RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 219.732 van 14 juni 2012
in de zaak A. 204.903/XII-6948

In zake: de BVBA CKS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Steven Menten
kantoor houdend te 3600 Genk
Grotestraat 122
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK WELZIJN VAN MAASEIK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Gendt
kantoor houdend te 3000 Leuven
Sint-Geertruiabdij 8 bus 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 21 mei 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "het besluit van het OCMW van de stad Maaseik van [24 april 2012], waarbij wordt besloten percelen 4 en 5 van het bouwen van een nieuw woon- en zorgcentrum voor 64 ROB en 56 RVT bedden, 3 eenheden in kortverblijf, een dagzorgcentrum voor 15 plaatsen en een dienstenloket, te weten het perceel electriciteitswerken en plaatsing van een middenspanningscabine toe te wijzen aan het bedrijf nv Gielen".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 juni 2012, om 14.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christophe Bodvin, die loco advocaat Steven Menten verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Tom De Gendt, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. Het Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Maaseik schrijft bij wijze van algemene offerteaanvraag een overheidsopdracht voor de aanneming van werken uit met als voorwerp het bouwen van een nieuw woon- en zorgcentrum voor 64 ROB en 56 RVT bedden, 3 eenheden in kortverblijf, een dagzorgcentrum voor 15 plaatsen en een dienstenloket.

De opdracht wordt onderverdeeld in verschillende percelen.

3.2. Percelen 4 en 5 omvatten de middenspanningscabine en de elektrische installatie. De gezamenlijke waarde van deze percelen wordt geraamd op 1.398.817,30 euro.

3.3. Vijf inschrijvers dienen een offerte in.

3.4. In het gunningsverslag van 14 februari 2012 worden de punten toebedeeld als volgt:

	Weging	CKS bvba	Nv Gielen	Nv Fabricom	Nv Limec	Nv VMA
Prijs	40	40	37,96	36,32	32,79	31,19
Technische waarde	55	49,93	53,3	42,1	51,6	50,55
Toegevoegde waarborgen	5	5	5	5	5	5
Totaal	100	94,93	96,26	83,42	89,39	86,74

Aldus besluit het architectenbureau "dat niets zich verzet tegen de toekenning van de werken aan nv Elektriciteitswerken Gielen nv."

3.5. Op 21 februari 2012 beslist het OCMW Maaseik om de opdracht overeenkomstig voormeld verslag te gunnen aan nv Elektriciteitswerken Gielen voor een bedrag van 1.231.205,26 euro, btw niet inbegrepen.

3.6. Bij aangetekend schrijven van 28 februari 2012 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen. Als bijlage wordt een kopie gevoegd van het gunningsverslag. Tevens wordt meegedeeld dat de aanbestedende overheid een wachttermijn zal in acht nemen.

3.7. Met een ter post aangetekend verzoekschrift van 14 maart 2012 vordert de bvba CKS de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de voormelde beslissing van 21 februari 2012.

3.8. Bij arrest nr. 218.827 van 5 april 2012 beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van het voormelde besluit van de raad voor maatschappelijk welzijn van Maaseik van 21 februari 2012 op grond van volgende overwegingen:

> "10. Uit het gunningsverslag blijkt evenwel dat verwerende partij het tweede gunningscriterium inzake de technische waarde van de voorgestelde materialen, beoordeeld heeft aan de hand van 13 gegevens, die als volgt werden gewogen:
>
> Stopcontacten en schakelaars 4 punten
> Verlichtingstoestellen 20 punten
> Distributiesystemen 4 punten
> Middenspanning 2 punten
> Branddetectie 3 punten

Toegangscontrole	3 punten
Teledistributie	1 punt
Data-installatie	2 punten
Verpleegomroep-installatie	5 punten
Telefonie-installatie	5 punten
Geluids-installatie	3 punten
Camerabewaking	2 punten
Bliksembeveiliging	1 punt.

Een aantal van deze gegevens werden bovendien nog nader onderverdeeld, waarbij aan die onderverdelingen ook telkens een weging werd toegekend.

11. Verzoekende partij lijkt aldus te moeten worden bijgevallen waar zij in essentie betoogt dat verwerende partij onderdelen van de opdracht heeft geëvalueerd op een wijze die niet op het bestek steunde en bovendien daarbij een niet vooraf bekendgemaakte weging heeft toegekend en gehanteerd, na opening van de offertes.

12. De vraag rijst dan of die werkwijze een correcte toepassing inhoudt van het betrokken gunningscriterium en verenigbaar is met de aangehaalde bepalingen, die opleggen “de” of “al” de gunningscriteria te vermelden in het bestek, hetgeen bezwaarlijk het geval lijkt te kunnen zijn indien niet ook het voorwerp van de evaluatie met de besteksbepalingen strookt.

13. Op het eerste gezicht lijken de voormelde afgezonderde gegevens niet overeen te komen met hetgeen als voorwerp van evaluatie is bepaald bij de omschrijving van het betrokken criterium in het bestek (“technische waarde van de voorgestelde materialen, toestellen, installaties en uitrustingen”) en lijken ze evenmin te sporen met de posten van de meetstaat.
Ook lijken ze niet te zijn geëvalueerd zoals het bestek zulks voorschrijft (“onder meer beoordeeld worden: de stabiliteit en de stevigheid, het materiaalgebruik, de kwaliteit van de afwerking, de technische performanties en kwalitatieve meerwaarden”).

