

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 223.934 van 18 juni 2013
in de zaak A. 194.920/XII-6063**

In zake: de BVBA SIX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marc Bottelier en Annelies Bottelier
kantoor houdend te 8501 Kortrijk-Heule
Kortrijksestraat 35
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de UNIVERSITEIT GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe, Leen De Vuyst en Filip Lahaye
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 25 januari 2010, strekt tot de nietigverklaring van “het besluit genomen op 16.11.2009 (met ref.: DGFB/Iw-40.10-A0081404) door de Rector van de Universiteit Gent [...] waarbij de opdracht met betrekking tot de algemene offerte-aanvraag voor aanneming van werken : Datacenter Sterre : HVAC, wordt toegewezen aan de nv Omer Deloof”.

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 Inge Vos 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 26 maart 2013.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Annelies Bottelier, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Filip Lahaye, 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. De Universiteit Gent schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor werken in het kader van de bouw van een nieuw datacenter op de campus De Sterre, Krijgslaan 281 te Gent, voor serverinfrastructuur van de Universiteit Gent en het Vlaams Supercomputer Centrum. De in het geding zijnde opdracht betreft de HVAC - installatie: koelwaterproductie, koelwaterdistributie en ventilatie.

3.2. Die opdracht, geraamd op 1.646.000 euro, btw niet inbegrepen, wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 9 juli 2009 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 17 juli 2009.

3.3. De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bijzonder bestek nr. A/00814/03.

De gunningscriteria zijn:

“De opdracht zal worden gegund aan de voordeligste regelmatige inschrijver, rekening houdende met gewogen gunningscriteria.

De offertes worden beoordeeld en gerangschikt op basis van de hieronder vermelde gunningscriteria

- Prijs (weging: extreem belangrijk)
- Technische kwaliteit van de inschrijving (weging: zeer belangrijk)
- Visie op opvolging, indienststelling en onderhoud (weging: matig belangrijk)

De rangschikking wordt vastgesteld aan de hand van de kwalitatieve multicriteria - analyse ARGUS (Achieving Respect for Grades by Using ordinal Scales only), waarbij de offertes beoordeeld worden in functie van het aangegeven belang.”

Het tweede gunningscriterium bevat drie subgunningscriteria:

“- technische gegevens van de materialen (matig belangrijk)

- raming van het energieverbruik van de koeling op jaarbasis (matig belangrijk)

- onderhoudsvriendelijkheid en bedrijfszekerheid van de koelmachines eventueel aangetoond aan de hand van referenties van de voorgestelde materialen (matig belangrijk).”

3.4. De opening van de inschrijvingen vindt plaats op 10 september 2009. Twaalf inschrijvers hebben een offerte ingediend, waaronder verzoekende partij en de nv Omer Deloof.

3.5. Bij brief van 13 oktober 2009 vraagt de Universiteit Gent aan de nv Omer Deloof om haar offerte te verduidelijken wat betreft de berekening van het energieverbruik van de voorgestelde koelmachine. Bij brieven van 16 oktober 2009 wordt deze vraag ook gesteld aan de inschrijvers nv Zaman, nv Axima en bvba Six.

De nv Omer Deloof heeft dit schrijven beantwoord bij brief van 19 oktober 2009.

3.6. Uit de gemotiveerde toewijzingsbeslissing van 16 november 2009 blijkt dat alle inschrijvers worden geselecteerd, doch dat slechts de offertes van vier inschrijvers regelmatig worden bevonden, waaronder die van verzoekende partij en de nv Omer Deloof. In verband met voormelde vragen inzake de berekening van het energieverbruik wordt in deze beslissing het volgende opgemerkt:

“Overwegende dat finaal per brieven van 13 en 16 oktober 2009 aan de 4 resterende inschrijvers een verduidelijking werd gevraagd over de berekening van het energieverbruik; dat hierop door de vier betrokken inschrijvers werd geantwoord.

