

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 227.947 van 1 juli 2014
in de zaak A. 212.609/XII-7672**

In zake: het AUTONOOM PROVINCIEBEDRIJF PROVINCIAAL
INSTITUUT VOOR HYGIENE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Coen
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 210a
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre en Annelies Verduyckt
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c b113
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV LABORATORIUM ECCA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op [28] mei 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Vlaamse regering van 15 mei 2014 om de overheidsopdracht voor aanneming van diensten via een open offertevraag, voor meting, bemonstering en

analyse van afvalwater, koelwater en oppervlaktewater, voor perceel 1, 2 en 4 te gunnen aan de nv Laboratorium Ecce”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 11 juni 2014 heeft de nv Laboratorium Ecce gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 juni 2014, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christophe Coen, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Jens Debièvre, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De afdeling Milieu-inspectie van het departement Leefmilieu, Natuur en Energie van het Vlaams Gewest schrijft een overheidsopdracht uit voor diensten voor het uitvoeren van metingen, bemonsteringen en analyses van

afvalwater, koelwater en oppervlaktewater. De opdracht wordt gegund via een open offerteaanvraag.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 28 augustus 2013 en in het Europees Publicatieblad van 30 augustus 2013.

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bestek met referentie LNE/MI/2013/WATER “Meting, bemonstering en analyse van afvalwater, koelwater en oppervlaktewater”.

De opdracht is onderverdeeld in vijf percelen:

- Perceel 1: Antwerpen,
- Perceel 2: Limburg,
- Perceel 3: Oost-Vlaanderen,
- Perceel 4: Vlaams-Brabant,
- Perceel 5: West-Vlaanderen.

De inschrijver kan kortingen toestaan wanneer hij voor meerdere percelen inschrijft en bepaalde percelen aan hem worden gegund.

Met betrekking tot de gunningscriteria wordt in het bestek bepaald:

“1. De kwaliteit van de technische prestaties (maximum 60 punten)

De evaluatie voor dit gunningscriterium zal gebeuren voor alle inschrijvers samen, per perceel. Elke inschrijver zal per perceel een individuele score toegekend worden, op basis van informatie die door de inschrijvers is bij te voegen bij de offerte.

De basisberekening gebeurt op 120 punten. Nadien worden de scores herrekend als volgt: De inschrijvers worden per perceel op basis van hun individuele score van hoog naar laag gerangschikt. De offerte met de hoogste score krijgt het maximum van 60 punten. De volgende offertes krijgen een aantal punten gelijk aan de verhouding van hun individuele score tot de maximale score, vermenigvuldigd met 60.

[...]

a) organisatie betreffende ophalen van monsters, analysetermijnen en aard

van rapportering (10 punten)

De inschrijver voegt bij de offerte een plan van aanpak bij per perceel waarvoor hij/zij inschrijft.

Het plan van aanpak zal beoordeeld worden op o.a. de onderdelen: ophalen van monsters, analysetermijnen, aard van rapportering, waarbij aandacht besteed wordt aan: beïnvloeding van de kwaliteit (bv. termijnen van monstertransfer) toegevoegde waarde voor de opdrachtgever (bv. flexibiliteit bij ophalen van monsters, laboratorium-uren en rapportering)

Bij de beschrijving houdt de inschrijver rekening met de bepalingen in dit bestek. Indien er gebruik wordt gemaakt van onderaannemers neemt de inschrijver dit mee op in zijn plan van aanpak.

b) Ringtesten georganiseerd in het kader van de erkenningen (60 punten)
[...]

c) Resultaten van andere (vrijwillige) ringtesten (max. 10 punten)
[...]

d) Kwaliteit van de procedures voor monsteropname en bewaring inclusief gebruikte recipiënten (20 punten)

De procedure voor monsternamen, gebruik van recipiënten en bewaring van monsters worden bijgevoegd aan de offerte. Evaluatie op basis van 'expert judgement' en conformiteit WAC.

Hiervan wordt een omstandig verslag opgesteld.

e) De inhoud van de accreditatie score (10 punten)
[...]

2. De totaalprijs

De evaluatie van dit gunningscriterium zal gebeuren per perceel, rekening houdend met eventuele prijsverminderingen in geval van samenvoeging van bepaalde percelen. Voor elke inschrijver zal per perceel de totaalprijs per jaar, inclusief de belasting over de toegevoegde waarde, berekend worden. De inschrijvers worden op basis van dit bedrag van voordeligst naar minst voordelig gerangschikt.

De inschrijver met de voordeligste prijs krijgt 40 punten, de daaropvolgende 5 punten minder, enz.