14. Voorts lijkt op het eerste gezicht niet te kunnen worden uitgesloten dat indien deze gegevens en hun respectieve weging bij de voorbereiding van de offertes bekend waren geweest, ze deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden.

15. De conclusie lijkt aldus te moeten luiden dat het te dezen gehanteerde beoordelingssysteem tot een ondeugdelijk hanteren van het tweede prijscriterium lijkt te hebben geleid, zodat de in het middel geschonden geachte voormelde artikelen 16 en 115, aldus niet correct zijn toegepast. Op die wijze lijkt dan ook niet vast te staan dat aan de voordeligste regelmatige inschrijver werd gegund.”

3.9. Op 13 april 2012 wordt een aangepast gunningsverslag opgesteld. Alvorens over te gaan tot concrete toetsing van de offertes aan de gunningscriteria, bevat het verslag de volgende algemene opmerking:

> "De beoordeling van de gunningscriteria is in detail opgenomen in de tabellen hierna. Bij de beoordeling hiervan werd rekening gehouden met de in het bestek opgenomen criteria van technische kwaliteit (de stabiliteit en stevigheid, het materiaalgebruik, de kwaliteit van de afwerking, de technische performanties en kwalitatieve meerwaarden), esthetische kwaliteit (de vormgeving, de modulariteit, de representativiteit, de integratie in het gebouw, de combinatie van de gebruikte materialen de afwerkingsgraad, de eenheid in vormgeving en afwerking, mogelijke kleuren keuzes), functionele waarde (aan de hand van de bijgevoegde documentatie op grond van de functionele vereisten, die gesteld worden door een rationeel gebruik) en onderhouds- en gebruiksvriendelijkheid (de veiligheid, de onderhoudsvriendelijkheid, de handelbaarheid en de ergonomische kwaliteiten). Ook de behaalde punten voor het criterium 'prijs' zijn hernomen in deze tabellen."

3.10. Voorts blijft de beoordeling van het eerste ("de prijs") en derde gunningscriterium ("attesten, documenten en eigenhandige verklaringen met betrekking tot de dienst na verkoop, de waarborg, de naleverbaarheid en de onderhoudscontracten") ongewijzigd. Wat de beoordeling betreft van het tweede gunningscriterium "technische waarde" wordt met betrekking tot elke offerte opgemerkt dat "de aangeboden materialen voldoen aan de bepalingen van het bestek op technisch, esthetisch, functioneel en onderhouds-gebruiksvriendelijk vlak", behalve de uitdrukkelijk in het verslag voor elke offerte afzonderlijk opgelijste uitzonderingen. Op basis van deze oplijsting wordt vervolgens een puntenscore toegekend, die blijkt overeen te stemmen met de totale score die de inschrijvers reeds behaalden in het eerste gunningsverslag op het criterium technische waarde.

Dit leidt tot de volgende eindrangschikking:

1. Elektriciteitswerken Gielen nv	96,26 %
2. CKS bvba	94,93 %
3. Limec nv	89,39 %
4. VMA nv	86,74 %

5. Fabricom nv 83,42 %

Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan nv Gielen.

3.11. Op 24 april 2012 gaat verwerende partij over tot intrekking van de geschorste beslissing van 21 februari 2012.

3.12. Met een afzonderlijke beslissing van diezelfde datum beslist verwerende partij om de opdracht te gunnen aan nv Gielen.

3.13. Bij aangetekend schrijven van 7 mei 2012 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen. Als bijlage wordt een kopie gevoegd van het gunningsverslag. Tevens wordt meegedeeld dat de aanbestedende overheid een wachttermijn zal in acht nemen.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4.1. Krachtens 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.

4.2. Te dezen is evenwel 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, van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

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

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

5. Een eerste middel is genomen uit de schending van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en van artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

Eerste middelonderdeel

Uiteenzetting

6. In een eerste onderdeel voert verzoekende partij in essentie aan dat er sprake zou zijn van een schending van voormelde bepalingen omdat verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing voor het tweede gunningscriterium "een waardebepaling" heeft gegeven terwijl in het bestek nergens staat vermeld of en zo ja, hoe er een waardebepaling per afzonderlijke post zou gebeuren. Indien verwerende partij "geen rekenkundige onderverdelingen binnen gunningscriterium (b) voorziet, mag zij niet nadien, zonder objectieve en transparante besteksbasis een willekeurig puntensysteem toepassen, ook al is dit een concrete uitwerking van een puntencriterium". Doordat voor alle inschrijvers in de nieuwe beslissing exact dezelfde score wordt verkregen op het tweede gunningscriterium als in de eerste beslissing, zou impliciet blijken dat "ondanks de niet-vermelding van de subgunningscriteria men een identiek rekenkundige

onderverdeling gehanteerd heeft" en zich heeft laten leiden door andere criteria dan degene die bleken uit het bestek en gebruik heeft gemaakt van een achteraf vastgestelde weging.

