordeligste prijsopfferte en krijgt 30 punten.

Technische kwaliteit, uitvoering en eindproduct: 60 punten.

Volgens het gemotiveerde gunningsvoorstel van 10 december 2008, opgesteld door de brandweer van stad Antwerpen voldoen 3 inschrijvingen aan de technische eisen van het bestek.

Volgende punten werden toegekend:

Kwaliteit	Punten op 60
Aquaflam	48
Van Mol	51
Etn P. Van Assche en Cie	55

Service graad, reactiesnelheid, levertermijn en beschikbaarheid: 10 punten.

Volgens het gemotiveerde gunningsvoorstel van 10 december 2008, opgesteld door de brandweer van stad Antwerpen voldoen 3 inschrijvingen aan de technische eisen van het bestek.

Volgende punten werden toegekend:

Service	Punten op 10
Aquaflam	10
Van Mol	9
Etn P. Van Assche en Cie	9

Besluit

	Prijs	Kwaliteit	Service	Totaal
	30	60	10	100
Aquaflam	30	48	10	88
Van Mol	28,54	51	9	88,54
Etn P. Van Assche en Cie	27,22	55	9	91,22

Rekeninghoudend met alle gunningscriteria kan het bestek voor het leveren van een slangenwasinstallatie voor de brandweer op basis van algemene offerteaanvraag 2008/8116, gegund worden aan de firma NV P. Vanassche & Cie, Brugsesteenweg 2-4, 8531 Hulste (Harelbeke), OND 0415345.684.”

3.6. Op 19 december 2008 beslist verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv P. Vanassche & Cie.

3.7. Met een brief van 21 januari 2009 schrijft verzoekende partij aan verwerende partij dat zij op de hoogte is gebracht van het feit dat zij de opdracht niet toegewezen kreeg; zij merkt op dat er fouten zijn gemaakt in de beoordeling, namelijk dat haar prijs werd verhoogd met tweemaal de forfaitaire jaarlijkse onderhoudsbeurt “hoewel die volgens het bestek in de prijs diende te zijn begrepen” en zij dit uitdrukkelijk herhaalde in haar offerte.

3.8. Met een brief van 4 februari 2009 antwoordt verwerende partij aan verzoekende partij. Hierbij merkt zij, onder verwijzing naar de besteksformule inzake het prijscriterium, op dat “voor het bepalen van de inschrijvingsprijs [...] bij de prijs voor het inzetklaar leveren van een slangenwasinstallatie, het dubbel van de forfaitaire prijs voor het jaarlijks onderhoudscontract [is] geteld”.

3.9. In een brief van 7 februari 2009 van verzoekende partij aan verwerende partij merkt zij op dat het toestel aangeboden door de nv P. Vanassche & Cie niet voldoet aan de technische besteksvoorwaarden wat betreft de maximale energieconsumptie, wat in een brief van 20 februari 2009 door verwerende partij wordt weerlegd.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. Verwerende partij voert twee excepties van onontvankelijkheid aan. In de eerste plaats meent zij dat het beroep niet tijdig is. Ten tweede merkt zij op dat het verzoekende partij aan het vereiste belang mangelt nu zij heeft nagelaten te verduidelijken welk voordeel zij nastreeft.

4.2. In het auditorsverslag worden de beide excepties op beredeneerde wijze verworpen; uit de stukken blijkt dat het beroep wel degelijk tijdig werd ingediend en voorts beschikt verzoekende partij over een gekwalificeerd moreel belang.

4.3. Verwerende partij komt in haar laatste memorie niet meer op de excepties terug. In die omstandigheden sluit de Raad van State zich aan bij de terechte bevindingen van het auditorsverslag en verwerpt hij de excepties.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. Verzoekende partij voert de schending aan van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name de materiële-motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, samen genomen met artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

5.1.1. In een eerste onderdeel merkt verzoekende partij op dat voormelde bepalingen en beginselen zijn geschonden doordat wat de beoordeling van het prijscriterium betreft, ten onrechte de prijs van twee jaar onderhoud is geteld bij de inschrijvingsprijs van verzoekende partij, terwijl in het inschrijvingsbedrag reeds twee jaar garantie was inbegrepen. Verzoekende partij verwijst naar haar offerte waar de waarborg wordt omschreven en naar de inventaris van de offerte waar wordt vermeld dat de waarborgtermijn 2 jaar bedraagt en uitbreidbaar is. Verder verwijst zij naar het serviceplan voor jaarlijks onderhoud. Uit dit alles blijkt volgens verzoekende partij dat de jaarlijkse onderhoudsservice voor de eerste twee jaar uitdrukkelijk in de inschrijvingsprijs is begrepen. Bijgevolg telt de aanbestedende overheid ten onrechte een bedrag van 7000 euro bij het inschrijvingsbedrag van verzoekende partij waardoor haar offerte slechts een score krijgt van 28,54 punten voor het prijscriterium, de tweede beste score, terwijl ze eigenlijk een score van 29,93 punten verdient. Hierdoor wordt de offerte van verzoekende partij voor 1,39 punten gepenaliseerd ten opzichte van deze van de nv P. Vanassche & Cie, die de opdracht kreeg toegewezen.