3. Totaal van gunningscriteria

Het perceel zal gegund worden aan de inschrijver met het grootste totaal aantal punten. Indien het totaal aantal punten gelijk is, dan zal de individuele score voor de kwaliteit van de technische prestaties de doorslag geven. Indien ook deze score gelijk is, dan zal de totaalprijs de doorslag geven”.

3.4. Op 29 oktober 2013 vindt de openingszitting plaats. Er blijken vier offertes te zijn ingediend.

- bv AL-West schrijft in voor de vijf percelen,
- nv Laboratorium Ecce (de verzoekende partij in tussenkomst) schrijft in voor de vijf percelen,
- Provinciaal Instituut voor Hygiëne (de verzoekende partij) schrijft in voor de percelen 1, 2 en 4,
- Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek schrijft in voor de percelen 3 en 5.

3.5. Op 7 maart 2014 wordt een eerste gunningsverslag opgesteld. De offertes van het Provinciaal Instituut voor Hygiëne, Laboratorium Ecce nv en van het Provinciaal Centrum voor Milieuonderzoek worden regelmatig bevonden.

Er wordt in het gunningsverslag voorgesteld alle percelen te gunnen aan nv Laboratorium Ecce.

3.6. Op 18 maart 2014 beslist de verwerende partij de vijf percelen van de opdracht te gunnen aan nv Laboratorium Ecce .

Bij arrest nr. 227.235 van 29 april 2014 werd de tenuitvoerlegging van deze beslissing geschorst door de Raad van State op grond van schending van een formelemotiveringsverplichting.

3.7. Er wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld waarin wordt voorgesteld de opdracht opnieuw te gunnen aan de nv Laboratorium Ecce, de tussenkomende partij.

Met betrekking tot het onderzoek inzake het eerste gunningscriterium wordt in het gunningsverslag vermeld:

“1. De kwaliteit van de technische prestaties (maximum 60 punten)
[...]
Dit geeft volgende puntenverdeling (max. 60 punten)

	Perceel 1 Antwerpen	Perceel 2 Limburg	Perceel 3 Oost-Vlaanderen	Perceel 4 Vlaams-Brabant	Perceel 5 West-Vlaanderen
Labo Ecce	51,82	52,22	51,55	51,46	51,68
PIH	48,79	48,4	-	48,77	-
PCM	-	-	47,97	-	48,30

2. De totaalprijs

De gecorrigeerde totaalprijzen (in euro, incl. btw) van de offertes zijn weergegeven per perceel in volgende tabel. (De correctie die werd uitgevoerd is beschreven in ‘samenvattende opmeting en inventaris’ onder punt 1.5)

	Perceel 1 Antwerpen	Perceel 2 Limburg	Perceel 3 Oost-Vlaanderen	Perceel 4 Vlaams-Brabant	Perceel 5 West-Vlaanderen
Labo Ecce	140.937,45	112.657,96	141.773,72	96.573,88	122.775,87
PIH	141.516,95	121.836,95	-	103.521,68	-
PCM	-	-	167.013,14	-	148.941,84

Inschrijver ‘labo Ecce’ geeft in het offerteformulier aan een korting te geven van 10% bij het toekennen van 5 percelen.

Inschrijver ‘PIH’ geeft in het offerteformulier aan dat vanaf wanneer er twee of drie percelen worden toegekend er een korting wordt gegeven van 10% op de totale prijs.

De puntenverdeling worden hieronder weergegeven voor de verschillende scenario’s.

Scenario 1: zonder kortingen

[...]

Scenario 2: 10% kortingen door labo Ecce

[...]

Scenario 3: 10% korting door labo PIH

[...]

3. Totaalscore

Tellen we de puntenaantallen op voor de drie scenario’s dan komen we tot volgende totaalpunten.

Scenario 1: zonder kortingen

[...]

Scenario 2: 10% korting door labo Ecce

	Perceel 1 Antwerpen	Perceel 2 Limburg	Perceel 3 Oost-Vlaanderen	Perceel 4 Vlaams-Brabant	Perceel 5 West-Vlaanderen
Labo Ecce	91,82	92,22	91,55	91,46	91,68
PIH	83,79	83,40		83,77	
PCM			82,97		83,30

Scenario 3: 10% korting door labo PIH
[...]

Het meest voordelige scenario is scenario 2, waarbij labo Ecce het hoogste punten aantal voor alle percelen heeft behaald en er 10% korting wordt doorgerekend.
[...]

D. Besluit en voorstel
[...]

De offerte van volgende inschrijver(s) is niet gekozen:

Provinciaal Instituut voor Hygiëne voor percelen 1, 2 en 4.
Provinciaal centrum voor Milieuonderzoek (PCM) voor percelen 3 en 5.