Beoordeling

7. Artikel 16 van de voormelde wet van 24 december 1993 bepaalt onder meer:

> "Bij algemene of beperkte offerteaanvraag dient de opdracht toegewezen te worden aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient rekening houdend met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek, of eventueel in de aankondiging van de opdracht".

Artikel 115, eerste lid, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, bepaalt dat de aanbestedende overheid de regelmatige offerte kiest die haar het voordeligst lijkt op grond van criteria die verschillend kunnen zijn naargelang van de opdracht.

Voorts luiden het tweede en derde lid van dit artikel:

> "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.
> Wat de overheidsopdrachten betreft die de bedragen voor Europese bekendmaking bereiken, specificeert de aanbestedende overheid de weging van elk gunningscriterium, die eventueel kan worden uitgedrukt binnen een vork met een passend verschil tussen minimum en maximum. Indien een dergelijke weging om aantoonbare redenen niet mogelijk is, worden de criteria vermeld in dalende volgorde van belangrijkheid."

Op het eerste gezicht lijkt te moeten worden aangenomen dat de litigieuze opdracht het bedrag voor Europese bekendmaking bereikt.

Overeenkomstig artikel 2, derde lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 dient immers, wanneer een werk wordt verdeeld in percelen,

hun samengevoegd geraamde bedrag in aanmerking genomen om te bepalen of het bedrag voor Europese bekendmaking werd bereikt.

Aangezien de opdracht werd bekendgemaakt vóór 1 januari 2012, geldt te dezen als Europees drempelbedrag voor opdrachten van werken 4.845.000 euro, btw niet inbegrepen. Te dezen wordt de waarde van de litigieuze percelen 4 en 5, die slechts betrekking hebben op de elektriciteitswerken en middenspanningscabine, alleen reeds geraamd op 1.398.817,30 euro. Voorts werd de opdracht - alvast naspeurbaar voor perceel 5 - eveneens bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie van 1 december 2012 zodat verwerende partij er zelf lijkt van uit te gaan dat de opdracht het Europese drempelbedrag overschrijdt. Bovendien blijkt dat de prijzen die de inschrijvers hebben geboden voor de percelen 4 en 5 alleen al tussen de 1.168.443,50 en 1.498.690 euro liggen.

8. Het op de opdracht toepasselijke bijzonder bestek omschrijft de volgende gunningscriteria:

> "Gunningscriteria en hun deelcriteria
>
> De prijs 40 punten
>
> De technische waarde van de voorgestelde materialen, toestellen installaties en uitrustingen, aan te tonen aan de hand van een complete materiaallijst en de technische fiches van de voornaamste onderdelen en toebehoren. 55 punten
>
> De door de inschrijver toegevoegde attesten, documenten en eigenhandige verklaringen met betrekking tot de dienst na verkoop, de waarborg, de naleverbaarheid en de onderhoudscontracten
> 5 punten".

De gunningscriteria worden in het bestek nog nader toegelicht als volgt:

> "- Bedrag van de inschrijving
>
> Van iedere regelmatige inschrijver wordt het quotiënt berekend tussen het bedrag van de laagste regelmatige inschrijving (als deeltal) en het bedoelde bedrag (als deler). Dit quotiënt wordt vermenigvuldigd met het maximum

te behalen punten en geeft de voor elke offerte bekomen score. De score wordt afgerond tot 2 cijfers achter de komma.

- Technische kwaliteit:

Deze zal beoordeeld worden aan de hand van de bijgevoegde documentatie of beschikbare informatie.

Zullen onder meer beoordeeld worden: de stabiliteit en stevigheid, het materiaalgebruik, de kwaliteit van de afwerking, de technische performanties en kwalitatieve meerwaarden.

- Esthetische kwaliteit :

Deze zal beoordeeld worden aan de hand van bijgevoegde tekeningen en foto's.

Zullen onder meer beoordeeld worden: de vormgeving, de modulariteit, de representativiteit, de integratie in het gebouw, de combinatie van de gebruikte materialen, de afwerkingsgraad, de eenheid in vormgeving en afwerking, mogelijke kleuren keuzes.

- Functionele waarde:

Deze zal beoordeeld worden aan de hand van de bijgevoegde documentatie op grond van de functionele vereisten, die gesteld worden door een rationeel gebruik.

- Onderhouds-gebruiksvriendelijkheid

Deze zal beoordeeld worden op basis van de veiligheid, de onderhoudsvriendelijkheid, de handelbaarheid en de ergonomische kwaliteiten.

- Waarborgen, zekerheid van naleverbaarheid, onderhoudscontracten

De inschrijver zal een apart en ondertekend document bij zijn bieding voegen waarin de door hem gegeven waarborgen beschreven staan (waarborgen op de materialen, de bewegende delen met vermelding van de waarborgtermijnen), alsook de door hem gegarandeerde minimumtermijn voor naleverbaarheid en een volledig uitgewerkt onderhoudscontract met specificatie van volgende gegevens:
*kostprijs periodiek onderhoud inclusief vervanging van de onderdelen, onderhevig aan normale slijtage,
*interventietijd bij storing of panne
*uurlonen voor extra-contractuele prestaties.
*eventuele toeslagen bij kortere interventietijden of tijdens avond-weekend en vakantieperiodes."