Overwegende dat deze vier inschrijvers het opgegeven energieverbruik bevestigen en de berekening hebben verduidelijkt, dat deze verduidelijking wordt aanvaard.”

Vervolgens worden de vier regelmatige offertes getoetst aan de gunningscriteria. Op grond hiervan beslist de Universiteit Gent om de opdracht met betrekking tot het “datacenter Sterre” toe te wijzen aan de nv Omer Deloof.

3.7. Bij brief van 30 november 2009 wordt verzoekende partij in kennis gesteld van het feit dat haar offerte niet werd gekozen en wordt haar een kopie van de gemotiveerde toewijzingsbeslissing bezorgd.

3.8. Bij arrest nr. 199.378 van 7 januari 2010 wordt de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de toewijzingsbeslissing verworpen.

IV. Onderzoek van de middelen

Uiteenzetting van de middelen

4. Verzoekende partij voert in haar verzoekschrift de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor de aanneming van werken, leveringen en diensten’, van

artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessie voor openbare werken’, van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, namelijk de motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

In de eerste plaats voert verzoekende partij aan dat de offerte van de nv Omer Deloof afwijkt van essentiële besteksbepalingen en dan ook onregelmatig is en als onbestaande dient te worden beschouwd.

Verzoekende partij betwist voorts uitvoerig de motieven zoals opgenomen in de toewijzingsbeslissing aangezien de gekozen inschrijver “reëel” niet de meest voordelige offerte zou hebben ingediend.

Zo wijst zij er onder meer op dat betreffende het tweede gunningscriterium de eerste plaats werd toegekend aan de gekozen inschrijver op grond van het door hem beweerde energieverbruik voor de koeling op jaarbasis (tweede subcriterium), dat “27,43 % (!?) lager” ligt dan het energieverbruik geraamd door verzoekende partij, hetgeen echter niet zou overeenstemmen met de realiteit. De raming van de gekozen inschrijver zou immers een aantal “ongerijmdheden” vertonen die niet voldoende zorgvuldig zouden zijn onderzocht door verwerende partij; één van die “ongerijmdheden” is dat de gemiddelde “COP-waarde” voor het toestel van de nv Omer Deloof (2,98) iets minder gunstig zou zijn dan voor het door verzoekende partij aangeboden toestel (3,03). Voor deze kritiek baseert verzoekende partij zich op de technische productfiche zoals ook opgenomen in de offerte van de nv Omer Deloof.

5. Verwerende partij werpt in de eerste plaats een *exceptio obscuri libelli* op. De kritiek is volgens verwerende partij onduidelijk, doch met het oog op de weerlegging ervan is zij niettemin van oordeel dat er in het verzoekschrift twee middelen kunnen worden onderscheiden. Eensdeels wordt aangevoerd dat de offerte van de nv Omer Deloof als onregelmatig zou moeten worden afgewezen wegens afwijking van essentiële besteksbepalingen en anderdeels wordt betwist dat de offerte van de nv Omer Deloof daadwerkelijk de meest voordelige offerte zou zijn.

Wat betreft de kritiek van verzoekende partij met betrekking tot het tweede subgunningscriterium “raming van het energieverbruik van de koeling op jaarbasis”, merkt verwerende partij in een zeer technisch uitgewerkt betoog onder meer op dat de kritiek niet van aard is om de rangschikking te wijzigen nu de offerte van de nv Omer Deloof immers beter blijft scoren op dit subgunningscriterium. Ondergeschikt beantwoordt zij de kritiek van verzoekende partij wat betreft COP-waarde aan de hand van dezelfde technische productfiche die door de nv Omer Deloof bij haar offerte werd gevoegd en concludeert zij dat op basis van de cijfermatige gegevens op deze fiche de kritiek van verzoekende partij faalt.