Het voorstel van het beoordelingsteam is om de opdracht te gunnen aan:

- Laboratorium Ecce nv: het perceel 1 (Antwerpen) voor een bedrag van 126.849,32 euro (incl. btw)
- Laboratorium Ecce nv: het perceel 2 (Limburg) voor een bedrag van 101.392,16 euro (incl. btw)
- Laboratorium Ecce nv: het perceel 3 (Oost-Vlaanderen) voor een bedrag van 127.596,34 euro (incl. btw)
- Laboratorium Ecce nv: het perceel 4 (Vlaams-Brabant) voor een bedrag van 86.924,87 euro (incl. btw)
- Laboratorium Ecce nv: het perceel 5 (West-Vlaanderen) voor een bedrag van 110.498,28 euro (incl. btw)".

Bij het gunningsverslag is een extra bijlage gevoegd :
“Motivering van puntentoekenning bij de kwaliteit van de technische prestaties” ij

Ook zijn bij het gunningsverslag puntentabellen gevoegd waarbij voor elk perceel de behaalde scores van de offertes voor de verschillende subcriteria binnen het criterium ‘kwaliteit’, en voor het criterium ‘prijs’ worden weergegeven waarna voor elk perceel een eindrangschikking wordt opgesteld.

Voor de percelen die het voorwerp uitmaken van huidig geding worden volgende eindbeoordelingen weergegeven:

Perceel 1: Antwerpen

	maximum	ECCA	PIH
kwaliteit	60	51,82	48,79
prijs	40	0,00	0,00
totaal	100	51,82	48,79

Perceel 2: Limburg

	maximum	ECCA	PIH
kwaliteit	60	52,22	48,40
prijs	40	0,00	0,00
totaal	100	52,22	48,40

Perceel 3: Vlaams-Brabant

	maximum	ECCA	PIH
kwaliteit	60	51,46	48,77
prijs	40	0,00	0,00
totaal	100	51,46	48,77

Bij beslissing van 15 mei 2014 wordt met verwijzing naar het schorsingarrest van 29 april 2014, de opdracht opnieuw gegund aan de nv Laboratorium Ecce.

Dit is de bestreden beslissing.

3.8. Bij aangetekend schrijven van 16 mei 2014 wordt de bestreden beslissing meegedeeld aan de verzoekende partij. Hierbij wordt tevens het gunningsverslag gevoegd alsook de bijlagen bij het gunningsverslag.

3.9. Bij schrijven van 20 mei 2014 vraagt de verzoekende partij aan de verwerende partij om:

“de volledige achterliggende beoordeling voor alle inschrijvers voor het gunningscriterium 1d over te maken. In het bestek wordt immers op pagina 13 bepaald dat dit criterium geëvalueerd wordt op basis van ‘expert judgement’ en conformiteit WAC en dat hiervan een omstandig verslag

wordt opgesteld.

Wij wensen kennis te krijgen zowel van de achterliggende beoordeling zoals gemaakt naar aanleiding van de eerste, thans ingetrokken gunningsbeslissing, als van de achterliggende beoordeling zoals gemaakt in het kader van de nu voorliggende gunningsbeslissing”.

3.10. Bij e-mailbericht van 27 mei 2014 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij de puntentoekenning mee na de eerste beoordelingsstap voor het gunningscriterium 1d voor de andere regelmatige inschrijvers. Zij stelt verder dat de verzoekende partij de overige informatie uit de deelverslagen van beide inschrijvers integraal kan terugvinden in de extra bijlage van het gunningsverslag dat deel uitmaakt van de gunningsbeslissing van 15 mei 2014.

IV. Tussenkost

4. De verzoekende partij tot tussenkost blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. De verzoekende partij voert de schending aan onder meer van artikel 25 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ en van “de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het redelijkheidsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, het transparantiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het materieel motiveringsbeginsel”.

6.2. In de toelichting bij haar middel, geeft de verzoekende partij deze “samenvatting” :

“De gehanteerde beoordelingsmethodiek voor subgunningscriterium 1a en 1d leidt niet tot een correcte, redelijk geproportioneerde puntenspreiding. De gehanteerde beoordelingsmethode heeft geleid tot een omkering in de rangschikking. Ingevolge de gehanteerde disproportionele beoordelingsmethode werd de opdracht niet gegund aan de verzoekende partij als economisch meest voordelige inschrijver voor de percelen 1, 2 en 4. Hierdoor worden artikel 25 overheidsopdrachtenwet alsook de overige hier aangehaalde bepalingen geschonden.”