9. In het eerste gunningsverslag, daterend van 14 februari 2012, was het tweede gunningscriterium inzake de technische waarde van de voorgestelde materialen beoordeeld aan de hand van 13 gegevens, waaraan bovendien een afzonderlijke weging werd toegekend.

In zijn hiervoor aangehaald arrest nr. 218.827 van 5 april 2012 oordeelde de Raad van State dat verzoekende partij aldus leek te moeten worden bijgevallen waar zij in essentie betoogde dat verwerende partij onderdelen van de opdracht heeft geëvalueerd op een wijze die niet op het bestek steunde en bovendien daarbij een niet vooraf bekendgemaakte weging heeft toegekend en gehanteerd, na opening van de offertes. Tevens oordeelde de Raad dat de voormelde afgezonderde gegevens op het eerste gezicht niet leken overeen te komen met hetgeen als voorwerp van evaluatie was bepaald bij de omschrijving van het betrokken criterium in het bestek ("technische waarde van de voorgestelde materialen, toestellen, installaties en uitrustingen") en evenmin leken te sporen met de posten van de meetstaat. Ook leken ze niet te zijn geëvalueerd zoals het bestek zulks voorschrijft ("onder meer beoordeeld worden: de stabiliteit en de stevigheid, het materiaalgebruik, de kwaliteit van de afwerking, de technische performanties en kwalitatieve meerwaarden"). Voorts oordeelde de Raad dat het niet uitgesloten leek dat indien deze gegevens en hun respectieve weging bij de voorbereiding van de offertes bekend waren geweest, ze deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden. De Raad concludeerde dan ook dat het gehanteerde beoordelingssysteem tot een ondeugdelijk hanteren van het tweede prijscriterium lijkt te hebben geleid, zodat de in het middel geschonden geachte voormelde artikelen 16 en 115, aldus niet correct zijn toegepast.

10. De bij voormeld arrest in haar tenuitvoerlegging geschorste beslissing van 21 februari 2012 werd inmiddels evenwel ingetrokken en er werd een nieuwe gunningsbeslissing genomen op grond van een aangepast gunningsverslag.

In tegenstelling tot wat het geval was in het eerste gunnings-verslag, wordt in het hiervoor aangehaald gunningsverslag van 13 april 2012 uitdrukkelijk opgemerkt in het algemeen dat bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium "technische waarde" rekening werd gehouden met de in het

bestek opgenomen criteria van technische kwaliteit (de stabiliteit en stevigheid, het materiaalgebruik, de kwaliteit van de afwerking, de technische performanties en kwalitatieve meerwaarden), de esthetische kwaliteit (de vormgeving, de modulariteit, de representativiteit, de integratie in het gebouw, de combinatie van de gebruikte materialen, de afwerkingsgraad, de eenheid in vormgeving en afwerking, mogelijke kleuren keuzes), functionele waarde (aan de hand van de bijgevoegde documentatie op grond van de functionele vereisten, die gesteld worden door een rationeel gebruik) en onderhouds- en gebruiksvriendelijkheid (de veiligheid, de onderhoudsvriendelijkheid, de handelbaarheid en de ergonomische kwaliteiten).

Met betrekking tot elke offerte wordt voorts opgemerkt dat de "aangeboden materialen voldoen aan de bepalingen van het bestek op technisch, esthetisch, functioneel en onderhouds-gebruiksvriendelijk vlak", behalve de uitdrukkelijk in het verslag voor elke offerte afzonderlijk opgelijste uitzonderingen. Op grond van deze oplijsting wordt vervolgens een puntenscore toegekend, die blijkt overeen te stemmen met de totale score die de inschrijvers reeds behaalden in het eerste gunningsverslag op het criterium technische waarde.

11. 1. Zelfs indien zou worden aangenomen dat voormelde beoordelingselementen technische kwaliteit, esthetische kwaliteit, functionele waarde en onderhouds- en gebruiksvriendelijkheid, daadwerkelijke subcriteria uitmaken, dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat zij stroken met de toelichting van de gunningscriteria zoals opgenomen in het bestek zodat geen sprake lijkt te zijn van achteraf vastgestelde subcriteria, mede, zo lijkt het, in het licht van het recente arrest van het Hof van Justitie van 21 juli 2011 in de zaak C-252/10 P inzake Evropaïki Dynamiki, volgens hetwelk nader specificeren van vooraf ter kennis gebrachte gunningscriteria niet absoluut verboden is.

11.2. Bovendien blijkt nergens uit het gunningsverslag van 13 april 2012 dat aan voormelde beoordelingselementen achteraf een afzonderlijke weging zou zijn toegekend.

11.3. Voorts blijkt de beoordelingsmethodiek voor het tweede gunningscriterium niet vooraf te zijn bekendgemaakt. Er lijkt evenwel geen

algemene verplichting te bestaan in de huidige stand van het recht om de beoordelingsmethodiek voorafgaand bekend te maken.

De drievoudige grief waartoe het middel in essentie is beperkt, wordt dus niet aanvaard.