5.1.2. In haar memorie van wederantwoord merkt verzoekende partij op dat zij een basiswaarborg van twee jaar had inbegrepen in haar basisprijs; de vermelding van 3.500,00 euro als kostprijs op jaarbasis voor onderhoud was

luidens haar offerte bedoeld voor de volgende drie jaar facultatief te verlengen basiswaarborgperiode.

5.1.3. In haar laatste memorie betoogt verzoekende partij dat in het begrip waarborg normaliter zowel herstel als garantie begrepen moet worden. Daar de waarborg sowieso in de basisprijs is begrepen, is het onderhoud dus de eerste twee jaar gratis. Minstens diende de aanbestedende overheid, mocht er onduidelijkheid zijn bij het begrijpen van de offerte van verzoekende partij, verduidelijking te vragen.

5.2.1. In een tweede onderdeel voert verzoekende partij aan dat behoudens de zogenaamde bonuspunten of de aandachtspunten die onder het gunningscriterium technische kwaliteit zijn vermeld, het bijzonder bestek niet aangeeft welke de concrete subcriteria zijn aan de hand waarvan de offertes zullen worden beoordeeld, noch wat hun onderscheiden gewicht is zodat verzoekende partij ervan uitgaat dat alle subcriteria een gelijk gewicht hebben. Zij wijst erop dat voor een Europese opdracht elk criterium en subcriterium met hun weging in het bestek moeten worden opgenomen.

Niettemin is het gunningsvoorstel waarnaar het gunningsverslag verwijst gestoeld op een lange lijst subcriteria die zijn beoordeeld en noch het bestek, noch het gunningsverslag of -voorstel maken melding van de puntenschaal die wordt gehanteerd bij de beoordeling. Het gunningsvoorstel bevat enkel een beoordeling in woorden met betrekking hierop zonder enige omzetting van de inhoudelijke beoordeling tot een geïndividualiseerde score per subcriterium terwijl de offertes aan het einde van het beoordelingsverslag van de subcriteria wel een eindscore krijgen. Er is, aldus verzoekende partij, niet de minste aanduiding waarom de offerte van de gekozen inschrijver recht heeft op 55 punten en deze van verzoekende partij slechts op 51 punten. De beoordeling gebeurde ook niet objectief en er valt niet te verantwoorden waarom de score van verzoekende partij zo laag is en de score van de gekozen inschrijver zo hoog.

Voorts merkt verzoekende partij op dat bij het tweede gunningscriterium “kwaliteit” in het bestek gewag wordt gemaakt van “specifieke bonuspunten” zonder dat wordt toegelicht wat daaronder moet worden begrepen

en of deze inderdaad zijn toegekend. Het aandachtspunt “zo veel als mogelijk automatisch werken” wordt niet afzonderlijk beoordeeld, terwijl dit een pluspunt bij uitstek is voor de offerte van verzoekende partij die een volautomatisch en volcontinu systeem aanbiedt.

De inhoudelijke beoordeling van het reinigingsproces is volgens verzoekende partij ook niet correct verlopen. Er wordt vermeld dat borstels zowel bij de offerte van verzoekende partij als bij deze van de gekozen inschrijver facultatief zijn terwijl de borstels in de wasmodule van de machine van fabrikant Ziegler, toestel aangeboden door de gekozen inschrijver, standaard en onmisbaar zijn voor de werking van de machine. Verzoekende partij daarentegen heeft er in haar offerte op gewezen dat haar machine zonder borstels het vereiste reinigingsresultaat levert en dat het gebruik van borstels nadelen heeft zoals het inwrijven van het vuil in de poriën van het weefsel van de slang, het verspreiden van een mogelijke contaminatie over de gehele slang, het feit dat borstels en hun aandrijving op regelmatige basis dienen te worden vervangen en er een snellere slijtage van de slangen is. Het voordeel dat de machine van verzoekende partij biedt, namelijk een optimaal wasproces en een droogproces dat minder slijtage van de brandweerslangen veroorzaakt, is niet in de beoordeling of puntenscore weerspiegeld.

Ten aanzien van de beoordeling van het droogproces van de slangen stelt de aanbestedende overheid, zo vervolgt verzoekende partij, ten onrechte dat in de offerte van verzoekende partij geen informatie beschikbaar zou zijn over de temperatuur van het water. De temperatuur is instelbaar en wordt binnen de DIN-norm 14 811-2008 geregeld. De offerte van verzoekende partij werd dan ook op dit punt nodeloos negatief beoordeeld. Deze norm is 40° C en die wordt weldra de leidraad voor de Europese normen zodat het toestel van verzoekende partij hiermee compatibel is terwijl het toestel van de gekozen inschrijver, dat met water aan een temperatuur van 60° C droogt, in de toekomst niet meer zal mogen worden gebruikt. Dit wordt ook bevestigd door de hand-leiding van fabrikant Ziegler die erop wijst dat voor sommige slangen geen water van meer dan 40° C mag worden gebruikt op risico van slijtage en lekken. Er valt dan ook niet te begrijpen waarom de offerte van verzoekende partij geen betere

score kreeg. Bovendien is de temperatuur van het waswater nergens uitdrukkelijk vermeld als zijnde een beoordelingscriterium.

