

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 221.135 van 23 oktober 2012
in de zaak A. 206.516/XII-7092**

In zake: de BVBA WISSNER-BOSSERHOFF BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Isabelle Cooreman
kantoor houdend te 1070 Brussel
Ninoofsesteenweg 643
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

VITAS, opdrachthoudende vereniging
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen
en eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jos Driessen en Anne Dierckxsens

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 oktober 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van
“(i) de beslissing van 4 september 2012 van de raad van bestuur van Vitas waarbij de firma Distrac [...] wordt aangeduid als aannemer voor het perceel 3.1 RVT-bedden en nachtkastjes voor het woonzorgcentrum met 90 woongelegenheden en 3 woongelegenheden voor kort verblijf in de gemeente Hechtel-Eksel, voor de som van 173.486,82 EUR [...].
(ii) de daarmee samenhangende impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan Wissner-Bosserhoff Belgium b.v.b.a.”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 oktober 2012, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Liesbeth Peeters, die loco advocaat Isabelle Cooreman verschijnt voor verzoekende partij, en advocaten Peter Flamey en Sophie Aerts, die verschijnen voor 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. VITAS, opdrachthoudende vereniging voor de huisvesting, begeleiding en verzorging van senioren uit de gemeenten Bocholt, Hechtel-Eksel, Meeuwen-Gruitrode en Peer, schrijft een algemene offerteaanvraag van leveringen “Woonzorgcentrum Hechtel-Eksel - Perceel 3: Los meubilair met deelpercelen” uit.

De voorliggende zaak heeft uitsluitend betrekking op perceel 3.1 “RVT-bedden + nachtkastjes”. De waarde ervan wordt geraamd op 214.110 euro btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 8 juni 2012 en het Publicatieblad van de Europese Unie op 14 juni 2012.

3.3. Het bijzonder bestek nr. 13530/03 vermeldt de volgende gunningscriteria:

- | | |
|--|------------|
| 1. De technische en functionele kwaliteit | 35 punten, |
| 2. De esthetische kwaliteit | 30 punten, |
| 3. Het bedrag van de inschrijving | 25 punten, |
| 4. De waarborgen en de zekerheid van naleverbaarheid | 10 punten. |

Deze gunningscriteria worden in het bestek nader omschreven.
Wat betreft het eerste gunningscriterium luidt deze omschrijving:

“1. De technische en functionele kwaliteit:

Deze omvat de beoordeling op stevigheid, onderhoudsgemak, ed. evenals op voorgestelde technische oplossingen ifv. onderhoud en vervanging van onderdelen.

Gebruiksvriendelijkheid, aanpasbaarheid, stapelbaarheid, verplaatsbaarheid, comfort aanpasbaarheid worden tevens als beoordelingscriteria opgenomen.

Deze zal beoordeeld worden aan de hand van de bijgevoegde documentatie (waaronder minstens de betrokken technische fiches). Indien geen fiche ingediend wordt, wordt de inschrijving geacht conform te zijn met de minimale technische bepalingen.

Indien door analyse van de inschrijvingen evenwel geen éénduidige winnaar kan worden aangeduid of indien het Opdrachtgevend Bestuur nadere toelichting wenst bij de offertes, kan het Opdrachtgevend Bestuur bijkomend een proefopstelling of een bezoek aan bv. een toonzaal of realisatie plannen. Bij een eventuele proefopstelling worden zodanig de modellen getest in het dagelijks gebruik.

[...]

Voor elk van bovenstaande gunningscriteria, wordt ook rekening gehouden met de algemene volledigheid / duidelijkheid van het dossier. De technische fiches per artikelnr. dienen voor elk voorgesteld meubel gebruikt te worden en voorzien van de nodige stalen, documentatie en technische beschrijving. Tevens dient de volgorde van de verschillende artikelnummers gerespecteerd te worden. Referenties van reeds verwezenlijkte projecten worden eveneens mee opgenomen als beoordelingscriteria”.

Aangaande de mogelijkheid om varianten in te dienen bepaalt het bestek:

“Artikel 113 – Varianten

Het bestek legt geen varianten op (= verplichte varianten).

Het is de inschrijver toegestaan om vrije varianten in te dienen, zij het beperkt tot 1 variante per artikel. Indien de inschrijver toch meer dan 1 variante per artikel opneemt, zullen geen van de ingediende varianten voor dit artikel in aanmerking worden genomen voor de beoordeling.