De verzoekende partij wijst er nog op dat voor de beoordeling van de subgunningscriteria 1a en 1d in geen beoordelingsmethode wordt voorzien in het bestek, terwijl de beoordelingsmethode voor de subcriteria 1b, 1c en 1e wel tot in detail worden beschreven.

De gehanteerde beoordelingsmethode heeft volgens de verzoekende partij de rangschikking dusdanig beïnvloed dat ze werd gewijzigd. De verzoekende partij betoogt ook dat met betrekking tot het subgunningscriterium 1d weliswaar eerst door de *reviewer* een proportionele score werd toegekend aan de offertes, maar dat deze vervolgens in een tweede stap werd omgezet naar een “alles-of-niets” score. Zo werd een 8,5/10 bijvoorbeeld omgezet naar 0/10. Zij meent dat daaruit blijkt dat een goede score toch tot een slechte eindscore leidt en dat dit tot gevolg kan hebben dat een inschrijver die eigenlijk beter wordt beoordeeld, toch een slechtere score krijgt. Zo stelt de verzoekende partij dat zij bij de eerste (proportionele) beoordelingsstap voor subgunningscriterium 1d een score van 26/30 behaalde terwijl de gekozen inschrijver 27,75/30 behaalde, zodat ze zeer dicht bij elkaar lagen. Na de herrekening van deze punten via de “alles-of-niets” methode, leidde dit tot een puntentotaal van 25/30 voor de gekozen inschrijver en 15/30 voor de verzoekende partij.

De verzoekende maakt dan simulaties met betrekking tot de beoordeling van de subgunningscriteria 1 a en 1d om haar standpunt te ondersteunen.

Zij benadrukt ten slotte nogmaals dat zij het als absurd beschouwt dat voor twee subcriteria een niet-proportionele methode werd gebruikt en voor drie andere een proportionele methode werd gebruikt.

De erkenningen die de inschrijvers hebben en het beperkte kwaliteitsverschil tussen hen was bij het opstellen van het bestek reeds bekend aan de overheid. Men had dat dienen te ondervangen op het niveau van het bestek. De methode bereikt ook niet het beoogde doel om de verschillen te vergroten. Uit de

simulatie blijkt immers dat een inschrijver die globaal eigenlijk beter scoort op het vlak van kwaliteit louter door deze methode wordt gerangschikt als minder goed. Per beoordelingselement worden de verschillen wel vergroot, maar omdat elk element een verschillend gewicht heeft en de verschillen niet op evenredige wijze over de verschillende beoordelingselementen worden uitvergroot (2/10 kan 0/10 worden maar ook 9/10 kan 0/10 worden) komt men tot een scheeftrekking van de beoordeling en de gewichten van de verschillende beoordelingselementen.

Beoordeling

7. Krachtens het in het middel geschonden geachte artikel 25 van de overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 dient bij een algemene offerte-aanvraag, de opdracht te worden gegund aan de inschrijver die de economisch voordeligste regelmatige inschrijving indient op grond van de gunningscriteria.

Er dient daarbij te worden aangenomen dat het tot de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid behoort de volgens haar best geschikte beoordelingsmethode van de gunningscriteria te kiezen, zij het dat die vrijheid beperkt wordt door de beginselen van behoorlijk bestuur en door hetgeen zijzelf in haar bestek heeft bepaald. De Raad van State mag niet in de plaats van het bestuur de beoordelingsmethode vastleggen maar mag de gebruikte methode enkel op haar rechtmatigheid toetsen, meer bepaald betreffende de mate waarin ze de gelijke beoordeling van de offertes eventueel zou uitsluiten en dus het bepalen van de meest voordelige offerte onmogelijk zou maken. Zo lijkt een beoordelingsmethode op afdoende wijze rekening te moeten houden met de verschillen tussen de offertes wat de diverse gunningscriteria betreft. Daarnaast lijkt de toegepaste beoordelingsmethodiek de in het bestek aangekondigde weging voor de verschillende gunningscriteria en subgunningscriteria en dus de verhouding hiertussen niet te mogen wijzigen.

8. Te dezen werd in het bestek wat betreft het eerste gunnings-criterium ‘kwaliteit’ met betrekking tot de beoordelingsmethode aangekondigd:

“1. De kwaliteit van de technische prestaties (maximum 60 punten)
De evaluatie voor dit gunningscriterium zal gebeuren voor alle inschrijvers samen, per perceel. Elke inschrijver zal per perceel een individuele score toegekend worden, op basis van informatie die door de inschrijvers is bij te voegen bij de offerte.
De basisberekening gebeurt op 120 punten. Nadien worden de scores herrekend als volgt:
De inschrijvers worden per perceel op basis van hun individuele score van hoog naar laag gerangschikt. De offerte met de hoogste score krijgt het maximum van 60 punten. De volgende offertes krijgen een aantal punten gelijk aan de verhouding van hun individuele score tot de maximale score, vermenigvuldigd met 60.”