Er wordt verder geen rekening gehouden met het tweede beoordelingsaspect, namelijk het minimaal manipuleren van de slangen tijdens het droogproces terwijl de offerte van verzoekende partij op dit punt beter scoort dan de offerte van de gekozen inschrijver. Bij het toestel van de gekozen inschrijver moet na het wassen en testen van de slangen, de wasmodule worden stilgelegd om de slangen te drogen en daarna moet de module worden losgekoppeld en verreden om de slangen te kunnen oprollen; pas als de slang is opgerold kan een nieuw wasproces worden opgestart zodat het systeem niet volcontinu, noch volautomatisch is. Het systeem van verzoekende partij is wel volautomatisch en volcontinu waarbij de slangen achtereenvolgens in de machine worden ingebracht en in een doorlopend proces worden gewassen, getest, gedroogd en opgerold. De wasmodule moet niet worden stilgelegd en er moeten geen koppelingen of manipulaties worden uitgevoerd met het oog op het oprollen van het materiaal. Het testen en drogen van de slangen gebeurt gelijktijdig. Dit bonuspunt is niet aan bod gekomen en niet positief gequoteerd.

Verder verwijt het gunningsvoorstel verzoekende partij dat behoudens de droogtijd geen andere tijden werden opgegeven. Het toestel van verzoekende partij is echter een volcontinu systeem zodat het niet mogelijk is de maximale duurtijd van iedere operatie binnen het was-meet-droogproces op te geven aangezien de slangen niet één per één worden gewassen, getest, gedroogd, gemeten en opgerold. In het voorstel van de gekozen inschrijver wordt iedere slang individueel behandeld en tijdens het droogproces wordt de wasmodule stilgelegd. Daarna wordt de slang verreden naar de oprolmodule zodat de volgende slang pas kan worden behandeld wanneer de vorige slang het procedé volledig heeft doorlopen. De tijden van de Ziegler-machine wijzen op een snelste ronde en kunnen geenszins een vaste stabiele maximale tijd van het proces waarborgen. Zelfs in de dubbele opstelling zoals voorgesteld in de offerte van de gekozen inschrijver, kan er slechts één van de twee wastrommels actief zijn. Verzoekende partij heeft in haar offerte wel de wassnelheid opgegeven (1 minuut per slang van 20 meter) en de capaciteit van het toestel, namelijk 16 à 20 slangen per uur, afhankelijk van de vervuilingsgraad en de wassnelheid. De offerte van

verzoekende partij krijgt dan ook ten onrechte een negatieve beoordeling voor dit criterium.

In het gunningsvoorstel wordt ook vermeld dat in de offerte van verzoekende partij bij de verwerkingscapaciteit de vervuilingsgraad van de slangen niet is vermeld. Er bestaat echter geen standaard of norm voor de vervuilingsgraad van persslangen zodat dit criterium irrelevant is en de offerte van verzoekende partij onnodig negatief werd beoordeeld.

Met betrekking tot het elektrisch vermogen vermeldt het gunningsvoorstel dat het vermogen van de dubbele installatie van de gekozen inschrijver niet hoger zal zijn dan 20 kW terwijl voor de enkelvoudige installatie van eenzelfde toestel aangeboden door inschrijver de nv Vanassche Services een zelfde verbruik van 20 kW geldt. Volgens verzoekende partij is dit niet correct en zal bij de dubbele installatie de maximale energieopname van 20 kW worden overschreden tot 23,14 kW. Ook het verbruik van 9 kW voor de dubbele installatie van de gekozen inschrijver tijdens de droogfase is niet correct. Verzoekende partij zelf heeft een energieverbruik van 7 kW opgegeven.

Met betrekking tot het aantal te verrichten handelingen worden voor de machine van verzoekende partij, zonder deze te testen, 17 handelingen vooropgesteld. Dit wijkt af van de beschrijving in de offerte en is volkomen foutief. Handelingen als “deur openen” en “deur sluiten” kunnen niet als in aanmerking te nemen handelingen worden beschouwd zodat het aantal handelingen van de machine van verzoekende partij op onredelijke wijze is opgetrokken. Het openen en sluiten van de deuren wordt trouwens enkel in de offerte van verzoekende partij en van nv Aquaflam beoordeeld en niet in die van de gekozen inschrijver en van de nv Vanassche Services die tot dezelfde groep behoren en beiden een Ziegler machine voorstellen. Daarentegen blijkt uit de handleiding van fabrikant Ziegler dat de machine meer dan 11 handelingen vereist.