Varianten welke niet voldoen aan de beschrijving in het bestek en geen meerwaarde bieden t.o.v. de originele inschrijving, worden niet mee opgenomen in de beoordeling”.

Deel II van het bestek omvat de beschrijving van de werken en technische voorschriften. Zo worden onder punt 14.01.10 een aantal specifieke technische voorschriften opgenomen betreffende het te leveren standaard RVT-bed.

Ten slotte wordt als bijlage 3 bij het bestek een voorblad van model van technische fiche gevoegd waarin de leverancier dient te verklaren of het voorgestelde meubilair al dan niet volledig voldoet aan de vereisten van het lastenboek.

3.4. Voor perceel 3.1. dienen vier inschrijvers een offerte in onder wie verzoekende partij.

3.5. In het gunningsverslag van 21 augustus 2012, opgesteld door het architectenbureau AR-TE, worden, na het administratief onderzoek en rekenkundig nazicht, de offertes getoetst aan de gunningscriteria.

De beoordelingsmethode van de gunningscriteria wordt in het gunningsverslag nader toegelicht als volgt:

“Legende beoordeling

+ voldoet aan lastenboekomschrijving

- voldoet niet aan lastenboekomschrijving

++ meer dan voldoende
+ voldoende
- minder dan voldoende
-- voldoet niet.”

De afzonderlijke beoordelingen van de offertes leiden tot een samenvattende puntentabel, waaruit blijkt dat de nv Distrac het voorstel met de hoogste score heeft ingediend.

Vervolgens bevat het verslag het volgende besluit:

“Op basis van het technisch en rekenkundig nazicht en na beoordeling van de gunningscriteria behaalde de firma Distrac de hoogste score met het weerhouden voorstel (= hoofdaanbieding) nl. 74,7/100.
De offerte is volledig en conform.
De Firma Distrac kan dan ook voor de levering van het perceel 3.1 RVT-Bedden + Nachtkastjes weerhouden worden als de meest gunstige inschrijver en dit voor een bedrag van 173 485,82 Euro excl. 21% btw.”

3.6. Op 4 september 2012 beslist de raad van bestuur van Vitas om de opdracht overeenkomstig het gunningsverslag te gunnen aan de nv Distrac.

3.7. Met een ongedateerd schrijven, dat door verzoekende partij blijkbaar werd ontvangen op 7 september 2012, wordt zij in kennis gesteld van het feit dat haar offerte niet de meest gunstig beoordeelde inschrijving was.

3.8. Bij e-mail van 7 september 2012 vraagt verzoekende partij aan verwerende partij om haar het gunningsverslag te bezorgen.

3.9. Bij e-mail van 12 september 2012 verstrekt het architectenbureau uitleg over de gunningsbeslissing, zonder dat hierbij evenwel het gunningsverslag wordt bezorgd.

3.10. Bij e-mail van 17 september 2012, na een officiële ingebrekestelling door de raadsman van verzoekende partij, wordt verzoekende partij in kennis gesteld van het gunningsverslag.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4.1. Verzoekende partij dient op 18 oktober 2012 een “pleitnota” in. Verwerende partij verzet zich hiertegen.

4.2. De procedureregeling voorziet niet in de neerlegging van een pleitnota. De Raad van State zal deze nota hierna dan ook niet in zijn beoordeling betrekken, in zoverre deze meer is dan de neerslag van de mondelinge uiteenzetting op de terechtzitting.

V. De schorsingsvoorwaarden

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

5.2. 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.

VI. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

6. Het eerste middel wordt door verzoekende partij samengevat als volgt:

“Eerste ernstig middel, genomen uit de schending van artikel 110 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, de technische bepalingen van het bestek nr. 13530/03, het beginsel inzake de gelijke behandeling van de inschrijvers en het beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

Doordat de aanbestedende overheid niet is overgegaan tot het zorgvuldig controleren van de regelmatigheid van de offertes en meer bepaald van de conformiteit van de offertes met de technische specificaties opgenomen in het bestek en de opdracht bijgevolg heeft gegund aan een inschrijver wiens offerte niet conform was met het bestek.

Terwijl op de aanbestedende overheid de verplichting rust om voorafgaandelijk aan de gunning op een zorgvuldige wijze de regelmatigheid van de offertes te controleren en die offertes die afwijkingen bevatten van de essentiële bepalingen van het bestek te weren als onregelmatig”.