Zoals de verzoekende partij ook zelf in haar verzoekschrift aangeeft, werd er ten aanzien van de subcriteria 1a en 1d geen nadere beoordelingsmethode opgenomen in het bestek.

Ten aanzien van de subcriteria 1b, 1c en 1e werd wel nog een beoordelingsformule weergegeven in het bestek waarbij werd bepaald dat de inschrijver met de hoogste z-score (voor de subcriterium 1b) dan wel het meeste aantal z-scores (voor subcriterium 1 c), dan wel de hoogste waarde-evaluatie (voor subcriterium 1 e), het maximum van de voor dat subcriterium toe te bedelen punten zou verkrijgen. De overige inschrijvers krijgen voor deze subcriteria een score evenredig met de afstand van hun gemiddelde z-score ten opzichte van de deelnemer met de beste z-score (voor subcriterium 1b), of evenredig met hun aantal z-scores ten opzichte van het aantal z-scores van de beste offerte (subcriterium 1 c) dan wel evenredig met de fractie van hun waarde evaluatie ten opzichte van de deelnemer met de hoogste waarde.

Ten aanzien van de beoordeling van het eerste gunningscriterium ‘kwaliteit’ wordt in het gunningsverslag vermeld:

“1. De kwaliteit van de technische prestaties (maximum 60 punten)
Bij de beoordeling van dit gunningscriterium werd beroep gedaan op de

technische en wetenschappelijke ondersteuning door VITO. De resultaten van de beoordeling door VITO zijn neergeschreven in een verslag dat is bijgevoegd als bijlage. Aan deze bijlage is een woordelijke beoordeling toegevoegd voor de delen 1a (organisatie betreffende ophalen van monsters, analysetermijnen en aard van rapportering) en 1d (kwaliteit van de procedures voor monsteropname en bewaring inclusief gebruikte recipiënten) conform het arrest van de Raad van State met nummer 227.235 van 29 april 2014.

De evaluatie voor dit gunningscriterium is gebeurd voor alle inschrijvers samen, per perceel. Aan elke inschrijver is per perceel een score toegekend op basis van de informatie die bij de offerte is gevoegd. In het bestek is een puntentotaal van 120 punten aangegeven die dienen omgerekend te worden naar 60 punten. Bij het beoordelen is gebleken dat het een totaal is van 110 punten die worden omgerekend naar 60 punten.

Voor de beoordeling van het gedeelte “Organisatie betreffende ophalen van monsters, analysetermijnen en aard rapportering” bestond het team uit 2 personeelsleden van VITO en 2 personeelsleden van de afdeling Milieu-inspectie”.

In de extra bijlage bij het gunningsverslag met betrekking tot “Motivering van puntentoekenning bij de kwaliteit van de technische prestaties” wordt ten aanzien van de toegepaste beoordelingsmethodiek voor het eerste gunningscriterium ‘kwaliteit’ vermeld:

“Het doel van het kwaliteitsonderzoek bij de evaluatie van de aanbesteding is om tussen de deelnemers het labo aan te duiden dat het best geschikt is voor het uitvoeren van de opdracht. M.a.w. het laboratorium dat zowel op niveau van kwaliteit als op niveau van dienstverlening het hoogste scoort. De procedure werd geoptimaliseerd zodat de verschillen in kwaliteit gereflecteerd werden in een zo groot mogelijk verschil in punten. Deze vraag werd ingegeven door het feit dat de grootte van de verschillen in punten als gevolg van kwaliteitsverschillen vergelijkbaar moeten zijn met de grootte van verschillen in punten veroorzaakt door prijsverschillen. Anders heeft het evalueren op twee fronten geen zin omdat de eindbeslissing dan niet beïnvloed zou worden door beide deelaspecten”.

Voorts wordt in dit verslag bij de beoordeling van het sub-criterium 1d ‘Kwaliteit van de procedures voor monsternamen en bewaring inclusief gebruikte recipiënten’ aangaande de toegepaste beoordelingsmethode vermeld:

“Conform ART. 115, §1,d werden de punten voor de kwaliteit van de procedures betreffende monsternamen, bewaring en recipiënten toegekend op basis van expert-judgment voor een maximum van 20 punten.