12. Verzoekende partij voert in haar middel ook nog als argument aan dat, aangezien voor alle inschrijvers in de nieuwe beslissing exact dezelfde score wordt verkregen op het tweede gunningscriterium “technische waarde” als in de eerste beslissing, impliciet blijkt dat verwerende partij zich ook bij de huidige bestreden beslissing heeft laten leiden door andere criteria dan degene die bleken uit het bestek en gebruik heeft gemaakt van een achteraf vastgestelde weging.

13. Daarbij lijkt verzoekende partij er echter aan voorbij te gaan dat de gunningsbeslissing van 21 februari 2012 op 24 april 2012 werd ingetrokken. Deze intrekkingsbeslissing heeft tot gevolg dat de eerste gunningsbeslissing wordt geacht nooit te hebben bestaan. Verwerende partij lijkt dan ook in principe niet gebonden door de motieven waarop deze steunde, noch lijken deze motieven impliciet uit de nieuwe beslissing te kunnen worden afgeleid. Zij blijkt immers hiervan, en dus ook van het eerste aanbestedingsverslag, afstand te hebben genomen door de beslissing in te trekken, blijkbaar als reactie op het bezwaar van verzoekende partij zelf en het voormelde schorsingsarrest nr. 218.827 van de Raad van State.

Bij de beoordeling van het middel waar een schending van artikel 16 van de wet en 115 van het koninklijk besluit wordt ingeroepen, slechts omdat er sprake zou zijn van subcriteria, weging ervan en beoordelingsmethodiek , die achteraf zouden zijn vastgesteld, lijkt de Raad dan ook uit te moeten gaan van de bestreden beslissing zelf, en dus niet van een eerdere, inmiddels ingetrokken beslissing.

Zoals reeds werd opgemerkt, blijkt uit de bestreden beslissing zelf op het eerste gezicht niet te kunnen worden afgeleid dat er sprake zou zijn van achteraf vastgestelde subcriteria en een achteraf vastgestelde weging ervan.

Het feit dat verwerende partij in de nieuwe beslissing eenzelfde puntenscore geeft aan de inschrijvers wat betreft het gunningscriterium technische waarde komt voorts op het eerste gezicht weliswaar bevreemdend over, doch dergelijke toekenning van identieke punten lijkt niet op zichzelf onrechtmatig. Ter terechtzitting betoogt verwerende partij in die lijn dat de stellers van het gunningsverslag, om niet willekeurig te handelen, aan hun eerste beoordeling wilden vasthouden, nu zij er ook al bij de eerste evaluatie achter stonden.

14. Te dezen dient te worden vastgesteld, ten overvloede, dat de lijst met uitzonderingen bij de offerte van verzoekende partij toch maar liefst tien negatieve punten bevat, tegenover slechts vier bij de offerte van de gekozen inschrijver, wat op het eerste gezicht van aard lijkt te zijn om op zijn minst het puntenverschil zelf in het voordeel van de gekozen inschrijver - van 49,93/55 voor verzoekende partij tegenover 53,30/55 - op het gunningscriterium "technische waarde", niet willekeurig te achten.

Overigens rijst in het licht van de motivering in het gunningsverslag bij de beoordeling van het gunningscriterium "technische waarde" op het eerste gezicht ook de vraag naar de regelmatigheid van de offerte van verzoekende partij, zij het dat verwerende partij hieromtrent blijkbaar zelf geen uitspraak heeft gedaan, zodat dit vraagpunt te dezen geen antwoord behoeft.

15. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede middelonderdeel

Uiteenzetting

16. In wat als een tweede onderdeel van het middel kan worden beschouwd, voert verzoekende partij op enkele plaatsen aan dat verhoudingsgewijs teveel punten aan de besproken post zouden zijn toegekend en dat de weging nergens op voorhand in het bestek werd weergegeven. Daarnaast zou ook de beoordeling *in concreto* en toewijzing van de punten technische beoordelings-fouten bevatten, die in het verzoekschrift nader worden toelicht.

Beoordeling

17. Er dient te worden vastgesteld dat de eerste kritiek van verzoekende partij die de weging betreft, die nergens op voorhand in het bestek zou zijn weergegeven, slechts betrekking lijkt te kunnen hebben op de eerste, inmiddels ingetrokken beslissing, zodat deze kritiek in het licht van de nieuwe beslissing feitelijke grondslag lijkt te missen.

18. Wat dan de beweerde technische beoordelingsfouten betreft valt op te merken dat in het gunningsverslag onder meer het volgende wordt opgemerkt bij de offerte van verzoekende partij:

> "De aangeboden afwerking van stopcontacten, schakelaars en teledistributie contactdozen is enkel in de witte kleur. Het bestek stelt dat er een kleurkeuze mogelijk moet zijn. Door deze beperking wordt niet voldaan aan de esthetische eisen van de voorgestelde materialen."

Verzoekende partij lijkt te menen dat zij in de beoordeling een aantal punten zou hebben verloren louter en alleen omwille van het aspect "kleur", hetgeen niet in verhouding staat tot de kostprijs daarvan in de totale offerte.