6. In haar memorie van wederantwoord stelt verzoekende partij in de eerste plaats dat de exceptie *obscuri libelli* die verwerende partij opwerpt geen hout snijdt. Verwerende partij weet welke onwettigheden worden aangevoerd, te meer daar deze door haar worden herhaald.

Voorts merkt zij op dat zij na kennisname van de memorie van antwoord deze heeft voorgelegd aan een deskundige, die onder meer tot de volgende vaststelling komt:

“De ‘koelmachine Deloof’ beantwoordt niet aan de beschrijvingen in het lastenboek. De technische fiche van de ‘koelmachine Deloof’ heeft betrekking op een koelmachine zonder gescheiden free-cooling circuit en de specificaties zijn gebaseerd op koelwater met een glycolpercentage van 30 %.

Nochtans wordt in het lastenboek een koelsysteem voorgeschreven met gescheiden free-cooling circuit en zonder glycol in het koelwater.”

Met betrekking tot de beoordeling van het tweede subcriterium van het tweede gunningscriterium merkt zij “aansluitend op hetgeen werd uiteengezet in haar verzoekschrift” op dat volgens het bestek de berekening van het energieverbruik diende te worden ingevuld op de bij het bestek gevoegde formulieren en dat de offerte van de gekozen inschrijver hieraan niet zou voldoen omdat bij de offerte enkel een zelfgemaakte tabel werd gevoegd.

7. Op deze memorie van wederantwoord reageert verwerende partij met een brief van 14 december 2010 aan de Raad van State waarbij zij een tegenexpertiseverslag voegt. Hierin wordt opgemerkt dat de machines aangeboden door “Six en Deloof met gescheiden free-cooling zoals weerhouden door het Bestuur voor de evaluatie van de offertes beantwoorden aan de technische criteria van het lastenboek”. Ook wordt het volgende in het verslag vermeld:

“Teneinde een correcte vergelijking mogelijk te maken werd een verantwoording gevraagd aan Deloof waarbij de fiches van de twee types koelmachines werden overgemaakt, met en zonder glycol. Enkel de specificaties van de technische fiche zonder glycol werd in aanmerking genomen om het energetisch rendement te bepalen:

- Koelvermogen:	825kW
- Compressorvermogen:	256kW
- Totaal opgenomen elektrisch vermogen:	272,6 kW
- COP:	3,23
- EER	3,03.”

8. Hierop antwoordt verzoekende partij met een brief van 16 februari 2011 aan de Raad van State met een reactie van haar deskundige. Zij wijst erop dat de deskundige van verwerende partij in zijn verslag zaken vermeldt die tegenstrijdig zijn met de eerdere uiteenzetting van verwerende partij. Voorts merkt zij nogmaals op dat de machine die de nv Omer Deloof aanbood niet besteksconform was wegens het ontbreken van een gescheiden free cooling circuit.

9. In een brief van 19 september 2012 van de auditeur-verslaggever aan verwerende partij merkt de auditeur op dat er “mogelijks nog een aantal stukken ontbreken in het administratief dossier”. Aldus wordt aan verwerende partij gevraagd de technische fiches te bezorgen van de twee door de nv Omer Deloof aangeboden toestellen, met en zonder glycol omdat in het verslag van de deskundige van verwerende partij sprake is van de technische fiches van de twee types koelmachines die de nv Omer Deloof heeft aangeboden en de specificaties ervan niet overeenstemmen met de technische fiche die zich in het administratief dossier bevindt.

10. Met een brief van 25 oktober 2012 antwoordt verwerende partij. Zij brengt een technische fiche bij voor het koeltoestel non glycol zoals aangeboden door de nv Omer Deloof, fiche niet gevoegd bij diens offerte en niet eerder in het administratief dossier neergelegd. Bovendien merkt zij op dat de technische fiche gevoegd bij de offerte van de nv Omer Deloof en de enige die was neergelegd in het administratief dossier, een niet aangeboden toestel betreft, namelijk een koelmachine type met glycol *ad* 30 % terwijl de nv Omer Deloof enerzijds een koelmachine zonder glycol had aangeboden en anderzijds een koelmachine met glycol *ad* 20 %. Verwerende partij voegt hieraan toe dat de thans voor het eerst voorgelegde correcte fiche door haar tegenexpert werd aangewend bij zijn verslag.