Aan de verschillende procedures werd een verschillend maximaal aantal punten toegekend als weegfactor. Bij het uitvoeren van de kwaliteitsvergelijking moet immers rekening gehouden worden met het feit dat alle deelnemers erkend zijn voor de gevraagde opdracht en dus al aangetoond hebben voldoende kwaliteit te kunnen leveren. De verschillen in kwaliteit zullen dan ook klein zijn en de methode van evaluatie moet hier rekening mee houden. Het doel van het onderzoek is dan ook om een relatieve evaluatie van de deelnemers onderling op te stellen per perceel die kan resulteren in een voldoende groot puntenverschil.

Hierbij werd volgende werkwijze gevolgd:

De procedures die door de deelnemers werden ingediend werden nagelezen door een expert en er werden punten toegekend op basis van conformiteit met de normprocedures en tekortkomingen binnen de procedures die een negatieve invloed op de kwaliteit van het geleverde werk kunnen hebben.

In eerste instantie werden de procedures vergeleken met de normprocedures en algemene kwaliteitseisen onder ISO 17025 en werden punten gegeven op de conformiteit en volledigheid t.o.v. deze normen. Om de evaluatie aan te passen aan de opdracht werden de verschillende procedures gewogen door een verschillende maximale score toe te kennen aan iedere procedure. Hierdoor wegen de procedures die het belangrijkste zijn in de opdracht meer door dan de minder belangrijke.

In tweede instantie werden de toegekende punten (tot dan toe enkel gegeven t.o.v. de normprocedures) voor de verschillende deelnemers per perceel met elkaar vergeleken en werden de punten (5 of 10 punten afhankelijk van de beoordeelde procedure) toegekend aan de deelnemer die het beste scoorde en dit werd toegepast voor ieder van de vier procedures per perceel. Omdat er slechts 2 inschrijvers per perceel als regelmatig zijn beoordeeld, kreeg de 2^e gerangschikte 0 punten. Voor drie inschrijvers per perceel had de verdeling (10-5-0) en (5-2,5-0) geweest, voor vier inschrijvers (10-6,66-3,33-0) en (5-3,33-1,67-0) enzovoort.

Hierdoor wordt de score een relatieve (de deelnemers t.o.v. elkaar) score. Dit toekennen van alle punten aan de deelnemers met de beste score werd uitgevoerd per procedure en niet over het geheel van alle procedures omdat anders de invloed van de onderdelen dreigt te verdwijnen. Aangezien bv. monsternamen een belangrijke invloed heeft op alle resultaten moest de invloed van ieder onderdeel bewaard blijven.

Het totaal werd vervolgens omgerekend naar 20 punten. De op deze manier toegekende punten voor alle percelen en inschrijvers zijn terug te vinden in bijgevoegde tabellen.

Omdat er wordt vergeleken met een normprocedure worden verder in dit verslag per inschrijver en per procedure enkel de tekorten opgesomd”.

9. Voor de beoordeling van de offertes met betrekking tot subcriterium 1d lijkt aldus een methode te zijn toegepast waarbij de offertes werden getoetst aan een aantal beoordelingselementen en aan de beste inschrijver het maximale aantal punten voor het betrokken beoordelingselement werd toegekend en aan de tweede gerangschikte inschrijver een nulscore.

Voor de beoordeling van het subcriterium 1a werd een gelijkwaardige methode toegepast, met dit verschil dat de beoordeling werd uitgevoerd door vier verschillende *reviewers* die de offertes telkens het maximum van de punten dan wel nul punten toekenden, waarop de scores van de vier *reviewers* werden opgeteld en nadien gedeeld door vier.

Wat bijvoorbeeld de beoordeling van het perceel 1, Antwerpen, betreft heeft deze beoordelingsmethode er mede toe geleid dat de volgende scores werden toegekend aan de verzoekende partij en de gekozen inschrijver voor het subcriterium 1a:

5.1.1.a org. Ophalen analysetermijnen en rapportering (/10)			
		ECCA	PIH
	Punten		
bereikbaarheid		10	2,5
Inrichting labo		10	0
Analysetermijnen		10	5
datatransfers		10	0
totaal	40	40	7,5
Totaal (/10)	10	10	1,875

Aangezien twee van de vier *reviewers* de offerte van de verzoekende partij voor één van de beoordelingselementen (analysetermijnen) als even goed beschouwde als de offerte van de gekozen inschrijver en ook één *reviewer* de offerte van de verzoekende partij voor één beoordelingselement (bereikbaarheid) ook als even goed beschouwde als de offerte van de gekozen inschrijver, heeft de offerte van de verzoekende partij voor dit subcriterium alsnog een score van 1,875 punten behaald, ten opzichte van 10 punten voor de gekozen inschrijver.