Prima facie bepaalt het bestek evenwel dat eender welke kleurkeuze uit het gamma van de fabrikant moet mogelijk zijn zonder prijsconsequenties. Verzoekende partij betwist in haar verzoekschrift niet dat zij voor het betrokken element enkel een witte kleur aangeboden heeft. Op het eerste gezicht valt dan ook niet in te zien hoe verwerende partij een "technische beoordelingsfout" zou hebben gemaakt door verzoekende partij om deze reden minder punten toe te kennen voor het gunningscriterium "technische waarde".

19. Met betrekking tot het verlichtingstoestel PLC 4 (artikel 5.2.10 bestek) wordt in het gunningsverslag het volgende opgemerkt:

> "Het aangeboden verlichtingstoestel type PLC 4 voldoet esthetisch niet aan de gestelde eisen. Het aangeboden toestel is van het opbouwtype, het bestek vermeldt een inbouwtoestel."

Deze bewering zou volgens verzoekende partij technisch niet correct zijn omdat het door haar voorgestelde type zowel inbouw als opbouw zou kunnen worden gebruikt. Indien het toestel dient te worden ingebouwd, kan er volgens haar gebruik worden gemaakt van een speciale ring.

Verwerende partij repliceert dat volgens het opgemaakte titelblad toegevoegd aan de technische fiche van het verlichtingstoestel, er enkel sprake is van het toestel zelf en er geen melding van wordt gemaakt dat het benodigd accessoir voorwerp voor inbouw ook aangeboden wordt en inbegrepen is. Indien men het toestel zou inbouwen met behulp van de betrokken inbouwring betreft het volgens haar bovendien slechts een gedeeltelijke inbouw, die niet het esthetisch beeld geeft die de ontwerper wil verkrijgen. Ten slotte merkt zij op dat voor het vergelijkbaar toestel type PLC 5 verzoekende partij er blijkbaar wel in geslaagd is om een inbouwtoestel aan te bieden.

Prima facie vermeldt het bestek bij artikel 5.2.10 inderdaad een inbouwtoestel.

Op het eerste gezicht lijkt aldus geen "technische beoordelingsfout" voorhanden doordat verwerende partij de door verzoekende partij gesuggereerde oplossing via een speciale ring – indien deze al inbegrepen was in haar offerte – als negatief punt beschouwt vanuit het oogpunt van de esthetiek. Overeenkomstig het bestek diende verwerende partij bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium onder meer de esthetische kwaliteit van de offertes te beoordelen. Het feit dat er ook in dat geval slechts van een gedeeltelijke inbouw sprake is, lijkt overigens uitdrukkelijk te worden bevestigd in de door verzoekende partij als stuk 9 neergelegde technische fiche.

20. Met betrekking tot de verlichtingstoestellen TLA 1 (art. 5.3.1), TLA 2 (art. 5.3.2.) en TLA 3 (art. 5.3.3.) wordt in het gunningsverslag over de offerte van verzoekende partij het volgende opgemerkt:

> "De aangeboden verlichtingstoestellen type TLA 1, TLA 2, TLA 3 zijn niet direct koppelbaar, enkel met toepassing van doorvoerbedrading. Deze doorvoerbedrading werd niet aangeboden. Technisch voldoen de aangeboden toestellen niet aan de eisen van het bestek."

Verzoekende partij voert aan dat, indien men gebruik maakt van een bepaald koppelstuk, deze toestellen wel koppelbaar zijn.

Verwerende partij merkt op dat noch uit het titelblad noch uit de toegevoegde documentatie kan worden afgeleid dat het toestel direct koppelbaar is voor lijnverlichting. Het door verzoekende partij aangehaalde koppelstuk zou louter een mechanische koppeling tussen twee toestellen van het type TMS 122 betreffen. Het koppelstuk is aldus niet gepast, want het armatuurtype TMS 122 wordt niet toegepast in het ontwerp. Om het toestel type TMS 122 direct koppelbaar te maken voor lijnverlichting dient er volgens haar nog in de nodige doorvoerbedradingen en koppelstukken te worden voorzien.

Prima facie vereist het bestek dat de aangeboden verlichtingstoestellen direct koppelbaar zijn voor lijnverlichting. De vraag of de offerte van verzoekende partij al dan niet aan deze bepaling beantwoordt, vertoont evenwel een dermate technisch karakter dat de Raad van State zonder deskundige ondersteuning niet bij machte is om deze vraag te beantwoorden. Vastgesteld dient ook dat verzoekende partij zelf geen deskundigenonderzoek vraagt op dit punt. Overigens rijst de vraag of dit element van de offerte op zich genomen van aard zou zijn om de rangschikking tussen de offertes te kunnen beïnvloeden. Het betreft hier immers slechts één van de tien negatieve opmerkingen die verwerende partij heeft gemaakt betreffende de technische waarde van de offerte van verzoekende partij.