11. Naar aanleiding van deze toevoeging door verwerende partij van bijkomende stukken aan het administratief dossier merkt verzoekende partij in een brief van 7 november 2012 het volgende op:

“Vermits tegenpartij de correcte technische fiche van de door haar geplaatste koelmachines pas nu bezorgt, is het duidelijk dat de toewijzing aan de firma Deloof gebeurd is op basis van foutieve documenten en bijgevolg nietig is. Het achteraf nog bezorgen van de ‘correcte’ documenten doet hier geen afbreuk aan, en roept enkel nog meer vragen op bij de correctheid van de aanbieding van Deloof.”

Daarnaast uit zij nog technische kritiek op de raming van het energieverbruik in repliek op het schrijven van verwerende partij van 25 oktober 2012.

In een laatste schrijven van 4 december 2012 merkt verzoekende partij nog het volgende op:

“Het feit dat de firma Deloof evenwel achteraf nog de correcte technische fiche, energieverbruikstabellen,... dient te bezorgen, bewijst dat haar inschrijving foutieve documenten bevatte en dus a priori als onregelmatig beschouwd had dienen te worden. Vaststaand is dat het bestuur dit alles niet zorgvuldig heeft nagezien.”

12. Verwerende partij laat bij brief van 5 december 2012 weten dat zij inhoudelijk slechts wenst te reageren in haar laatste memorie.

13. In het auditoraatsverslag wordt opgemerkt dat verzoekende partij in haar brieven van 7 november 2012 en 4 december 2012 haar middel een nieuwe wending geeft, namelijk dat verwerende partij bij de gunning niet beschikte over de juiste technische documenten voor het gekozen toestel en de inschrijving foutieve documenten bevatte en dus onregelmatig was.

De auditeur-verslaggever meent dat deze invulling van het middel door verzoekende partij niet eerder in het debat kon worden gebracht. Zij vervolgt:

“Het is immers pas na indiening van de memorie van wederantwoord van verzoekende partij en naar aanleiding van de discussie tussen de deskundigen aangebracht door beide partijen, dat gebleken is dat bij de offerte van de gekozen inschrijver de correcte technische fiche voor de basisofferte niet was bijgevoegd. In het deskundigenverslag van Ing. [E.D.V.] van 22 oktober 2010 wordt immers opgemerkt : ‘Teneinde een correcte vergelijking mogelijk te maken werd een verantwoording gevraagd aan Deloof waarbij de fiches van de twee types koelmachines werden overgemaakt, met en zonder glycol’.

In mijn schrijven van 19 september 2012 heb ik vervolgens opgemerkt dat de betrokken technische fiches niet [...] aan het verslag gehecht waren en verwerende partij verzocht om beide technische fiches over te maken, evenals mee te delen door wie en wanneer deze fiches werden opgevraagd. Tevens heb ik gevraagd dat, voor zover verwerende partij van oordeel zou zijn dat de specificaties van de technische fiche zonder glycol zich reeds zouden bevinden in het administratief dossier, aan te duiden waar deze fiche zich dan wel zou bevinden.

In haar schrijven van 25 oktober 2012 erkent verwerende partij dat de betrokken technische fiche van het door nv Deloof aangeboden type koelmachine zonder glycol zich niet bevond in de offerte van nv Deloof, noch in het administratief dossier en voegt zij deze fiche toe als stuk 25 administratief dossier. De vraag vanwege het auditoraat om tevens mee te delen door wie en wanneer deze fiche werd opgevraagd, werd door verwerende partij echter niet beantwoord.