Verzoekende partij werpt in de eerste plaats op dat *in casu* voorafgaandelijk aan de gunning géén controle van de regelmatigheid van de offerte zou hebben plaatsgevonden. Integendeel, verwerende partij heeft in het kader van het gunningscriterium “technische en functionele kwaliteit” nagekeken of de offertes voldeden aan de technische specificaties van het bestek en heeft meer of minder punten toegekend indien aan deze technische specificatie was voldaan, doch zonder de offertes die niet aan deze specificaties voldeden onregelmatig te verklaren. Hierdoor werden offertes die aan de zeer specifieke technische specificaties van het bestek beantwoorden, zoals deze van verzoekende partij,

vergeleken met offertes die niet aan de technische specificaties beantwoorden en dus niet vergelijkbaar waren.

Verder blijkt volgens verzoekende partij dat de controle van de offertes op hun conformiteit met de besteksbepalingen in het kader van het gunningscriterium “technische en functionele kwaliteit” onvoldoende grondig en niet zorgvuldig is gebeurd. Immers, het type bed waarvoor de opdracht uiteindelijk aan de gekozen inschrijver de nv Distrac is gegund, voldoet op meerdere punten niet aan de technische specificaties, hoewel de motivering van de gunningsbeslissing stelt dat de hoofdaanbieding conform het bestek is. Verzoekende partij geeft in haar verzoekschrift een overzicht van de specifieke bepalingen van het bestek, van de wijze waarop het door de nv Distrac voorgestelde model hiervan zou afwijken en van de wijze waarop het door verzoekende partij ingediende model hieraan wel zou beantwoorden.

Indien de aanbestedende overheid alvorens over te gaan tot gunning de regelmatigheid van de offertes had gecontroleerd en de offerte van de nv Distrac op een grondige, zorgvuldige en correcte wijze had onderzocht, had deze offerte, rekening houdende met de afwijkingen op tal van punten op de technische specificaties, nooit als regelmatig kunnen worden beschouwd.

Aangezien de offerte van de nv Distrac afwijkt van een heel aantal essentiële besteksbepalingen, diende zij absoluut nietig te worden beschouwd en als onregelmatig te worden geweerd. Dat de afwijkingen essentiële bepalingen betreffen, blijkt volgens verzoekende partij uit de motivering die in het bestek zelf wordt gegeven aan de technische specificaties waarvan wordt afgeweken.

Zelfs indien de aanbestedende overheid zou opwerpen dat de technische specificaties waarvan wordt afgeweken, niet bepalend zouden zijn en dus niet als essentiële besteksbepalingen kunnen worden beschouwd en de offerte van de nv Distrac dus met een relatieve nietigheid zou zijn aangetast, dan had zij volgens verzoekende partij in elk geval moeten motiveren waarom deze offerte alsnog in aanmerking mocht worden genomen.

Verzoekende partij wijst erop dat de vereiste dat enkel regelmatige offertes voor de gunning van een opdracht in aanmerking kunnen komen, nauw verbonden is met de voor een effectieve mededinging vereiste gelijke behandeling van de inschrijvers. Haar offerte beantwoordde immers wél op alle vlakken aan de technische specificaties, wat tot gevolg heeft gehad dat deze als hoogste in prijs werd gerangschikt. Zij merkt op dat zij in haar gamma eveneens over de goedkopere oplossingen beschikt zoals deze aangeboden door de nv Distrac, doch deze niet heeft voorgesteld in haar offerte omdat ze afwijken van de technische specificaties in het bestek. Indien zij had geweten dat zij ook afwijkingen van de technische specificaties kon voorstellen, dan had zij uiteraard een goedkopere offerte kunnen indienen.

7. Verwerende partij repliceert dat het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid en niet aan de Raad van State staat om te beoordelen of een offerte beantwoordt aan de besteksbepalingen en om de technische eisen van het bestek te interpreteren, evenals om te bepalen of de afwijking al dan niet een essentiële besteksbepaling betreft.

Zij wijst erop dat niet elke afwijking van technische specificaties een afwijking is van een essentiële voorwaarde die leidt tot een substantiële onregelmatigheid.

Verzoekende partij gaat er, zo vervolgt verwerende partij, ten onrechte van uit dat er hier sprake is van essentiële voorschriften, die, in geval van afwijking uitsluitend zouden moeten leiden tot substantiële onregelmatigheid van de offerte. Uit de besteksbepalingen die zij in haar nota aanhaalt, blijkt volgens verwerende partij duidelijk dat, in tegenstelling tot de veronderstelling van verzoekende partij, de aanbestedende overheid beschikt over een beoordelingsmarge op het vlak van de verenigbaarheid van de offertes met de technische en functionele voorschriften van het bestek.