Met betrekking tot de nadelen wordt in het gunningsvoorstel vermeld dat verzoekende partij enkel probeert andere inschrijvers in een slecht daglicht te stellen in plaats van haar eigen product te promoten. Verzoekende partij heeft echter enkel de voordelen van haar eigen product benadrukt ten

opzichte van andere op de markt gekende systemen. Dit is ook geen gunnings-criterium dat rechtstreeks verband houdt met de kwaliteiten van het technische voorstel.

Uit dit alles blijkt, zo concludeert verzoekende partij, dat de negatieve score van de offerte van verzoekende partij niet objectief verantwoordbaar is terwijl de offerte van de gekozen inschrijver een te positieve evaluatie krijgt en dat de offerte van verzoekende partij minstens technisch gelijkwaardig is aan de offerte van de gekozen inschrijver, indien niet technisch beter, zodat er geen objectief verantwoordbare grondslag is voor het puntenverschil tussen de offerte van verzoekende partij en deze van de gekozen inschrijver voor dit gunningscriterium.

5.2.2. In haar memorie van wederantwoord betwist verzoekende partij de stelling van verwerende partij dat de opgesomde rubrieken in het gunningsvoorstel geen subcriteria zijn doch een loutere toetsing van de technische conformiteit en dat er wel bijzondere aandachtspunten zijn die enkel een rechtstreekse toetsing aan het gunningscriterium inhouden. Volgens verzoekende partij zou verwerende partij enkel een kwaliteitsverschil hebben vastgesteld bij de automatisering; op dit punt echter is de beoordeling discriminatoir omdat er enkel geoordeeld werd in functie van de behandeling van één slang en niet in functie van een door verzoekende partij voorgesteld volcontinu systeem.

Ook merkt verzoekende partij op dat het verweer waarin wordt gesteld dat er in het bestek geen wegingscoëfficiënten voor de subcriteria dienden te worden opgenomen, niet opgaat; een aanbestedende overheid kan enkel gebruik maken van het in het bestek voorziene beoordelingssysteem ook wat de subcriteria betreft.

Ten slotte geeft verzoekende partij ook aan dat de dubbele module van de gekozen inschrijver bij de opstart van de boilers een verbruik van 36 kW vereist wat betekent dat het toestel van de gekozen inschrijver technisch onregelmatig is en betwist zij dat het Ziegler toestel slechts 11 handelingen zou vereisen.

5.2.3. In haar laatste memorie stelt verzoekende partij in de eerste plaats dat de weging van de subcriteria in het bestek diende te worden opgenomen gelet op het feit dat het om een Europese opdracht gaat. Voorts brengt zij een berekening bij over de werking van het toestel van de gekozen inschrijver waaruit volgens haar blijkt dat het verbruik 23,14 kW zal bedragen wat leidt tot substantiële onregelmatigheid. Wat het aantal handelingen betreft reikt verzoekende partij thans elementen aan waaruit blijkt dat haar toestel slechts 10 handelingen vereist daar waar in het gunningsvoorstel er 17 worden opgemerkt en dat de vergelijking van haar toestel met dit geleverd voor de brandweer van Merelbeke niet opgaat daar dit laatste een minder geautomatiseerde versie is dan wat zij thans aanbiedt. Wat het toestel Ziegler van de gekozen inschrijver betreft brengt verzoekende partij technische elementen bij om aan te tonen dat dit toestel meer dan de in het gunningsvoorstel aangenomen 11 handelingen vereist. Ook wat de snelheid van de door verzoekende partij aangeboden machine betreft brengt zij technische gegevens bij waaruit zou moeten blijken dat verwerende partij niet relevante criteria heeft gehanteerd.

5.3.1. In een derde onderdeel argumenteert verzoekende partij dat met betrekking tot het derde gunningscriterium (servicegraad, responstijd, leveringstermijn en beschikbaarheid) er geen puntenschaal bekend is, noch dat er inhoudelijke toelichtingen zijn gegeven bij de score die verantwoorden waarom de ene inschrijver een hogere score kreeg dan de andere. De leveringstermijn van verzoekende partij bedraagt echter minder dan 3 maanden, terwijl de gekozen inschrijver 6 maanden vooropstelt. Verzoekende partij biedt daarnaast ook een draadloos communicatiesysteem aan waardoor een onmiddellijke tussenkomst vanuit de fabriek mogelijk is in geval van defect. Verzoekende partij is van oordeel dat haar offerte de maximale score van 10 punten had moeten krijgen.