21. Over de verlichtingstoestellen NPO (art. 5.8.1.) en NPI (art. 5.8.2), die veiligheidsverlichting betreffen, wordt in het gunningsverslag het volgende opgemerkt:

> "Het aangeboden verlichtingstoestel NPO voldoet technisch niet aan de bepalingen van het bestek. Het aangeboden toestel heeft een beschermingsgraad van IP 40 en een lichtstroom van 380 lumen. Het bestek vereist een beschermingsgraad van IP 42 en een lichtstroom van 450 lumen.
>
> Het aangeboden verlichtingstoestel NPI voldoet technisch niet aan de bepalingen van het bestek. Het aangeboden toestel heeft een beschermingsgraad van IP 20 en een lichtstroom van 380 lumen. Het

bestek vereist een beschermingsgraad van IP 42 en een lichtstroom van 450 lumen."

Verzoekende partij werpt enerzijds, onder verwijzing naar de zogenaamde "studie Van Lien en het Proefverslag Laborelec" op dat haar toestel wel zou voldoen, anderzijds dat bij wandmontage het toestel ETAP zoals aangeboden door nv Gielen evenmin IP 40 is.

Verwerende partij repliceert in essentie dat het bestek een beschermingsgraad IP42 bij plafondmontage voorschrijft en dat de studie en het proefverslag bij de technische fiche waren gevoegd zodat zij niet kon oordelen op basis van veronderstellingen, nu de technische fiche zonder meer IP40 vermeldde. Bovendien zou hoe dan ook niet voldaan zijn aan het besteksvereiste van 450 lumen, terwijl de technische waarde van de lichtstroom in geval van nood een veiligheidsaspect inhoudt.

Prima facie dient te worden vastgesteld dat het bestek een beschermingsgraad IP42 bij plafondmontage vereist. De kritiek van verzoekende partij omtrent de IPgraad bij wandmontage van het door nv Gielen geboden toestel lijkt dan ook niet ter zake. Voorts lijkt het verwerende partij op het eerste gezicht niet ten kwade te kunnen worden geduid dat zij slechts rekening hield met de informatie die de inschrijver bij zijn offerte heeft gevoegd. In de technische fiche m.b.t. het toestel NPO wordt slechts beschermingsgraad IP 40 en output 380 lumen vermeld. In de technische fiche m.b.t. het toestel NPI wordt beschermingsgraad IP 20 en output 380 lumen vermeld. Overigens blijkt op het eerste gezicht ook nergens uit de door verzoekende partij pas bij haar verzoekschrift gevoegde "studie Van Lien en het Proefverslag Laborelec" dat aan het besteksvereiste van 450 lumen zou zijn voldaan. Ook de beoordeling van verwerende partij met betrekking tot de verlichtingstoestellen NPO en NPI lijkt dus geen "technische beoordelingsfout" te bevatten.

22. Het tweede onderdeel van het eerste middel is niet ernstig, zodat het middel in zijn geheel niet ernstig is.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

23. Een tweede middel is genomen uit "de schending van de formele en materiële motiveringsplicht, het gelijkheids- en transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, de beginselen van behoorlijk bestuur en het verbod van willekeur".

Verzoekende partij wijst erop dat de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes en de gelijkheid van de inschrijvers vereist dat, wanneer het bestek aparte en volgens verschillend belang gerangschikte gunningscriteria bevat, alle inschrijvingen aan die aparte criteria worden getoetst, zonder dat het opdrachtgevend bestuur zich mag laten leiden door andere criteria. De gelijkheid der inschrijvers en de objectiviteit en transparantie van de beoordelingswijze vereist dit ook. Verzoekende partij wijst er hierbij op dat het eenvoudig weglaten van het voormalige A3-document de rekenkundige basis van de nieuwe beslissing niet zonder meer objectief maakt.

Het opdrachtgevend bestuur kan te dezen volgens verzoekende partij niet een op voorhand niet gekend puntensysteem hanteren dat dan nog niet eens in verhouding staat tot diens deel in de totale offerteprijs, zelfs indien blijkt dat dit puntensysteem impliciet werd gehanteerd. Het is volgens haar namelijk zo dat hoofdstuk 5 (verlichtingstoestellen) een waarde vertegenwoordigt van 333.645,77 euro, hetzij meer bepaald 28,55 % van de totale offerteprijs van 1.168.444,40 euro, daar waar 20 punten worden toegekend van het maximum van 55 punten, ofwel een percentage van 36,36 % van de totale 100 punten. Dit impliceert volgens verzoekende partij dat men een belangrijkere waarde toekent aan een procentueel minder groot luik of hoofdstuk van de overheidsopdracht.

Voorts moet de gelijke behandeling van de inschrijvers volgens verzoekende partij worden gevrijwaard door het hanteren van duidelijke, precieze en relevante gunningscriteria, die zo moeten worden geformuleerd dat de inschrijvers bij het opstellen van de offerte rekening kunnen houden met de wijze waarop hun offerte zal worden beoordeeld. Indien de gunningscriteria een

interpretatieruimte laten voor de aanbestedende overheid, wordt volgens verzoekende partij niet aan die voorwaarde voldaan. Daarbij is het volgens verzoekende partij ook opmerkelijk dat in het bestek geen beoordelingsmethode wordt vermeld voor het tweede gunningscriterium, terwijl de transparantie hiervan fundamenteel zou zijn.