Met betrekking tot hetzelfde perceel heeft deze methodiek er mede toe geleid dat de volgende scores werden toegekend aan de verzoekende partij en de gekozen inschrijver voor het subcriterium 1d:

Procedures monsternames, bewaring en recipiënten (/20)			
	maximum	ECCA	PIH
Recipiënten en bewaring	5	0	5
Metingen ter plaatse	5	5	0
Proportionele monsternames	10	10	10
Onmiddellijke monsternames	10	10	0
punten	20,00	16,67	10,00

10. De verwerende partij heeft in het hiervoor aangehaalde gunningsverslag aangegeven dat een dergelijke methode gebruikt werd omdat rekening moest worden gehouden met het feit dat alle deelnemers erkend zijn voor de gevraagde opdracht en dus al aangetoond hebben voldoende kwaliteit te kunnen leveren, omdat de verschillen in kwaliteit dan ook klein zouden zijn, de methode van evaluatie hier rekening mee diende te houden en het doel van het onderzoek dan ook was om tot een relatieve evaluatie van de deelnemers onderling te komen per perceel die kon resulteren in een voldoende groot puntenverschil.

Daarbij valt op het eerste gezicht echter op te merken dat de aanbestedende overheid – zonder aanwijsbaar motief – deze redenering blijkbaar niet heeft doorgetrokken naar de beoordeling van de andere subcriteria van het eerste gunningscriterium die ook nog nader werden beoordeeld aan de hand van verschillende beoordelingselementen, te weten, ‘de ringtesten georganiseerd in het kader van de erkenningen’ en ‘de resultaten van andere vrijwillige ringtesten’ maar die evenzeer op de kwaliteit betrekking hebben.

In beginsel, hetgeen ook de verwerende partij betoogt, lijkt er voor de aanbestedende overheid geen verplichting te bestaan om bij de beoordeling van verschillende gunningscriteria of subcriteria eenzelfde beoordelingsmethode

te hanteren. Hoewel het feit dat ongelijke beoordelingsmethodieken kunnen resulteren in andere puntenspreidingen bij de diverse gunningscriteria, lijkt zulks op zich niet meteen te moeten leiden naar de vaststelling dat de beoordelingsmethoden dan onrechtmatig zijn gekozen. Te dezen moet wel *prima facie* worden vastgesteld dat er op het eerste gezicht geen verantwoording voorligt waarom is gekozen voor verschillende beoordelingsmethodes voor twee van de subcriteria binnen hetzelfde gunningscriterium in vergelijking met de overige drie subcriteria.

Op grond van de aangekondigde weging in het bestek en de voor de drie andere subcriteria, namelijk 1b, 1c en 1e aangekondigde beoordelingsmethode, diende de verzoekende partij er zich, zo lijkt, niet aan te moeten verwachten dat een als minder beoordeelde kwaliteit wat betreft de inrichting van het labo, de datatransfer of de analysetermijnen op de eindbeoordeling een dergelijke ingrijpende invloed zou hebben, waarin de beoordelingsmethode nu blijkt te hebben geresulteerd, een eindbeoordeling die aldus niet in verhouding lijkt te staan met de relatieve weging van subcriteria 1a en 1d binnen het gunningscriterium, eenduidig betrekking hebbend op kwaliteit. Door het hanteren van de geschetste specifieke methode van reductie van het resultaat van de relatief minst gewaardeerde en maximalisering van het resultaat van de best geplaatste offerte – met betrekking tot twee van de vijf subcriteria van het criterium ‘kwaliteit’ lijkt de weging van de gunningscriteria zoals aangekondigd in het bestek, te zijn gewijzigd.

Immers, door de toegepaste methode voor de subcriteria 1a en 1d, weegt het belang van een goede rangschikking met betrekking tot de beoordelingselementen van deze subcriteria relatief gezien sterk door. Indien een inschrijver voor de beoordelingselementen van deze subcriteria goed scoort, wint deze onmiddellijk veel van de voor die subcriteria toe te bedelen punten, terwijl een inschrijver er ook zeer veel verliest wanneer deze slechts als tweede wordt gerangschikt voor de beoordelingselementen binnen deze subcriteria. Nochtans hebben de subcriteria 1a en 1d in het bestek slechts een weging gekregen van 10 respectievelijk 20 punten op het totaal van 110 toe te bedelen punten voor het

criterium ‘kwaliteit’. Hierdoor lijken deze beoordelingselementen zwaarder door te wegen dan bijvoorbeeld de resultaten van de ringtesten, georganiseerd in het kader van de erkenningen (subcriterium 1 c) die nochtans op 60 punten staan binnen het eerste gunningscriterium ‘kwaliteit’. Voor de drie betwiste percelen scoort de verzoekende partij bijvoorbeeld beter dan de gekozen inschrijver op dit subcriterium inzake de ringtesten, maar haar betere score wordt relatief gezien minder gevaloriseerd dan een goede score op de beoordelingselementen van subcriteria 1a en 1d omdat in tegenstelling tot bij de beoordeling van de subcriteria 1a en 1d, de gekozen inschrijver geen nulscore krijgt –voor de beoordelingselementen waar hij minder goed op scoort– zodat de verzoekende partij zich op dit in het bestek nochtans zwaar gewogen criterium, minder kan onderscheiden van de andere inschrijver.