Overeenkomstig de rechtspraak van de Raad van State mag een nieuw middel alsnog worden aangevoerd indien dit middel is gesteund op gegevens waarvan verzoekende partij pas na inzage van het volledig

neergelegd administratief dossier kennis kon krijgen. Te dezen werd het volledig administratief dossier pas neergelegd in het kader van het onderzoek van de zaak door het auditoraat, na een uitdrukkelijk schriftelijk verzoek daartoe. Het nieuwe middel is dan ook ontvankelijk.”

Alsdan onderzoekt de auditeur-verslaggever het middel en bevindt het gegrond; zij wijst onder meer op artikel 12 van het bestek waarin wordt vermeld dat de technische fiches van de gevraagde materialen als documenten die bij de offertes moeten worden gevoegd en dit op straffe van nietigheid van de offerte.

14. In haar zeer uitvoerige laatste memorie die bij de beoordeling hierna aan bod komt, betwist verwerende partij de conclusie van het auditoraatsverslag.

Beoordeling

15. Het komt een verzoekende partij toe om de middelen die zij aanvoert in het inleidend verzoekschrift in dergelijke mate volledig en begrijpbaar voor te stellen dat het achtereenvolgens de verwerende partij, het auditoraat en uiteindelijk de Raad van State mogelijk wordt gemaakt van de precieze strekking van de middelen kennis te nemen.

Uit het verzoekschrift blijkt dat verzoekende partij in haar enige middel aanvoert dat de offerte van de nv Omer Deloof afwijkt van essentiële besteksbepalingen en daarom onregelmatig diende te worden verklaard, minstens dat de motieven zoals opgenomen in de toewijzingsbeslissing ondeugdelijk zijn aangezien de gekozen inschrijver niet de meest voordelige offerte zou hebben ingediend. Uit het voorgaande blijkt volgens verzoekende partij tevens dat de bestreden beslissing geenszins op een zorgvuldige en objectieve wijze tot stand is gekomen en niet in overeenstemming is met de gelijke behandeling van de inschrijvers. In haar memorie van antwoord heeft verwerende partij het middel ook in die zin begrepen, zodat zij niet in haar verweer is geschaad.

De exceptie van verwerende partij wordt verworpen.

16. Uit het administratief dossier blijkt dat de nv Omer Deloof twee types toestellen heeft aangeboden: een type met gescheiden free cooling en als variante een type zonder gescheiden free cooling (met glycol *ad* 20%). Het bestek schreef een toestel met gescheiden free cooling voor.

Naast enige documentatie die betrekking heeft op de beide aangeboden types toestellen had de nv Omer Deloof slechts één technische fiche gevoegd bij haar offerte, namelijk een fiche die betrekking had op een toestel zonder free cooling met glycol *ad* 30 %; dit is een fiche die echter geen betrekking had op één van de beide door deze inschrijver aangeboden toestellen.

17.1. Verzoekende partij formuleert in haar brieven van 7 november 2012 en 4 december 2012 de kritiek dat de offerte van de nv Omer Deloof onvolledig was en onregelmatig had moeten worden verklaard wegens het ontbreken van de technische fiche voor het toestel dat uiteindelijk door verwerende partij werd verkozen.

17.2. In het auditorsverslag wordt opgemerkt dat de invulling van het middel nieuw is doch dat niet blijkt deze invulling reeds in het verzoekschrift kon zijn aangebracht; immers, zo wordt vervolgd, blijkt uit het verloop na de memorie van wederantwoord dat verwerende partij het volledig administratief dossier pas heeft neergelegd in het kader van het onderzoek van de zaak door het auditoraat na een uitdrukkelijk schriftelijk verzoek daartoe en wordt in de rechtspraak van de Raad van State aanvaard dat een nieuw middel ontvankelijk is indien het gesteund is op gegevens waarvan verzoekende partij pas na inzage van het volledige administratief dossier kon kennis krijgen.