5.3.2. In haar memorie van wederantwoord wijst verzoekende partij erop dat in het gunningsvoorstel er op twee punten foutieve informatie is vermeld, namelijk bij “storingen” en “nalevering onderdelen”. Wat de storingen betreft wijst zij erop dat haar offerte een pluspunt heeft ten aanzien van de andere toestellen in de vorm van een digitale verbinding tussen de fabriek en het toestel waardoor technische storingen onmiddellijk kunnen worden gedetecteerd en verholpen; het doorgeven van de storingen gebeurt op elk ogenblik; het verhelpen

eraan tijdens de kantooruren. Voorts wijst verzoekende partij erop dat enkel zij informatie heeft gegeven op het punt van fabrieksherstellingen. Ten slotte merkt zij op dat de drie andere inschrijvers een interventietijd van 24 uur aanbieden zoals ook verzoekende partij dit doet. Daar verzoekende partij een substantieel kortere leveringstermijn aanbiedt en wel informatie verschaft over de maximumduur van een fabrieksinterventie, begrijpt zij niet waarom haar offerte niet de quotering van tien punten heeft gekregen.

5.3.3. In haar laatste memorie merkt verzoekende partij op dat zij wel degelijk 24 uur op 24 uur bereikbaar is door de automatische doorschakeling van het kantoortoestel naar de mobilofoon van haar zaakvoerder.

Beoordeling

6.1. In het bestek wordt, wat het gunningscriterium prijs betreft, uitdrukkelijk vermeld dat bij de totaalprijs van de levering de forfaitaire prijs voor het onderhoudscontract van 2 jaar wordt gevoegd.

Voorts wordt in het bestek een minimum waarborg van 2 jaar vereist “tegen materiaal- en constructiefouten”.

Ook in het bestek wordt aan de inschrijver opgelegd naast de totaalprijs om de slangenwasmachine te leveren, te plaatsen en bedrijfsklaar te maken een forfaitair bedrag op te geven voor een jaarlijks onderhoudscontract met gedetailleerde beschrijving.

Op het inventarisformulier is enerzijds een vak 1 voorzien voor het opgeven van de prijs voor het inzetklaar leveren van een slangenwasinstallatie en anderzijds een vak 2 voor het forfaitair bedrag voor het jaarlijks onderhoudscontract.

Uit het bestek blijkt dat voor de beoordeling van het gunningscriterium prijs, de prijs vermeld in het vak 1 zal worden samengeteld met het dubbele van de prijs in vak 2. Ook blijkt aldus dat onder waarborg niet wordt begrepen het onderhoud.

Verzoekende partij heeft in haar offerte op het inventarisformulier in vak 1 een prijs opgegeven voor de levering van de slangenwasinstallatie en in vak 2 een prijs, namelijk 3.500 euro, voor een jaarlijks onderhoudscontract.

In haar offerte, bij de bespreking van de waarborg, vermeldt verzoekende partij dat de basiswaarborg geldig is gedurende 2 jaar en dat die ingaat op de afleverdatum en ingebruikname van de uitrusting en dat de geldende waarborgperiode kan verlengd worden tot 5 jaar, mits het onderschrijven van een onderhoudscontract voor dezelfde periode.

In tegenstelling tot wat verzoekende partij opmerkt, kan uit haar inventarisformulier samen genomen met haar offertepassage over de waarborg niet worden afgeleid dat de prijs van het onderhoudscontract voor de eerste twee jaar begrepen is in de totaalprijs die ze heeft opgegeven onder vak 1 van het offerteformulier.

Er kan de aanbestedende overheid dan ook niet worden verweten dat zij onzorgvuldig zou hebben gehandeld door de prijs van het onderhoudscontract te tellen bij de prijs van de levering.

De kritiek van verzoekende partij dat in geval van onduidelijkheid de aanbestedende overheid de plicht had aan haar verduidelijking te vragen wordt pas in de laatste memorie ontwikkeld en is dan ook niet tijdig in het debat gebracht.

Het eerste middelonderdeel wordt verworpen.

6.2.1. In het bestek wordt bij de toelichting van het tweede gunningscriterium in de eerste plaats vermeld dat er nagegaan zal worden of de offertes aan de technische besteksvereisten voldoen en wordt er daarna gewag gemaakt van een drietal aandachtspunten of bonuspunten die, zeker wat de eerste twee betreft, elkaar deels overlappen; deze aandachtspunten bepalen het onderscheid tussen de offertes voor dit criterium.

Als zogenaamde bonuspunten wordt in het bestek vermeld dat de brandweer veel belang hecht aan de ergonomie, de mate van automatisering is van belang, de hoeveelheid mankracht zal worden beoordeeld voor het doorlopen van de reinigingscyclus van één slang; dat voorts systemen zonder nabehandeling in een droogkast en met minimale manipulatie de voorkeur genieten; ten slotte dat de duurzaamheid van de installatie beoordeeld zal worden.

Het gunningsvoorstel bevat in eerste instantie een bladzijdenlange opsomming van elementen waarbij voor elke offerte nagegaan wordt of deze beantwoordt aan de technische besteksvereisten. Voor een aantal elementen wordt een verschil genoteerd, zoals voor het energieverbruik of waterverbruik. Voor een aantal elementen worden opmerkingen gemaakt bij bepaalde offertes, opmerkingen in de zin dat de duurtijd van een fase in de behandeling of de vervuilingsgraad van de te wassen slangen niet is vermeld.