Hoewel de verzoekende partij aldus beter lijkt te scoren op de subcriteria 1 b, 1 c en 1 e dan de gekozen inschrijver welke subcriteria samen voor een weging van 80 van de 110 toe te kennen punten tussenkomen, haalt zij toch een lagere score op het totaal van het eerste gunningscriterium, omdat zij minder goed scoort dan de gekozen inschrijver op de twee overige subcriteria, waarvoor zij door toepassing van de aparte beoordelingsmethode voor die beide subcriteria een zeer grote achterstand opbouwt ten aanzien van de andere inschrijver en dit terwijl deze twee overige subcriteria slechts een weging kregen in het bestek van 10 en 20 punten op 110 toe te bedelen punten. In die zin lijkt hun weging dan ook belangrijker geworden te zijn door de toegepaste beoordelingsmethode voor deze twee subcriteria alleen.

In die zin lijkt de toepassing te dezen van een onaangekondigde beoordeling met een nulscore voor de tweede/laatste gerangschikte offerte, voor de beoordeling van de subcriteria 1a en 1d zonder aanwijsbaar motief te dezen de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid te buiten te gaan nu hierdoor het transparantiebeginsel en de gelijke behandeling onder de inschrijvers lijkt te worden geschonden, alsook het artikel 25 van de wet van 15 juni 2006.

11. De argumentatie die de aanbestedende overheid weergeeft in het gunningsverslag, namelijk dat de verschillen in kwaliteit tussen de offertes klein zijn en de methode van evaluatie hier rekening moet mee houden zodat een relatieve evaluatie van de deelnemers onderling wordt opgesteld per perceel die kan resulteren in een voldoende groot puntenverschil, lijkt hieraan ook niets af te doen. Deze argumentatie lijkt *prima facie* in elk geval niet dienstig om de keuze voor een verschillende beoordelingsmethode bij twee van de vijf subgunningscriteria binnen het criterium ‘kwaliteit’ te verantwoorden. Er valt op het eerste gezicht immers niet in te zien waarom dezelfde bekommernis - het pertinent karakter van de nood aan een groot puntenverschil dan nog buiten beschouwing gelaten - dan niet diende te leiden tot een identieke toepassing van een methode waarbij de tweede gerangschikte offerte een nulscore zou verkrijgen ook voor de beoordelingselementen van de overige drie subgunningscriteria met betrekking tot de kwaliteit.

12. Zoals het bevoegd lid van het auditoraat in het advies ter terechtzitting opmerkte zonder daarin door de partijen te zijn tegengesproken, lijkt de verzoekende partij op het eerste gezicht met de door haar aangebrachte simulaties minstens aan te tonen dat het niet volledig uit te sluiten valt dat de keuze om de beoordelingselementen binnen de subcriteria 1a en 1 d te beoordelen met de gewraakte beoordelingsemethode, de rangschikking heeft beïnvloed.

Daarbij lijkt ook te kunnen worden opgemerkt dat de verwerende partij betwist dat de door de verzoekende partij in haar simulatie gehanteerde relatieve scores bij de beoordeling van het subcriterium 1a realistisch zijn en beklemtoont dat de verzoekende partij geen kennis heeft van deze scores en het haar niet toekomt deze scores zelf te geven. De verwerende partij laat echter na om de werkelijk door de *reviewers* toegekende scores in de eerste fase voor dit subcriterium 1a voor te leggen, wat onmiddellijk zou toelaten het al dan niet realistisch karakter van de door de verzoekende partij gehanteerde scores te beoordelen. In die zin lijkt zij de verzoekende partij dan ook moeilijk haar belang bij dit middel te kunnen ontzeggen.

13. Het eerste middel is ernstig.

VII. Kosten

14. Wat de verzoekende partij en de verwerende partij betreft, is het passend de kosten, gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Laboratorium Ecce tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de Vlaamse regering van 15 mei 2014 om de overheidsopdracht voor aanneming van diensten met een open offertevraag, voor meting, bemonstering en analyse van afvalwater, koelwater en oppervlaktewater, voor perceel 1, 2 en 4 te gunnen aan de nv Laboratorium Ecce.

3. De kosten worden in beraad gehouden.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 1 juli 2014,
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