17.3. In haar laatste memorie betwist verwerende partij deze conclusie. In de eerste plaats omdat door verzoekende partij niet wordt opgegeven welke rechtsbepalingen geschonden zijn. Ten tweede merkt verwerende partij op dat het middel niet tijdig is; al van bij de schorsingsprocedure was het voor verzoekende partij, als gespecialiseerde inschrijver, duidelijk dat er een foutieve

technische fiche bij de offerte was gevoegd en hieruit heeft verzoekende partij geen enkel middel, in welke richting ook, gepuurd.

17.4. Het middel is tijdig. Pas na het onderzoek door het auditoraat met de vraag naar het vervolledigen van het administratief dossier en het antwoord van verwerende partij met het toevoegen van de technische fiches van de twee toestellen die door de nv Omer Deloof waren aangeboden en de erkenning dat geen van de beide bij de offerte waren gevoegd, is duidelijk geworden dat de technische fiche van het gekozen toestel niet door de nv Omer Deloof bij haar inschrijving was neergelegd en de wel bijgevoegde fiche geen uitstaans had met welk voorgelegd toestel ook. Het kan verzoekende partij niet verweten worden dit niet eerder te hebben opgemerkt; in de eerste plaats heeft verwerende partij nagelaten het administratief dossier volledig neer te leggen en diende de auditeur zelf daaromtrent opheldering te vragen; voorts heeft verwerende partij in haar memorie van antwoord de technische fiche die wel bij de offerte was gevoegd maar dus geen uitstaans had met de offerte, zelf cijfermatig verwerkt in haar verweer; slechts door toedoen van een expert van verzoekende partij heeft zij een tegenexpert opgevoerd die in zijn verslag de correcte fiches heeft gehanteerd.

De opmerking van verwerende partij dat verzoekende partij geen geschonden rechtsbepalingen aangeeft, valt samen met de beoordeling van de gegrondheid van het middel.

18.1. Ten gronde wordt in het auditoraatsverslag gewezen op artikel 12 van het bestek. Dit artikel vermeldt de “technische fiches van de gevraagde materialen” als één van de documenten die bij de offerte moeten worden gevoegd op straffe van nietigheid van de offerte; de offerte van de nv Omer Deloof had dan ook, aldus het auditoraatsverslag, moeten worden geweerd. Ook wordt in het auditoraatsverslag opgemerkt dat verwerende partij de offerte van de gekozen inschrijver heeft getoetst aan de gunningscriteria, onder meer aan het tweede gunningscriterium inzake de technische kwaliteit van de inschrijving, op basis van de verkeerde technische fiche. Ten slotte meent de auditeur-verslaggever dat ook het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële-motiveringsplicht zijn geschonden.

18.2. Verwerende partij betwist deze conclusie in haar laatste memorie en merkt op dat het per vergissing bijgevoegd zijn van een foutieve technische fiche geen negatieve impact heeft gehad op de beoordeling van de offerte van de nv Omer Deloof en dus geen aanleiding moest hebben gegeven tot het weren van deze offerte.

In de eerste plaats betwist verwerende partij dat het bijvoegen van de ontbrekende technische fiche van het gekozen toestel als dusdanig door het bestek zou zijn opgelegd wanneer dit bestek geen definitie geeft van zo'n fiche; de offerte van de nv Omer Deloof bevatte afdoende technische documentatie over het gekozen toestel om het tweede gunningscriterium te kunnen beoordelen en de verschillende offertes te vergelijken. De “vergeten” technische fiche was niet nodig.

Ten tweede ontkent verwerende partij aan verzoekende partij het belang bij haar kritiek omdat ook bij de offerte van verzoekende partij zelf essentiële technische documentatie ontbrak.