Dit wordt volgens verwerende partij bevestigd door het feit dat de beoordeling van de technische en functionele verenigbaarheid van de aangeboden offertes met het bestek gebeurt aan de hand van een specifiek gunningscriterium “technische en functionele kwaliteit”. Bij de beoordeling van

het gunningscriterium technische en functionele kwaliteit zal de aanbestedende overheid eveneens rekening houden met de aangeboden documentatie, met de proefopstelling en met de mate van voldoening na test voor dagelijks gebruik. Voorts laat het bestek vrije varianten toe.

Verzoekende partij beseft dit volgens verwerende partij ook, aangezien zij in haar verzoekschrift erkent dat niet alle technische en functionele voorschriften noodzakelijkerwijze als essentiële besteksbepalingen hoeven te worden beschouwd.

Vervolgens merkt verwerende partij op dat het eerste middel, in zoverre gesteund op een beweerd gebrek aan voldoende controle, in feite faalt, gelet op de gegevens van het administratief dossier en inzonderheid de toelichting door het architectenbureau, waarvan verzoekende partij overigens zelf melding heeft gemaakt als stuk gevoegd bij haar verzoekschrift. Er werd wel degelijk een zorgvuldige controle gedaan van de mate van verenigbaarheid van de aangeboden bedden vanuit het oogpunt van technische en functionele merites.

Verder wijst verwerende partij erop dat de ontwerper van het bestek er precies voor gekozen heeft om de besteksvoorschriften inzake technische en functionele kwaliteit zo generiek mogelijk te beschrijven, zodat geen enkel bedtype van een bepaalde fabrikant zou worden bevoordeeld. Deze generieke omschrijving was bedoeld om alle leveranciers op gelijke voet te kunnen behandelen.

Daarnaast zou het onderzoek van de bedden uitgewezen hebben dat geen enkel bed 100% voldeed aan de betrokken besteksbepalingen. Dit blijkt volgens verwerende partij uit het analyseverslag van de offertes, en meer bepaald uit de tabellen met gedetailleerde controle van de offertes en vrije varianten ten opzichte van de technische en functionele kwaliteit, aangezien er hoogstens een + wordt vermeld en geen ++.

In zoverre in het middel, ondergeschikt, wordt ingeroepen dat niet zou worden gemotiveerd wanneer een vermeende “afwijking van het voorgeschreven concept kon worden weerhouden”, en dat “het bestuur de redenen

zou moeten aanduiden waarom in de gegeven omstandigheden tot een correcte vergelijking van de inschrijvingen zou gekomen zijn”, faalt deze grief volgens verwerende partij eveneens in feite, gelet op de gegevens van het administratief dossier, te weten de technische beoordelingstabellen met aanduiding van de scores binnen een vork van ++, +, - en --, en de toelichtingen gegeven door het architectenbureau. Hieruit blijkt waarom de beide inschrijvers een gelijke score hebben gehaald op het vlak van de technische en functionele verenigbaarheid, hetgeen heeft geleid tot een identieke score van 24,5/35 op het criterium technische en functionele kwaliteit.

Het middel steunt dan ook op een eigen, verkeerde interpretatie van de besteksvoorschriften door verzoekende partij.

Beoordeling

8. In het gunningsverslag van 21 augustus 2012, waarnaar de bestreden gunningsbeslissing verwijst, worden, na het administratief onderzoek en rekenkundig nazicht, zonder voorafgaand onderzoek of conclusie aangaande de materiële regelmatigheid van de offertes, deze onmiddellijk getoetst aan de gunningscriteria waarbij de beoordelingsmethode van de gunningscriteria in het gunningsverslag nader wordt toegelicht als volgt:

“Legende beoordeling

+ voldoet aan lastenboekomschrijving
- voldoet niet aan lastenboekomschrijving

++ meer dan voldoende
+ voldoende
- minder dan voldoende
-- voldoet niet.”

Deze beoordelingsmethode werd niet aangekondigd in het bestek.

In het gunningsverslag worden de offertes van de inschrijvers blijkbaar slechts getoetst aan de technische voorschriften uit het bestek in het kader

van de beoordeling van het eerste gunningscriterium technische en functionele kwaliteit.