Ook de items aangemerkt als “bonuspunten” worden tussen deze elementen vermeld.

Voor het element dat systemen zonder nabehandeling in droogkasten en dergelijke, waarbij de persslang minimaal moet worden gemanipuleerd of verplaatst, de voorkeur genieten, wordt geen verschil opgemerkt tenzij in een tabel met de handelingen per toestel waarbij bij het door verzoekende partij aangeboden toestel 17 handelingen worden genoteerd en bij dit van de gekozen inschrijver 11 handelingen. Dit laatste geldt ook voor het aandachtspunt ergonomie.

Voor het element dat de installatie dient te zijn uitgevoerd in duurzame en corrosiebestendige materialen wordt voor de beide offertes enkel “ja” aangegeven.

Volgens verwerende partij is het dan ook duidelijk dat er in de eerste plaats een toetsing van de technische besteksvereisten is geweest die geen aanleiding geeft tot een verschil in puntentoekenning maar enkel tot het gebeurlijk weren van een offerte wegens technische niet-conformiteit. Het onderscheid in punten voor het gunningscriterium kwaliteit tussen de beide offertes, namelijk

51 punten voor de offerte van verzoekende partij en 55 voor deze van de gekozen inschrijver, is te verklaren door het verschil in manipulatie van de systemen.

6.2.2. Uit het gunningsvoorstel voor zover het pretendeert het gunningscriterium kwaliteit te beoordelen, dient inderdaad te worden afgeleid dat het een beoordeling bevat zowel naar de technische besteksconformiteit als naar het gunningscriterium kwaliteit.

De offerte van inschrijver de nv Vanassche Services wordt erin niet regelmatig geacht omdat de minimale verwerkingscapaciteit van de installatie volgens het bestek twaalf slangen per uur moet bedragen en het aangeboden toestel dit niet haalt.

De andere offertes worden regelmatig geacht. Weliswaar worden op bepaalde elementen die de besteksconformiteit betreffen, opmerkingen gemaakt, doch er wordt geen conclusie tot onregelmatigheid genomen.

In die zin mist de kritiek van verzoekende partij dat er in het gunningsvoorstel een reeks subcriteria worden gehanteerd die niet in het bestek zijn opgenomen, voor zover ze elementen betreffen die de technische besteksconformiteit nagaan, feitelijke grondslag.

Evenzeer heeft verzoekende partij geen belang bij de kritiek die zij levert op het gunningsvoorstel in de mate dat het gaat over opmerkingen bij die toetsing van de offertes aan het technische besteksgedeelte; de offerte van verzoekende partij is besteksconform verklaard. Aldus behoeft het middelonderdeel geen nader antwoord voor zover het handelt over de borstels bij de wasmachine, de temperatuur van het water bij het droogproces, het opgeven van tijden tijdens het gehele proces en het vermelden van de vervuilingsgraad van de slangen.

Verwerende partij heeft in haar bestek de bijzondere aandachtspunten vermeld die zij bij haar beoordeling zou hanteren; het enige verschil dat zij bij haar onderzoek vastgesteld heeft betrof de ergonomie van de aangeboden systemen en de mate van automatisering; geen verschil merkte zij op bij de

andere aandachtspunten. Zoals zij voorschreef in haar bestek, heeft zij het aantal manuele handelingen in aanmerking genomen voor het reinigingsproces van één vervuilde slang. Leidraad was de minimalisatie van deze handelingen.

In dit verband heeft zij vastgesteld dat het door verzoekende partij aangeboden systeem 17 handelingen vergde, dit van de gekozen inschrijver 11 handelingen.

Verzoekende partij werpt op dat verwerende partij bij haar systeem bepaalde handelingen zoals “deur openen” en “deur sluiten” ten onrechte als in aanmerking te nemen handelingen heeft aangemerkt. Verzoekende partij verliest hier uit het oog dat deze handelingen effectief moeten gebeuren terwijl zij bij het toestel van de gekozen inschrijver automatisch zijn. De enkele verwijzing van verzoekende partij naar de handleiding van het door de gekozen inschrijver aangeboden toestel Ziegler volstaat niet om het gunningsvoorstel op dit punt onjuist te achten. De pas in haar laatste memorie geformuleerde bewering dat verwerende partij zich ten onrechte zou hebben gebaseerd op het toestel dat de brandweer van Merelbeke gebruikt, om het aantal handelingen van haar toestel te bepalen, wordt niet aanvaard omdat verwerende partij in haar memorie van antwoord dit reeds duidelijk had opgemerkt en verzoekende partij hierop niet repliceerde in haar memorie van wederantwoord.

Verzoekende partij voert ook aan dat de beoordeling van verwerende partij op basis van de werking van de toestellen met één vervuilde slang haar offerte tekort doet omdat haar toestel in een doorlopend proces de slangen achtereenvolgens behandelt. De Raad van State acht de werkwijze van verwerende partij echter niet strijdig met een zorgvuldige beoordeling temeer omdat het toestel van de gekozen inschrijver beantwoordt aan de technische vereiste dat het minimaal 12 zwaar tot extreem bevuilde slangen per uur aankan.