Beoordeling

24. Met betrekking tot het tweede middel werpt verwerende partij een exceptie *obscuri libelli* op. Op het eerste gezicht lijkt verzoekende partij in haar middel de wijze uiteen te zetten waarop de door haar vermelde beginselen volgens haar geschonden zijn. De exceptie dient dan ook te worden verworpen.

25. In de mate dat verzoekende partij betoogt dat de aanbestedende overheid zich bij de beoordeling niet mag laten leiden door andere criteria dan diegene die in het bestek werden aangekondigd en dat zij daarbij geen - niet op voorhand gekend - puntensysteem mag hanteren, wordt verwezen naar de beoordeling van het eerste middel. Zoals daar reeds werd opgemerkt blijkt uit de bestreden beslissing op het eerste gezicht niet dat er sprake zou zijn van achteraf vastgestelde subcriteria en een achteraf vastgestelde weging ervan.

26.1. Voorts voert verzoekende partij in het tweede middel ook in het bijzonder aan dat verwerende partij voor het subgunningscriterium “verlichtingstoestellen” bovendien een wegingscoëfficiënt zou hebben gehanteerd die niet eens in verhouding staat tot het gedeelte van deze posten in de totale offerteprijs.

26.2. Daarbij dient te worden vastgesteld dat deze kritiek slechts betrekking lijkt te hebben op de eerste, inmiddels ingetrokken beslissing, zodat deze kritiek in het licht van de nieuwe beslissing feitelijke grondslag lijkt te missen.

Overigens lijkt geen van de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen te vereisen dat aan de subgunningscriteria een weging zou worden toegekend die in volstrekt evenredige verhouding staat tot de prijs die de hiermee verband houdende posten vertegenwoordigen in de totale offerteprijs.

Het staat de aanbestedende overheid immers in beginsel vrij om te kiezen aan welke criteria zij het meeste belang hecht.

27. 1. Daarnaast merkt verzoekende partij op dat de gelijke behandeling van de inschrijvers gevrijwaard moet worden door het hanteren van duidelijke, precieze en relevante gunningscriteria.

De door een aanbestedende overheid vastgestelde gunnings-criteria moeten inderdaad verband houden met het voorwerp van de opdracht, ze mogen de aanbestedende overheid geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven, ze moeten uitdrukkelijk zijn vermeld in het bestek of in de aankondiging van de opdracht en ze moeten de fundamentele beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie eerbiedigen.

Dit betekent meer in het bijzonder dat de gunningscriteria in het bestek of de aankondiging zodanig moeten zijn geformuleerd, dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren, dat de aanbestedende dienst de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze moet uitleggen en dat de gunningscriteria bij de beoordeling van de aanbiedingen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle inschrijvers.

27.2. Op het eerste gezicht wordt door verzoekende partij niet aangetoond waarom het te dezen in het bestek vermelde en litigieus gunnings-criterium “technische waarde” dat, zoals uit het bestek blijkt nader onderverdeeld werd in technische kwaliteit (de stabiliteit en stevigheid, het materiaalgebruik, de kwaliteit van de afwerking, de technische performanties en kwalitatieve meerwaarden), de esthetische kwaliteit (de vormgeving, de modulariteit, de representativiteit, de integratie in het gebouw, de combinatie van de gebruikte materialen de afwerkingsgraad, de eenheid in vormgeving en afwerking, mogelijke kleuren keuzes), functionele waarde (aan de hand van de bijgevoegde documentatie op grond van de functionele vereisten, die gesteld worden door een rationeel gebruik) en onderhouds- en gebruiksvriendelijkheid (de veiligheid, de onderhoudsvriendelijkheid, de handelbaarheid en de ergonomische kwaliteiten)

niet duidelijk, precies of relevant zou zijn en een gelijke en transparante beoordeling zou uitsluiten.

28.1. Ten slotte betoogt verzoekende partij in haar tweede middel nog dat het ook opmerkelijk is dat in het bestek geen beoordelingsmethodiek wordt vermeld voor het tweede gunningscriterium, terwijl de transparantie hiervan fundamenteel zou zijn.

28.2. Zoals reeds werd opgemerkt bij de beoordeling van het eerste middel lijkt er overeenkomstig de rechtspraak van de Raad evenwel geen algemene verplichting te bestaan in de huidige stand van het recht om de beoordelingsmethodiek voorafgaand bekend te maken.

29. Het tweede middel is in zijn geheel dan ook niet ernstig.

VI. Voorlopige maatregelen en besluit

30. Verzoekende partij vraagt in haar verzoekschrift tevens om met toepassing van artikel 65/15 van de voormelde wet van 24 december 1993 voorlopige maatregelen te bevelen, meer bepaald om verwerende partij te verplichten betreffende de uitvoering van de opdracht -indien de gunningsbeslissing zou zijn betekend of de overeenkomst zou zijn gesloten met nv Gielengeen aanvangsbevel te verlenen, minstens de uitvoering van de opdracht op te schorten, op straffe van een dwangsom.

31. Nu geen van de middelen ernstig werd bevonden en de gevraagde schorsing niet wordt bevolen, is er geen reden om het verzoek tot voorlopige maatregelen in te willigen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 juni 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Dierk Verbiest**