9. In de mate dat al aangenomen zou kunnen worden dat het onderzoek naar de regelmatigheid tegelijkertijd mag gebeuren met de beoordeling van een gunningscriterium inzake de technische kwaliteit van de offertes, lijkt op het eerste gezicht te moeten worden vastgesteld dat verwerende partij in de specifieke omstandigheden van deze zaak de grenzen van een zorgvuldige beoordeling is te buiten gegaan. Zij heeft dit gedaan door betreffende de offertes en varianten van verschillende inschrijvers op diverse punten scores toe te kennen die volgens de toelichting van de beoordelingsmethode impliceren dat deze niet voldoen aan de omschrijving in het bestek, doch vervolgens geen enkele offerte te weren wegens substantiële onregelmatigheid, noch toe te lichten waarom er slechts sprake zou zijn van relatieve onregelmatigheden. Alle basisoffertes en varianten worden immers zonder meer opgenomen in de samenvattende puntentabel aangaande de beoordeling van de gunningscriteria.

Bovendien blijkt dat verwerende partij in de in het gunningsverslag opgenomen motivering bij de beoordeling van de gunningscriteria zonder meer vermeldt dat de basisofferte van de gekozen inschrijver “conform bestek” is, terwijl zij in haar nota als dusdanig niet lijkt te betwisten dat ook de basisofferte van de gekozen inschrijver afwijkt van een aantal technische besteksbepalingen.

10. In geval van afwijkingen van technische besteksbepalingen geldt als uitgangspunt dat afwijkingen van deze besteksbepalingen in beginsel leiden tot substantiële onregelmatigheid van de offerte.

Verwerende partij toont in haar nota niet *prima facie* aan dat er slechts sprake zou zijn van relatieve onregelmatigheden.

In casu wordt bij de technische voorschriften in het bestek op het eerste gezicht nergens een onderscheid gemaakt tussen minimale eisen en wensen, noch aangegeven dat deze voorschriften slechts “indicatief” zouden zijn. Uit de omschrijving van de gunningscriteria in het administratief gedeelte van het bestek, waarin wordt opgemerkt dat indien geen technische fiches worden ingediend, de

inschrijving geacht wordt conform te zijn met “de minimale technische bepalingen”, lijkt veeleer begrepen te kunnen worden dat het bestek aldus minimale technische bepalingen bevat. Wanneer in het bestek verwezen wordt naar “minimale technische bepalingen” mag aangenomen worden dat het gaat om essentiële vereisten waaraan de offerte in beginsel moet voldoen op straffe van niet-conformiteit.

Het feit dat verwerende partij “de technische en functionele kwaliteit” als gunningscriterium heeft opgenomen in het bestek, doet op het eerste gezicht geen afbreuk aan de technische vereisten die zij heeft vooropgesteld in deel II van het bestek. Dergelijke werkwijze lijkt slechts aanvaardbaar voor zover blijkt dat de aanbestedende overheid effectief de regelmatigheid van de offertes heeft onderzocht en hieraan de nodige conclusies heeft verbonden. Daarbij dient hier te worden vastgesteld dat de in het gunningsverslag gehanteerde beoordelingsmethode waarbij overeenkomstig de “legende” een ‘-’ wordt toegekend in geval de offerte niet voldoet aan het lastenboek, in het bestek geenszins was aangekondigd, zodat de inschrijvers op het ogenblik van het indienen van de offerte er bij hun interpretatie van het bestek geen rekening mee konden houden.

Ook de verwijzing door verwerende partij naar het feit dat men rekening houdt met de aangeboden documentatie en met de proefopstelling bij de beoordeling van het eerste gunningscriterium, is niet relevant voor de beoordeling van het al dan niet essentieel karakter van de betrokken technische voorschriften. In beginsel mogen immers uitsluitend regelmatige offertes bij de proefopstelling worden betrokken.

Dat het bestek vrije varianten toestaat, neemt niet weg dat de basisofferte in beginsel dient te voldoen aan de technische vereisten zoals opgenomen in het bestek. Overigens moeten overeenkomstig artikel 16 van de wet van 24 december 1993 ook vrije varianten de minimumvoorwaarden vervullen die in het bestek staan vermeld. Uit het gunningsverslag blijkt bovendien dat de eerste drie gerangschikten hoofdaanbiedingen betreffen en dus geen varianten.

11. Zelfs indien de door verzoekende partij aangehaalde afwijkingen van de technische besteksbepalingen in de offerte van de gekozen inschrijver

slechts relatieve onregelmatigheden zouden betreffen, dient te worden vastgesteld dat nergens uit het gunningsverslag of het administratief dossier een motivering blijkt waarom hier aan deze onregelmatigheden zou kunnen worden voorbijgegaan.

De argumentatie van verwerende partij dat dit middelonderdeel feitelijke grondslag zou missen omdat uit de technische beoordelingstabellen bij het gunningsverslag en de toelichting gegeven door het architectenbureau zou blijken waarom beide inschrijvers een gelijke score hebben behaald op het eerste gunningscriterium, kan niet worden aanvaard. Deze motivering heeft immers slechts betrekking op de beoordeling van het eerste gunningscriterium en bevat geen motivering waarom afwijkingen van het bestek niettemin zouden kunnen worden aanvaard.

12. Evenmin blijkt hoe verwerende partij de offertes van de verschillende inschrijvers heeft kunnen vergelijken zonder de inschrijvers die zich op de door verzoekende partij aangehaalde punten wel naar de formele normen van het bestek hebben gericht, te benadelen.

Verzoekende partij lijkt op het eerste gezicht niet ongeloofwaardig in haar redenering dat, indien zij had geweten dat zij ook afwijkingen van de technische specificaties kon voorstellen, zij een andere, mogelijks goedkopere offerte had kunnen indienen.

Aldus lijkt er tevens in die zin sprake van een schending van de gelijke behandeling van de inschrijvers.

Het eerste middel is in de besproken mate ernstig.

13. Verwerende partij werpt nog twee excepties van gebrek aan belang bij het middel op.

13.1.1. In een eerste exceptie stelt zij dat verzoekende partij geen enkel belang heeft bij het middel omdat het verschil werd gemaakt, afgezien van de prijs, in de gebruikstest, waar de score van verzoekende partij lager was dan deze van de

nv Distrac. Eigenlijk had de offerte van verzoekende partij geen identieke score mogen hebben als deze van de nv Distrac op het vlak van technische en functionele kwaliteit, maar eerder een lagere score, gelet op het verschil in gebruiksgemak zoals tot uiting gekomen in de praktijktest.

13.1.2. Deze exceptie kan niet worden aanvaard. De grief die verzoekende partij uiteenzet in haar eerste middel heeft immers geen betrekking op de beoordeling van het eerste gunningscriterium en de puntenscores die voor dit criterium werden toegekend, doch wel op het gebrek aan zorgvuldige beoordeling van de materiële regelmatigheid van de offertes.

13.2.1. In een tweede exceptie stelt verwerende partij dat verzoekende partij geen enkel belang heeft om zich er op te beroepen dat de offerte van de nv Distrac omwille van een aantal vermeende afwijkingen had moeten worden geweerd, omdat in dat geval ook de aanbidding van verzoekende partij zelf had moeten worden geweerd.

13.2.2. Deze exceptie kan evenmin worden aanvaard. Een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard heeft in principe geen belang om de toewijzing van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen.

Op te merken valt dat de offerte van verzoekende partij door verwerende partij echter niet onregelmatig werd verklaard. Bovendien gaat het eerste middel over het gebrek aan beoordeling over de materiële regelmatigheid van de offertes. Ten slotte merkt verwerende partij zelf op dat het onderzoek van de bedden zou hebben uitgewezen dat geen enkel bed 100% voldeed aan de betrokken besteksbepalingen.

14. Er is geen reden om tevens te besluiten tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigeringsbeslissing de opdracht aan verzoekende partij te gunnen. De Raad van State ziet niet in, mede in het licht van de beoordeling van het middel, welk bijkomend voordeel verzoekende partij zou

putten uit de schorsing van de tenuitvoerlegging van de impliciete beslissing om de opdracht niet aan haar te gunnen. Haar belang lijkt door de hierna te bevelen schorsing voldoende te zijn gevrijwaard.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 4 september 2012 van de raad van bestuur van de opdrachthoudende vereniging VITAS om het deelperceel 3.1. “RVT-bedden + nachtkastjes” van de overheidsopdracht “Woonzorgcentrum Hechtel-Eksel - Perceel 3: Los meubilair met deelpercelen”, bestek nr. 13530/03, te gunnen aan de nv Distrac.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 23 oktober 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Pierre Barra