Het scoreverschil van vier punten op 60 tussen de offerte van verzoekende partij en deze van de gekozen inschrijver voor het gunningscriterium kwaliteit op basis van het substantieel verschil in aantal manuele handelingen gaat de perken van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten.

Verzoekende partij richt ook haar pijlen op de regelmatigheid van het toestel van de gekozen inschrijver in de mate dat het energieverbruik dat volgens het bestek maximaal 20 kW mag bedragen, overschreden zou worden.

Deze kritiek had verzoekende partij al geformuleerd in haar brief van 7 februari 2009 aan verwerende partij en dit op een technische wijze onder meer aan de hand van een technische beschrijving van het door de gekozen inschrijver aangeboden toestel. In een brief van 20 februari 2009 aan verzoekende partij heeft verwerende partij deze kritiek evenzeer op een technische wijze weerlegd.

In haar inleidend verzoekschrift behandelt verzoekende partij deze problematiek vrij summier in vergelijking met haar brief van 7 februari 2009 en voegt zij eenzelfde bijlage toe als bij haar brief. In haar memorie van wederantwoord geeft verzoekende partij een repliek op het standpunt van verwerende partij zoals opgenomen in haar memorie van antwoord; dit standpunt van verwerende partij is in wezen de strekking van haar brief van 20 februari 2009. In haar laatste memorie geeft verzoekende partij een bijkomende technische ontwikkeling aan haar middel en voegt er een reeks documenten aan toe.

De Raad van State stelt vast dat verzoekende partij haar bezwaar vertolkt in de brief van 7 februari 2009 als kritiek in haar verzoekschrift opneemt daar waar zij alsdan de brief van 20 februari 2009 van verwerende partij had moeten weerleggen; door dit niet alsdan te doen, maar pas in de memorie van wederantwoord en laatste memorie, werd verwerende partij niet te gepasten tijde in staat gesteld deze technische kritiek te beantwoorden.

Het tweede middelonderdeel wordt verworpen.

6.3.1. In het gunningsvoorstel is de beoordeling van het derde gunningscriterium “servicegraad” als volgt:

	Van Assche Services	Aquaflam	Van Mol	Etn P. Van Assche & Cie
waarborg	2 jaar	2 jaar	2 jaar	2 jaar
leveringstermijn	180 dagen	120 dagen	85 dagen	180 dagen

storingen	7/7dagen 24/24h	7/7dagen 24/24h	kantooruren	7/7dagen 24/24h
diagnose/ herstelling	7/7dagen 24/24h	7/7dagen 24/24h	24 uur	7/7dagen 24/24h
24 uur	niet opgegeven	niet opgegeven	48 uur	niet opgegeven
fabriekherstelling				
opgeleide				
techniekers	ja	ja	ja	ja
werkplaats	ja	ja	ja	ja
nalevering				
onderdelen	15 jaar	15 jaar	Niet opgegeven	15 jaar
opleiding BW	Volledige dag	Volledige dag	Volledige dag	Volledige dag
Belgische wetgeving	ja	ja	ja	ja
Europese richtlijnen	ja	ja	ja	ja
CE keurmerk/attest	ja	ja	ja	ja
Punten / 10	9	10	9	9

6.3.2. Uit de tabel blijkt met welke elementen verwerende partij rekening heeft gehouden bij de beoordeling van dit gunningscriterium, wat de offertes op deze punten boden en welke score werd toegekend. Dit alles voldoet in dit geval aan de materiële-motiveringsplicht waarvan de schending wordt ingeroepen.

In haar inleidend verzoekschrift merkt verzoekende partij op dat zij niet begrijpt waarom haar offerte niet de quotering 10 krijgt. Voor zover dit dient te worden gelezen als een kritiek op de beoordeling stelt de Raad van State vast dat deze kritiek zonder belang is voor verzoekende partij gelet op de verwerping van de eerste twee middelonderdelen; verzoekende partij toont niet aan dat zij, met één punt meer, gelijk of hoger scoort dan de offerte van de gekozen inschrijver. Voor zover zij in haar memorie van wederantwoord kritiek zou uitoefenen op de puntentoekenning voor dit gunningscriterium aan de offerte van de gekozen inschrijver en hiermee zou bedoelen dat aan deze offerte te ruim punten werd bedeed, is deze grief niet tijdig in het debat gebracht en dus onontvankelijk.