Ten derde meent verwerende partij dat “zelfs waar bepaalde andere waarden vermeld op de ‘technische fiche’ relevant waren met het oog op de beoordeling van de offertes de beoordeling van de offerte op basis van de gegevens in de -achteraf gezien verkeerde- technische fiche hoe dan ook geen impact heeft gehad op de beoordeling van de offerte van Deloof” omdat de gegevens op deze verkeerde fiche enkel relevant waren voor de beoordeling van het eerste subcriterium van het tweede gunningscriterium en ze niet bepalend negatief verschillen van de correcte fiche.

18.3.1. Verzoekende partij heeft uit haar in het verzoekschrift vermelde middelinvulling, namelijk onder meer de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en van de materiële-motiveringsplicht, na de neerlegging van het volledige administratief dossier afgeleid dat de nv Omer Deloof een verkeerde technische fiche bij haar offerte had gevoegd en dat die fiche gebruikt werd door verwerende partij. Deze opmerking wordt in het auditoraatsverslag terecht aangemerkt als het invoeren van de schending van artikel 12 van het bestek dat

vermeldt dat de technische fiches van de gevraagde materialen bij de offerte moeten worden gevoegd op straffe van nietigheid van de offerte.

18.3.2. Het ontzeggen aan verzoekende partij van belang bij het inroepen van deze kritiek omdat haar offerte er zelf ook onderhevig aan zou zijn, mag niet worden aanvaard; een verwerende partij mag zich immers niet voor het eerst in de procedure voor de Raad van State beroepen op de onregelmatigheid van de offerte van een verzoekende partij als dit niet in de bestreden beslissing werd opgemerkt.

18.3.3. Verwerende partij merkt op dat de “vergeten” technische fiche niet nodig was en dat het ontbreken ervan geen impact heeft gehad op de beslissing.

Hiertegenover dient echter te worden opgemerkt dat de bestreden beslissing bij de beoordeling van het eerste subcriterium van het tweede gunningscriterium zelf gebruik maakt van de “verkeerde” technische fiche, dat verwerende partij zelf in haar memorie van antwoord de “verkeerde” technische fiche opvoert en gebruikt in haar verweer en dat de tegenexpert van verwerende partij in zijn verslag uitdrukkelijk opmerkt dat hij voor een correcte vergelijking voor de energetische analyse (tweede subcriterium van het tweede gunningscriterium) de correcte technische fiche bij de nv Omer Deloof heeft opgevraagd en gekregen; in dit verslag worden de correcte in kW uitgedrukte vermogens, COP- en EER-vergelijking opgegeven, data die duidelijk verschillen van die vermeld op de “verkeerde” technische fiche. Bij dit laatste dient nog te worden bedacht dat dit verslag dagtekent van 22 november 2010 doch verwerende partij pas met een brief van 25 oktober 2012 de correcte technische fiche, en dan nog op uitdrukkelijke vraag van de auditeur-verslaggever, in de procedure bijbracht. Dit alles overtuigt de Raad van State er van dat de foutieve technische fiche zoals gevoegd bij de offerte van de nv Omer Deloof, in tegenstelling tot wat verwerende partij betoogt wel degelijk bepalende informatie bevatte voor de beoordeling van de offerte.

18.3.4. In die omstandigheden is het besluit dat verwerende partij in strijd met artikel 12 van het bestek de offerte van de nv Omer Deloof in aanmerking heeft genomen.

18.4. De opdracht werd aldus toegewezen aan een inschrijver die niet de voordeligste regelmatige offerte had ingediend. Bijgevolg is ook artikel 16 van de wet van 24 december 1993 geschonden door de bestreden toewijzingsbeslissing.

19. Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het besluit van 16 november 2009 van de Rector van de Universiteit Gent waarbij de opdracht met betrekking tot de algemene offerte-aanvraag voor aanneming van werken: Datacenter Sterre : HVAC, wordt toegewezen aan de nv Omer Deloof.

2. De verwerende 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 18 juni 2013, 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