Het derde middelonderdeel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

7.1. Verzoekende partij voert in haar memorie van wederantwoord de schending aan van artikel 11 van de wet van 24 december 1993 en van artikel 81, eerste lid, EG-verdrag, thans artikel 101, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, doordat de offerte die werd ingediend door de gekozen inschrijver en de offerte die door nv Vanassche Services werd ingediend, ondertekend werden door dezelfde gedelegeerd bestuurder van beide ondernemingen. Bijgevolg blijkt volgens verzoekende partij dat eenzelfde persoon kennis heeft van de inhoudelijke voorwaarden en prijszetting van twee onderscheiden offertes ingediend door twee onderscheiden en onafhankelijke rechtspersonen. Dit impliceert dat de gedelegeerd bestuurder kennis had van de inhoud van beide offertes en de inhoud van beide offertes heeft kunnen sturen. Deze handelwijze moet worden beschouwd als een handeling die de normale mededingingsvoorwaarden vertekent in de zin van artikel 11 van de wet van 24 december 1993.

Minstens, aldus verzoekende partij, blijkt hieruit dat er tussen de twee offertes een afstemming is geweest voor de prijs en de inschrijvingsvoorwaarden zodat er een marktversturende handeling is gesteld die de mededinging van de Europese markt kan aantasten zodat ook artikel 81, eerste lid, van het EG-verdrag werd geschonden.

7.2. In haar laatste memorie beklemtoont verzoekende partij dat de twee kwestieuze ondernemingen niet louter verbonden ondernemingen zijn, die los van elkaar zouden opereren, doch dat ze gezamenlijk naar buiten treden en in hun activiteiten niet in concurrentie tegenover elkaar staan doch complementair zijn; dit blijkt onder meer uit hun gezamenlijk beheerde website. De nv P. Vanassche & Cie houdt zich bezig met het ontwerpen, de constructie en de montage van materiaal; de nv Vanassche Services concentreert zich op het aspect service en dienst na verkoop. De beide ondernemingen gedragen zich als één onderneming met twee divisies. De opdracht levering en onderhoud zal dan ook noodzakelijkerwijze dienen te worden uitgevoerd door de beide ondernemingen

samen. Aldus werden deze ondernemingen in staat gesteld twee offertes in te dienen; ze boden eenzelfde machine aan, enerzijds in een enkelvoudige opstelling, anderzijds in een dubbele opstelling. Er zijn ook geen barrières opgetrokken tussen de beide ondernemingen “om onafhankelijkheid van handelen en vertrouwelijkheid van informatie te garanderen”; ze hebben een zelfde gedelegeerd bestuurder die de offertes ondertekende van zogenaamde concurrerende bedrijven; in feite zijn de beide offertes, zo vervolgt verzoekende partij, op elkaar afgestemd waardoor de mededinging wordt verstoord.

Ten slotte stelt verzoekende partij dat er hoe dan ook een schending is van artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 aangezien de beide ondernemingen die één geheel vormen, twee offertes hebben ingediend.

Beoordeling

8. In principe kan een middel niet op ontvankelijke wijze voor de eerste keer in een memorie van wederantwoord worden aangevoerd. Middelen moeten, teneinde de rechten van verdediging van alle partijen te vrijwaren, in het verzoekschrift worden ontwikkeld, tenzij de grondslag ervan pas nadien aan het licht is kunnen komen. In dat geval moeten zij in het eerst mogelijke in de procedureregeling voorzien procedurestuk worden aangevoerd.

Het middel, zoals aangevoerd in de memorie van wederantwoord heeft betrekking op het feit dat twee ondernemingen verbonden ondernemingen zijn, elk een offerte hebben ingediend en dat dezelfde personen de twee offertes inhoudelijk bepaalden. Deze problematiek is volgens verzoekende partij haar duidelijk geworden door de ondertekening van beide offertes door een zelfde gedelegeerd bestuurder.

Op het ogenblik van het indienen van de beide offertes blijkt uit de bekendmakingen in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad dat J.V. de gedelegeerd bestuurder is van zowel de nv P. Vanassche & Cie, thans de nv Vanassche Firefighting Engineering als van de nv Vanassche Services. Voorts blijkt uit die bijlagen dat de echtgenote van J.V. hetzij rechtstreeks hetzij als vast

vertegenwoordigster van de nv S. lid is van de raden van bestuur die uit niet meer dan drie leden bestaan.

In die omstandigheden, mede gelet op de nichemarkt van slangenwasmachines waardoor inschrijvers hun concurrenten kennen en het feit dat de beide kwestieuze ondernemingen gevestigd zijn in dezelfde kleine stad als verzoekende partij, neemt de Raad van State aan dat verzoekende partij de betrokken problematiek als middel had kunnen formuleren in haar eerste procedurestuk te weten haar inleidend verzoekschrift nu uit de bestreden beslissing zoals onder meer bijgebracht door verzoekende partij blijkt dat zowel de nv P. Vanassche & Cie als de nv Vanassche Services inschrijvers waren voor de opdracht. Het middel aangevoerd in de memorie van wederantwoord is dan ook onontvankelijk. Deze redengeving geldt des te meer voor de pas in haar laatste memorie door verzoekende partij aangevoerde schending van artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Het middel wordt verworpen.

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 24 mei 2012,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest