

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 230.346 van 26 februari 2015
in de zaak A. 214.856/XII-7813**

In zake:

1. de NV PERSYN
2. SOLETANCHE BACHY FRANCE SAS,
vennootschap naar Frans recht, samen vormend een tijdelijke
handelsvennootschap in oprichting
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Ann Eeckhout en Lotte Ottevaere
kantoor houdend te 9700 Oudenaarde
Droesbekeplein 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD KORTRIJK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Johan Geerts
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Cogels Osylei 61
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV AANNEMINGSMAATSCHAPPIJ CFE
2. de NV VERHELST AANNEMINGEN
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap
MBG-VERHELST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

3. de NV ARTES DEPRET
4. de NV ARTES ROEGIERS
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap
Artes Depret nv – Artes Roegiers nv
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jos Timmermans
kantoor houdend te 9000 Gent

Recollettenlei 9
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 27 januari 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Kortrijk dd. 12.01.2015, houdende de gunning van de overheidsopdracht voor aanneming van de werken ‘bouwen van een ondergrondse parking op de Houtmarkt te Kortrijk in combinatie met de heraanleg van het bovengrondse plein en zijn ruime omgeving’ aan thv Artes Depret nv - Artes Roegiers nv [...] alsmede van de impliciete weigeringsbeslissing waarbij de opdracht niet werd toegewezen aan thv Persyn-Bachy”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 9 februari 2015 hebben de nv Aannemingsmaatschappij CFE en de nv Verhelst Aannemingen, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap MBG-Verhelst, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

Met een verzoekschrift van 9 februari 2015 hebben de nv Artes Depret en de nv Artes Roegiers, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Artes Depret nv – Artes Roegiers nv, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 februari 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Lotte Ottevaere, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Dirk Van Heuven en projectingenieur Kenneth Ghysels, die verschijnen voor de verwerende partij, advocaat Els Gypen die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de eerste en de tweede tussenkomende partijen, en advocaat Jos Timmermans, die verschijnt voor de derde en de vierde tussenkomende partijen, 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 stad Kortrijk schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanleg van een ondergrondse parking op de Houtmarkt te Kortrijk in combinatie met de heraanleg van het bovengrondse plein en zijn ruime omgeving. Het betreft een samengevoegde opdracht waarbij de stad Kortrijk optreedt als aanbestedende overheid. Als gunningswijze wordt gekozen voor een open offerteaanvraag.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 9 september 2014 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 13 september 2014.

3.3. In het bestek worden de gunningscriteria onder meer omschreven als volgt:

“Art. 101 : gunning – weging van de gunningscriteria

[...]

De bestelling zal gegund worden aan de partij met de Economisch Meest Voordelige Inschrijving (EMVI).

Daartoe worden de opgegeven prijzen en kwaliteiten t.o.v. elkaar afgewogen volgens volgende principes: er wordt een fictief inschrijvingsbedrag opgesteld dat als volgt samengesteld wordt:

Criterium 1: Heraanleg van het bovengrondse plein van de Houtmarkt en zijn ruime omgeving (o.a. Lange Brugstraat en de burgerlijke bouwkunde voor de ondergrondse parking (max. te behalen: 58 punten):

- $EMVI_{BO}$ wordt geëvalueerd op prijs:

[...]

Criterium 2: Electromechanische uitrusting en afwerking van de parking (42 punten):

- $EMVI_{EMU}$ wordt gedeeltelijk geëvalueerd op prijs (max. te behalen: 25 punten):

[...]

- $EMVI_{Emu}$ wordt gedeeltelijk geëvalueerd op kwaliteit (max. te behalen: 17 punten):

$$P_{aan-EMU-kwaliteit} = 17 \times (\sum(punten \text{ per sub-criterium})/1.000)$$

Het kwaliteitscriterium wordt geëvalueerd op 1.000 punten en daarna herrekend naar een maximum van 17 punten. De basisregel is dat voor elk van de aangegeven sub-criteria 25% van de maximale punten per sub-criterium zal toegekend worden als de inschrijver duidelijk aantoonst middels zijn offerte dat hij conform de bestekseisen heeft aangeboden. Bijkomende punten per subcriterium zullen toegekend worden per meerwaarde.

De graad van integratie in het SCADA systeem wordt als een bijzondere meerwaarde geëvalueerd. De opgegeven prijs in de meetstaat houdt rekening met deze meerwaarde en behoeft derhalve niet apart opgegeven te worden. De inschrijver is gehouden aan het bouwen conform bestek én offerte. In geval van tegenspraak is het bestek dwingend. Er kunnen geen meerwaarden (dus punten boven de 25% per sub criterium) gescoord worden indien de offerte de bestek conformiteit niet duidelijk weergeeft. In alle gevallen dient de aannemer de bestekseisen te vervullen, zelfs indien dit niet duidelijk blijkt uit zijn offerte. De evaluatie van de sub-criteria geschiedt zowel absoluut (de offerte versus het bestek) als relatief (de offertes onderling tegenover elkaar).

Inschrijvingen die minder dan 200/1000 scoren op dit criterium worden als onregelmatig beoordeeld en worden uitgesloten van verdere deelname aan de procedure. Ten behoeve van de eenvoud zal de aannemer, indien hij technische fiches toevoegt, deze beperken tot een productfolder tenzij hij van de overtuiging is dat een uitgebreidere folder een toegevoegde waarde bezit. Stad Kortrijk/Parko hecht belang aan kwaliteit van informatie eerder dan

aan kwantiteit van informatie. Indien de aannemer naar de technische documentatie verwijst, zal hij dit doen op een duidelijke manier (middels onderlijningen, kleurenmarkeringen en een genummerde verwijzing naar een welbepaald feit). Onduidelijkheden of algemene verwijzingen (zoals bv. 'zie de productfolder') zullen door Stad Kortrijk/Parko als onduidelijk geëvalueerd worden en zullen substantieel minder geciteerd worden. Transparantie is een belangrijke evaluatiefactor. Een meerwaarde zal worden erkend in het feit dat een opdrachtnemer duidelijk specificeert welke leverancier welke producten levert en aangeeft welke ervaringen de leverancier in deze materie heeft. De opdrachtnemer is gehouden zijn opgegeven leveranciers te weerhouden bij uitvoering.

Eveneens zal als meerwaarde meegenomen worden de mate waarin de aannemer kritische onderdelen van de installatie zelf uitvoert.

1) Sub-criterium 1: de energievoorziening (50 punten)

[...]

2) Sub-criterium 2: de verlichting (150 punten)

De aannemer geeft in zijn offerte inzage in de oplossing die hij aanbiedt. Hij specificeert duidelijk de componenten die hij in zijn offerte voorzien heeft alsook op welke mate hij deze op elkaar afstemt. Hij verklaart waar mogelijk de toepassing van de regels van goed vakmanschap en specificeert de mogelijkheden tot sturing van de verlichting en integratie met de SCADA.

Volgende elementen spelen mee bij de beoordeling van de verlichting:

- Extra garantievoorwaarden t.o.v. de standaardvoorwaarden 30 punten
- Totaal verbruik 30 punten
- Koppeling en integratie met andere technieken en SCADA (bv verlichting op railsysteem) 30 punten
- Uitstraling/beleving/bijdrage aan esthetiek parking 30 punten
- Onderliggende intelligentie 30 punten

3) Sub-criterium 3: de ventilatie (75 punten)

[...]

4) Sub-criterium 4: de vloeren (50 punten)

[...]

5) Sub-criterium 5: schilderwerken (50 punten)

De aannemer geeft in zijn offerte inzage in de oplossing die hij aanbiedt. Hij specificeert duidelijk de componenten die hij in zijn offerte voorzien heeft alsook op welke mate hij deze op elkaar afstemt.

Volgende elementen spelen mee bij de beoordeling van de schilderwerken:

- Eigen inbreng en aanvulling m.b.t. de huisstijl 20 punten
- Flexibiliteit en reflectie 20 punten
- Milieuvriendelijke verfsystemen 10 punten

6) Sub-criterium 6: de SCADA bediening (325 punten):

[...]

7) Sub-criterium 7: de toegangscontrole (200 punten):

[...]

8) Sub-criterium 8 : de brand en CO detectie (100 punten)

[...] .

Criterium 3: De meerwerken / onvoorziene omstandigheden:

[...]”.

3.4. Diverse kandidaat-inschrijvers maken gebruik van de in het bestek vervatte mogelijkheid om vragen te stellen. Naar aanleiding daarvan wordt door de verwerende partij nog een vragenlijst met antwoorden bekendgemaakt.

3.5. Zes inschrijvers dienen tijdig een offerte in.

3.6. Bij brief van 9 december 2014 vraagt de verwerende partij bij de verzoekende partijen bijkomende informatie op, die haar wordt bezorgd bij brief van 17 december 2014.

Bij brief van 9 december 2014 vraagt de verwerende partij bij de thv MBG-Verhelst om de eenheidsprijs van een bepaalde post te verantwoorden en om een vraag te beantwoorden met betrekking tot de aansturing van de axiaalventilatoren. De thv MBG-Verhelst antwoordt hierop bij brief van 16 december 2014.

Bij brief van 9 december 2014 worden door de verwerende partij ten slotte ook een aantal vragen gesteld aan de thv Artes Depret nv – Artes Roegiers nv, die op 17 december 2014 worden beantwoord.

3.7. In het beoordelingsverslag wordt besloten dat alle inschrijvers hun technische bekwaamheid conform de besteksvoorwaarden hebben aangetoond, met uitzondering van CEI-De Meyer. Alle inschrijvers worden aldus geselecteerd, met uitzondering van CEI-De Meyer.

De offertes van alle inschrijvers worden tevens regelmatig bevonden.

De vergelijking van de ingediende offertes op basis van de gunningscriteria, leidt voorts tot de volgende samenvattende puntentabel:

Volgnr.	inschrijvers	Crit. 1 Prijs bouwkunde parking en bovenaanleg	Crit. 2a EMU en afwerking - prijs	Crit. 2b EMU en afwerking- kwaliteit	Crit. 3 Meerwerken Onvoorzien	Totaal
1	CEI-De Meyer	51,34	21,47	Onregel matig	1,05	Onregel matig
2	Besix	50,30	21,87	3,70	1,05	72,25
3	THV MBG-Verhelst	52,13	22,99	11,22	1,05	82,23
4	THV Persyn-Bachy	58,00	18,69	8,35	1,05	81,00
5	THV Artes-Depret- Roegiers	50,47	25,00	11,86	1,05	83,17
6	THV Stadsbader- Van Roey	49,89	20,25	6,18	1,05	72,68

Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan de thv Artes Depret nv – Artes Roegiers nv.

3.8. Op 12 januari 2015 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Kortrijk om de opdracht overeenkomstig het beoordelingsverslag te gunnen aan de thv Artes Depret nv – Artes Roegiers nv.

3.9. Bij aangetekende brief van vermoedelijk 13 januari 2015 – doch verkeerd gedateerd op 13 december 2015 – deelt de verwerende partij aan de verzoekende partijen mee dat de opdracht niet aan hen is toegewezen. Als bijlage wordt enkel een kopie gevoegd van het beoordelingsverslag.

3.10. Vervolgens vragen de verzoekende partijen ook de gunningsbeslissing op, die hun ook per kerende wordt opgestuurd.

IV. Tussenkomen

4. De eerste en tweede verzoekende partijen tot tussenkomst hebben er als tweede gerangschikte inschrijver belang bij dat de vordering wordt afgewezen, minstens in zoverre deze de impliciete weigering betreft om de opdracht aan de verzoekende partijen te gunnen. Voorts hebben de verzoekende partijen tot tussenkomst zelf een vordering tot schorsing bij uiterst dringend noodzakelijkheid ingediend tegen de te dezen bestreden gunningsbeslissing, zaak gekend onder rolnummer G/A. 214.875.

De derde en vierde verzoekende partijen tot tussenkomst blijken als inschrijver waaraan is gegund voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen.

Bijgevolg moeten de verzoeken worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de excepties betreffende de ontvankelijkheid van de vordering en van de middelen, opgeworpen door de verwerende partij, uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor de toewijzing van de vordering tot schorsing vervuld zijn wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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 beslissingen 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. Het eerste middel is geput uit de schending van artikel 25 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken,

leveringen en diensten’, van artikel 95, § 3, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ en van de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het gelijkheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het *patere legem* beginsel.

Volgens de verzoekende partijen heeft de verwerende partij de in het middel vermelde bepalingen en beginselen geschonden doordat zij de offertes van de thv Artes Depret nv – Artes Roegiers nv en de thv MBG-Verhelst als regelmatig beschouwt, terwijl deze offertes afwijken van de technische bepalingen van de opdracht en aldus als onregelmatig buiten beschouwing moesten worden gelaten.

Wat de offerte van de thv Artes Depret nv – Artes Roegiers nv betreft is de voorgestelde verf voor de binnenschilderwerken volgens de verzoekende partijen niet besteksconform aangezien in het bestekdeel G onder post 80 – ‘binnenschilderwerken’ een verf op solventbasis wordt voorgeschreven voor de kolommen, wanden en plafonds, terwijl deze inschrijver in zijn offerte een watergedragen verf voorstelt. Ook de door deze inschrijver voorgestelde toegangscontrole is volgens de verzoekende partijen niet besteksconform aangezien het bestek ‘Mifare technologie’ voorschrijft en de inschrijver kaartlezers voorstelt die geen Mifare kaarten ondersteunen. Ook op andere punten (1.1.1.5.7.2, 1.1.1.5.7.3, 1.1.1.5.7.4) blijkt de door deze inschrijver voorgestelde toegangscontrole niet conform, doch in het beoordelingsverslag wordt geen verduidelijking gegeven waarom de offerte niet voldoet aan de eisen van het bestek.

Wat de offerte van de thv MBG-Verhelst betreft is de voorgestelde ventilatie volgens de verzoekende partijen niet besteksconform. Zij wijzen erop dat in het beoordelingsverslag bij punt 1.1.1.3.3. wordt opgemerkt dat de beschrijving van de werking in sanitair bedrijf licht afwijkt van het bestek voor wat betreft de aansturing van de axiaalventilatoren. Daarnaast blijkt ook de voorgestelde toegangscontrole niet conform zoals opgemerkt onder de punten 1.1.1.3.7.1 tot en met 1.1.1.3.7.7 van het beoordelingsverslag.

Beoordeling

8. Op het eerste gezicht kan worden vastgesteld dat in het beoordelingsverslag ten aanzien van de offertes van alle inschrijvers – en dus ook ten aanzien van de offerte van de verzoekende partijen – opmerkingen worden gemaakt over afwijkingen van technische besteksbepalingen.

Zo betwisten de verzoekende partijen op grond van de in het beoordelingsverslag gemaakte opmerkingen de besteksconformiteit van de offertes van inschrijvers thv Artes Depret nv – Artes Roegiers nv en thv MBG-Verhelst onder meer op het vlak van de toegangscontrole voor de personen, doch het blijkt dat in het beoordelingsverslag onder punt 1.1.1.4.7.1. betreffende de offerte van de verzoekende partijen zelf wordt opgemerkt: “De toegangscontrole voor personen is niet beschreven en er zijn geen technische fiches toegevoegd”.

Op het eerste gezicht lijkt de verwerende partij dan ook betreffende de offerte van de verzoekende partijen zelf de conformiteit met het bestek op dit punt niet eens te hebben kunnen nagaan. Daarnaast wordt met betrekking tot de offerte van de verzoekende partijen in het beoordelingsverslag onder meer onder punt 1.1.1.4.8.1. ook vastgesteld dat de aangeboden “rook - en thermische puntdetectoren niet conform[zijn] met de bestekseisen”.

Indien dit middel ernstig en gegrond zou worden bevonden, zou het op het eerste gezicht dan ook enkel tot gevolg kunnen hebben dat de opdracht aan geen enkele inschrijver mocht worden gegund. Enkel in die zin lijken de verzoekende partijen dan ook belang te hebben bij hun middel.

9. Artikel 95, § 3, eerste lid, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, zoals vervangen bij koninklijk besluit van 7 februari 2014, bepaalt:

“Op materieel vlak is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de bepalingen van dit besluit of van de opdrachtdocumenten betreffende met name de prijzen, termijnen en technische specificaties, in

de mate dat die bepalingen essentieel zijn, of in geval van een abnormale prijs als bedoeld in de artikelen 21 en 99.”

10. De vraag of een bepaling van het bestek essentieel is, namelijk dermate belangrijk dat de afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg moet hebben dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, dient *in concreto* in elk geval afzonderlijk in het licht van het dossier te worden beantwoord. Het staat in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om vast te stellen of de afwijking al dan niet een essentiële besteksbeeping betreft.

11. De verzoekende partijen lijken er in hun middel dan ook ten onrechte van uit te gaan dat elke afwijking van de technische bepalingen van het bestek dient te leiden tot een substantiële onregelmatigheid van de offertes.

Zowel uit artikel 95, § 3, van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011, zoals vervangen bij koninklijk besluit van 7 februari 2014, als het verslag aan de Koning bij dit besluit (*BS* 21 februari 2014, 14001) lijkt immers te kunnen worden afgeleid dat dit slechts het geval is in de mate dat deze bepalingen essentieel zijn.

12. In het beoordelingsverslag, waar de bestreden gunningsbeslissing naar verwijst, worden zoals reeds opgemerkt, op het eerste gezicht bij de offertes van alle inschrijvers een aantal opmerkingen gemaakt inzake de technische conformiteit, doch worden de offertes van alle inschrijvers regelmatig bevonden, met uitzondering van de offerte van CEI-De Meyer.

Daargelaten de vraag of de offertes van de gekozen inschrijver en de tweede gerangschikte inschrijver op de door de verzoekende partijen vermelde punten al dan niet geacht moeten worden af te wijken van het bestek, tonen de verzoekende partijen zelf op het eerste gezicht niet aan dat de door hen vermelde afwijkingen essentiële besteksbeelingen betreffen en dat de verwerende partij er aldus toe gehouden was om de betrokken offertes te weren.

Vastgesteld dient immers te worden dat de door de verzoekende partijen aangevoerde afwijkingen van het bestek in de offertes van de gekozen inschrijver en de tweede gerangschikte inschrijver door de aanbestedende overheid zelf alvast niet essentieel werden bevonden aangezien de offertes van deze inschrijvers regelmatig werden beschouwd.

Het standpunt van de verzoekende partijen lijkt op het eerste gezicht ook te worden tegengesproken door de – door de verzoekende partijen in hun inleidend verzoekschrift niet betwiste – bepalingen van het bestek zelf, en meer bepaald de omschrijving van het tweede gunningscriterium, dat als “basisregel” bepaalt dat voor elk van de aangegeven subcriteria 25% van de maximale punten per subcriterium zal worden toegekend als de inschrijver met zijn offerte duidelijk aantoont dat hij conform de bestekseisen heeft aangeboden, dat bijkomende punten per subcriterium zullen worden toegekend per meerwaarde, dat geen meerwaarden – dus punten boven de 25% per subcriterium – gescoord kunnen worden indien de offerte de besteksconformiteit niet duidelijk weergeeft en dat inschrijvingen die minder dan 200/1000 scoren op dit criterium als onregelmatig worden beoordeeld en worden uitgesloten van verdere deelname aan de procedure.

In zoverre de verzoekende partijen ter terechtzitting alsnog kritiek uitoefenen op de geschetste methodiek, voeren zij een nieuw middel aan dat niet ontvankelijk lijkt aangezien op het eerste gezicht niet blijkt dat dit niet reeds in het inleidend verzoekschrift had kunnen worden aangebracht.

13. Voorts dient *prima facie* te worden vastgesteld dat de beweerde schending van het gelijkheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel door de verzoekende partijen niet nader wordt toegelicht.

14. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

15. Het tweede middel is geput uit de schending van artikel 4, 8°, *juncto* artikel 8 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’.

De verzoekende partijen betogen daartoe dat de verwerende partij heeft nagelaten bij de kennisgeving van 13 januari 2015 de gunningsbeslissing toe te voegen aangezien het bij die kennisgevingsbrief gevoegde stuk slechts een beoordelingsverslag betreft, opgemaakt door de ontwerpers. Bovendien heeft de verwerende partij volgens haar ook nagelaten uitdrukkelijk te vermelden welke rechtsmiddelen open staan tegen de door haar genomen gunningsbeslissing, terwijl zij hiertoe wettelijk verplicht is.

Beoordeling

16. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, 8°, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ dient een aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op te stellen wanneer ze de opdracht gunt, ongeacht de procedure. Artikel 8, § 1, van voormelde wet voorziet dan weer in de kennisgeving van de gemotiveerde beslissing aan elke inschrijver van wie de offerte niet gekozen is.

17. Uit het administratief dossier blijkt dat het college van burgemeester en schepenen van de stad Kortrijk op 12 januari 2015 beslist heeft om de opdracht overeenkomstig het beoordelingsverslag te gunnen aan de thv Artes Depret nv – Artes Roegiers nv.

18. Wat de beweerde schending van artikel 8 van de voormelde wet betreft, dient te worden vastgesteld dat een eventueel gebrek in de kennisgeving in beginsel de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing zelf niet aantast, te meer

aangezien uit het administratief dossier blijkt dat de motieven voor de bestreden beslissing in elk geval reeds bij de kennisgeving werden meegedeeld en de beslissing zelf geen nieuwe of andere motieven bevat.

Bovendien blijkt dat de verzoekende partijen de bestreden beslissing van 12 januari 2015 als stuk 9 bij hun verzoekschrift voegen: zij hebben daarvan dus kennis gekregen waardoor zij tijdig en met kennis van zaken een vordering hebben kunnen indienen en ook ingediend.

19. Ten slotte lijkt een beweerd gebrek inzake de vermelding van de rechtsmiddelen eveneens slechts een gebrek in de kennisgeving te betreffen en lijken de door de verzoekende partijen in het middel vermelde wettelijke bepalingen overigens op het eerste gezicht ook geen verplichting in te houden om de rechtsmiddelen te vermelden.

20. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

21. In een derde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 5 en 25 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, en van de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het redelijkheidsbeginsel, de formelemotiveringsplicht en het gelijkheidsbeginsel.

De verzoekende partijen betogen daartoe dat de verwerende partij bij de kwalitatieve beoordeling van een aantal subcriteria van het tweede gunningscriterium aan hun offerte te weinig punten zou hebben toegekend. Bij de beschrijving van hun belang bij de vordering gaan zij er zelfs vanuit dat de opdracht aan hen had dienen te worden gegund.

Het middel wordt opgesplitst in vijf onderdelen.

Beoordeling

22. Het derde middel lijkt uitsluitend betrekking te hebben op de beoordeling van het tweede deel van het tweede gunningscriterium, zijnde de kwalitatieve beoordeling van de electromechanische uitrusting en afwerking van de parking. In dit middel voeren de verzoekende partijen aan dat de verwerende partij bij de kwalitatieve beoordeling van een aantal subcriteria van het tweede gunningscriterium aan hun offerte te weinig punten zou hebben toegekend.

23. In het mondeling advies ter terechtzitting heeft het auditoraat hieromtrent vastgesteld onder meer hetgeen volgt:

Het eerste onderdeel van het derde middel heeft betrekking op de kwalitatieve beoordeling van het subcriterium 2 – de verlichting – waarvoor maximaal 150 punten te behalen zijn. De verzoekende partijen klagen aan dat zij voor dit onderdeel 17,41 punten behalen tegenover 108,26 punten voor de thv MBG-Verhelst. De verwerende partij heeft volgens hen ten onrechte geen rekening gehouden met de door hen bijkomend bezorgde informatie bij brief van 17 december 2014, terwijl uit het gunningsverslag volgens hen blijkt dat voor de andere inschrijvers wel rekening werd gehouden met deze informatie. Bovendien kan het significante verschil in score tussen beide inschrijvers volgens hen niet redelijk verklaard worden aangezien de door hen gegeven bijkomende informatie geheel in de lijn ligt met de informatie die door de thv MBG-Verhelst werd verschaft.

Daarbij valt in de eerste plaats op te merken dat de verzoekende partijen in het kader van dit middelonderdeel enkel de aan hen toegekende puntenscore betwisten, in vergelijking met de puntenscore die aan de tweede gerangschikte inschrijver werd toebedeeld. De aan de gekozen inschrijver toegekende score van 113,88 punten wordt op het eerste gezicht door hen niet betwist.

In het bestek wordt de wijze van beoordeling van het gunningscriterium 2b, zijnde de beoordeling van ‘de Electromechanische uitrusting en afwerking van de parking’ op kwaliteit vooreerst op algemene wijze toegelicht. De basisregel daarbij is dat voor elk van de aangegeven sub-criteria 25% van de maximale punten per subcriterium zal worden toegekend als de inschrijver duidelijk aantoont middels zijn offerte dat hij conform de bestekseisen heeft aangeboden. Bijkomende punten per subcriterium zullen worden toegekend per meerwaarde. De graad van integratie in het SCADA systeem wordt als een bijzondere meerwaarde geëvalueerd.

Aangaande het subcriterium ‘verlichting’ wordt in het bestek onder meer toegelicht dat de aannemer in zijn offerte inzage geeft in de oplossing die hij aanbiedt en dat hij duidelijk de componenten specificeert die hij in zijn offerte voorzien heeft alsook op welke mate hij deze op elkaar afstemt.

De vereisten waaraan de verlichting dient te voldoen worden nader omschreven in bestekdeel F “technische bepalingen - Elektromechanische uitrusting” op bladzijde 133 tot 141, waarbij duidelijk een onderscheid wordt gemaakt tussen de normale ledverlichting in de parking, de architecturale ledlijnverlichting, de normale verlichting van de toerit, de normale verlichting van de lokalen, de normale verlichting in de trappenhallen en de noodverlichting.

In het beoordelingsverslag, waarop de bestreden beslissing steunt, wordt de wijze van beoordeling van criterium 2b nog nader op algemene wijze toegelicht als volgt:

“Voor elke techniek werd rekening gehouden met de mate waarin de producten voldoen aan de opgestelde standaard of specificaties, de bedrijfszekerheid van de producten en de performantie van de producten. Er werd gekeken of de inschrijver met het vooropgestelde aantal apparatuur de vooropgestelde doelen behaalt. Ook werd er gekeken naar de graad van documentatie en beschrijving.”

De offerte van de verzoekende partijen wordt aangaande het subcriterium 2 “verlichting” als volgt beoordeeld:

“1.1.1.4.2 Sub-criterium 2 : de verlichting (150 punten)

1.1.1.4.2.1 Conformiteit met het bestek

Voor de normale ledverlichting in de parking is er een technische beschrijving samen zonder technische fiches. Bijlage 1 van dit sub-criterium ontbreekt. Er zijn geen lichtberekeningen bijgevoegd. Het is niet duidelijk wie de fabrikant is van het armatuur. Qua technische eigenschappen voldoet het armatuur aan het bestek. De sturing van de normale ledverlichting is kort beschreven zonder technische fiches maar met een principeschema.

Op 17-12-2014 heeft THV Persyn – Bachy bijlage 1 (verlichtingsarmaturen normale ledverlichting parking) van dit sub-criterium overgemaakt. Dit toestel is conform het bestek.

Er is geen beschrijving en er zijn geen technische fiches voor de architecturale ledlijnverlichting in de parking.

Er is geen beschrijving en er zijn geen technische fiches voor de verlichting in de technische lokalen en de trappenhallen.

Er is geen beschrijving en ze zijn geen technische fiches voor de verlichting van de hellingbaan.

Er is geen beschrijving en er zijn geen technische fiches voor de noodverlichting.

Er zijn geen meerwaarden.

1.1.1.4.2.2 Mate waarin de componenten op elkaar afgestemd zijn

Er is geen beschrijving over de mate van afstemming tussen de componenten van de verlichting.

Er is te weinig informatie om dit te kunnen evalueren.

Voor sub-criterium 2 zijn slechts enkele van de verschillende elementen voor de beoordeling beschreven.

1.1.1.4.2.3 Extra garantievoorwaarden t. o. v. standaardvoorwaarden

De extra garantievoorwaarden zijn enkel beschreven voor de normale parkingverlichting.

1.1.1.4.2.4 Totaal verbruik

Voor de normale parkingverlichting is een vermogenbalans bijgevoegd.

1.1.1.4.2.5 Koppeling en integratie met andere technieken en SCADA

De koppeling en integratie met SCADA is voor de normale parkingverlichting kort beschreven.

1.1.1.4.2.6 Uitstraling, beleving, bijdrage aan esthetiek parking

De bijdrage aan de esthetiek van de parking is beschreven. De inschrijver vermeldt dat de inbouwhoogte van de armaturen voor de normale parkingverlichting beperkt is.

1.1.1.4.2.7 Onderliggende intelligentie

De onderliggende intelligentie is voor de normale parkingverlichting beschreven. Er wordt gewerkt via het Dali protocol.

1.1.1.4.2.8 Totale score sub-criterium

→ 17,41 punten”.

De offerte van de thv MBG-Verhelst wordt op dit punt als volgt beoordeeld:

“1.1.1.3.2 Sub-criterium 2 : de verlichting (150 punten)

1.1.1.3.2.1 Conformiteit met het bestek

Voor de normale ledverlichting in de parking is er een uitgebreide beschrijving samen met technische fiches. Er zijn geen lichtberekeningen bijgevoegd. Het voorgestelde armatuur is conform met het bestek. De sturing van de normale ledverlichting is beschreven samen met technische fiches.

Voor de architecturale ledlijnverlichting in de parking is er een beschrijving en zijn er technische fiches alsook een lichtberekening bijgevoegd. Het voorgestelde armatuur is conform met het bestek. De sturing van de architecturale ledlijnverlichting is beschreven in de technische fiche.

Voor de noodverlichting is er een technische beschrijving en zijn er technische fiches bijgevoegd. Het betreft zeer kwalitatieve materialen conform met het bestek.

Voor de verlichting van de technische lokalen en trappenhallen is er een uitgebreide beschrijving en zijn er technische fiches bijgevoegd. Deze toestellen zijn conform met het bestek. Ook zijn er lichtberekeningen bijgevoegd.

Er is geen beschrijving en ze zijn geen technische fiches voor de verlichting van de hellingbaan.

1.1.1.3.2.2 Mate waarin de componenten op elkaar afgestemd zijn

De normale verlichting van de parking en van de technische lokalen en trappenhallen alsook de noodverlichting zijn van eenzelfde fabrikant.

Voor sub-criterium 2 zijn de verschillende elementen voor de beoordeling uitgebreid beschreven.

1.1.1.3.2.3 Extra garantievoorwaarden t.o.v. de standaardvoorwaarden

De inschrijver vermeldt kort de extra garantievoorwaarden. De garantiebepaling van de fabrikant is bijgevoegd, behalve voor de verlichting van de hellingbaan.

1.1.1.3.2.4 Totaal verbruik

Een vermogenbalans van de volledige verlichtingsinstallatie behalve de verlichting van de hellingbaan is bijgevoegd.

1.1.1.3.2.5 Koppeling en integratie met andere technieken en SCADA

De koppeling en integratie met andere technieken en SCADA is zeer uitgebreid beschreven. Dit is een meerwaarde.

1.1.1.3.2.6 Uitstraling, beleving, bijdrage aan esthetiek parking

De esthetiek van de verlichting is beschreven, behalve voor de verlichting van de hellingbaan.

1.1.1.3.2.7 Onderliggende intelligentie

De onderliggende intelligentie is zeer uitgebreid beschreven.

1.1.1.3.2.8 Totale score sub-criterium

→ 108,26 punten”.

In de mate dat de verzoekende partijen aanvoeren dat de verwerende partij volgens hen ten onrechte geen rekening zou hebben gehouden met de door hen bijkomend bezorgde informatie bij brief van 17 december 2014, valt op het eerste gezicht op te merken dat dit lijkt te worden tegengesproken door het beoordelingsverslag zelf, aangezien het beoordelingsverslag zelf naar die brief verwijst waar gesteld wordt “Op 17-12-2014 heeft THV Persyn-Bachy bijlage 1 (verlichtingsarmaturen normale ledverlichting parking) van dit sub-criterium overgemaakt. Dit toestel is conform het bestek”.

Voorts lijken de verzoekende partijen met hun kritiek op het eerste gezicht de reeds in het bestek aangekondigde en door hen niet betwiste beoordelingsmethodiek voor het gunningscriterium 2b uit het oog te verliezen waarin onder meer gesteld wordt dat als basisregel geldt dat voor elk van de opgegeven subcriteria 25% van de maximale punten per subcriterium zal worden toegekend als de inschrijver duidelijk aantoonst met zijn offerte dat hij conform de bestekseisen heeft aangeboden, dat bijkomende punten per subcriterium slechts zullen worden toegekend per meerwaarde en dat de inschrijver duidelijk de componenten dient te specificeren die hij in zijn offerte heeft voorzien.

Overeenkomstig artikel 96, § 4, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, kan de aanbestedende

overheid bovendien, in het kader van het onderzoek en de beoordeling van de regelmatigheid van de offertes, aan de inschrijver vragen om binnen de door haar bepaalde termijn de draagwijdte van zijn offerte te verduidelijken of aan te vullen, zonder deze echter te wijzigen.

In het Verslag aan de Koning wordt er evenwel voor gewaarschuwd dat deze mogelijkheid niet mag leiden tot misbruiken, noch tot gevolg hebben dat de ingediende offertes worden gewijzigd. De contacten met de inschrijvers mogen immers geen onderhandelingen met de inschrijvers meebrengen aangezien deze in het kader van de aanbesteding en offerteaanvraag verboden zijn (Verslag aan de Koning, *BS* 9 augustus 2011, 44909).

Voormelde mogelijkheid tot contactname met de inschrijvers mag er dus niet toe leiden dat een onregelmatige offerte alsnog wordt geregulariseerd of dat het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers wordt geschonden.

De Raad van State lijkt desgevraagd te mogen nagaan of de aanbestedende overheid niet de grenzen van een redelijke beoordeling te buiten is gegaan bij het vragen van dergelijke toelichting of aanvulling, of deze een oorbaar doel diende, er bijvoorbeeld er niet op gericht was om een inschrijver in de mogelijkheid te stellen zijn offerte nog te wijzigen, of daarbij de gelijkheid tussen de inschrijvers is gerespecteerd en of de gegeven toelichting of aanvulling niet neerkomen op wijzigingen van de offerte.

Met betrekking tot de vraag onder welke voorwaarden contactname met inschrijvers mogelijk is, dient voorts tevens te worden gewezen op het arrest SAG ELV Slovensko van het Hof van Justitie van 29 maart 2012, evenals het arrest Manova van 10 oktober 2013.

Te dezen blijkt uit het beoordelingsverslag, dat op het eerste gezicht bevestiging lijkt te vinden in het administratief dossier, dat de offerte van de verzoekende partijen wat de normale ledverlichting in de parking betreft, slechts een technische beschrijving bevatte, zonder technische fiches, dat voor de overige in het bestek gevraagde verlichting er noch een beschrijving, noch technische fiches waren opgenomen en dat zij pas op 17 december 2014 de ontbrekende bijlage 1 betreffende verlichtingsarmaturen normale ledverlichting parking en een aantal technische fiches heeft overgemaakt.

Op het eerste gezicht lijkt het in het licht van de aangekondigde beoordelingsmethodiek dan ook niet in strijd met het redelijkheidsbeginsel dat aan de offerte van de verzoekende partijen voor deze elementen geen meerwaarden werden erkend door de verwerende partij en dat zij ook minder dan 25 % van de te behalen punten hebben behaald.

Meer nog, kan in het licht van het voorgaande op het eerste gezicht worden betwijfeld of de verwerende partij überhaupt dienaangaande documenten mocht opvragen en met de beschrijving en technische fiches die pas op 17 december 2014 werden bezorgd mocht rekening houden in het licht van de gelijke behandeling van de inschrijvers.

Voorts lijkt de grief waarbij de verzoekende partijen een ongelijke behandeling aanvoeren omdat met de door hen bijkomend bezorgde informatie bij brief van 17 december 2014 geen rekening zou zijn gehouden, terwijl uit het gunningsverslag volgens hen blijkt dat voor de andere inschrijvers wel rekening werd gehouden met deze informatie, op het eerste gezicht niet ernstig.

Op het eerste gezicht blijkt immers niet dat bij de gekozen inschrijver en de tweede gerangschikte inschrijver wat het subcriterium 2 ‘verlichting’ betreft op vergelijkbare wijze ontbrekende beschrijvingen en technische fiches zouden zijn opgevraagd en dat deze inschrijvers op basis daarvan meer punten zouden hebben behaald bij de beoordeling. Beide inschrijvers lijken wat de verlichting betreft in hun oorspronkelijke offerte immers een uitgebreide beschrijving en technische fiches te hebben gevoegd met betrekking tot de diverse soorten van verlichting gevraagd in het bestek. Er blijkt nergens dat deze bij deze inschrijvers nog bijkomende beschrijvingen of technische fiches zouden zijn opgevraagd en dat hiermee alsnog zou zijn rekening gehouden.

Gelet op al het voorgaande lijkt het besproken puntenverschil tussen de offerte van de verzoekende partijen en de offerte van de thv MBG-Verhelst dan ook geen resultaat van een beoordeling die de grenzen van een redelijke beoordeling te buiten gaat.

Het eerste onderdeel van het derde middel is dan ook niet ernstig.

24. De Raad van State valt deze argumentatie en conclusie bij.

25. In het kader van het tweede onderdeel van het derde middel voeren de verzoekende partijen onder meer nog aan dat de verwerende partij volgens hen heeft gehandeld in strijd met het gelijkheidsbeginsel door enkel aan de thv MBG-Verhelst bijkomende informatie te vragen betreffende de beschrijving voor de aansturing, terwijl zij dienaangaande geen vraag hebben gekregen.

Vastgesteld dient te worden dat de verwerende partij bij brief van 9 december 2014 onder meer de volgende vraag blijkt te hebben gesteld aan de thv MBG-Verhelst:

“Betreft de aansturing van de axiaalventilatoren in de parking staat er op pagina’s 9 en 50 dat er twee frequentieregelaars en twee softstarters voorzien zijn voor de vier axiaalventilatoren. Op pagina 45 staat er dat de extractoren voorzien zijn van frequentieregelaars en bypass contactoren. Het is niet duidelijk wat voorzien is in de offerte. Gelieve dit verder te verduidelijken.”

Bij brief van 16 december 2014 blijkt de thv MBG-Verhelst te hebben verduidelijkt dat er vier frequentiedrivers met overnamecontactoren werden aangeboden. Er werden geen bijkomende stukken toegevoegd aan dit schrijven. Op het eerste gezicht lijkt het aldus slechts een verduidelijking van de offerte te betreffen en lijken de verzoekende partijen ook op dit punt niet aan te tonen dat zij ongelijk zijn behandeld.

26. In het mondeling advies ter terechtzitting heeft het auditoraat aangaande het derde middel ten slotte vastgesteld dat op het eerste gezicht de verzoekende partijen alsdan geen belang meer lijken te hebben bij de overige grieven die zij aanvoeren in dat middel:

Rekening houdend met het totaalverschil in punten voor de gunningscriteria 1, 2a en 2b en 3 gezamenlijk, lijken de overige kritieken van de verzoekende partijen op het eerste gezicht immers niet van aard om het puntenverschil tussen de offerte van de verzoekende partijen en de gekozen inschrijver te overbruggen.

Zelfs indien de verzoekende partijen op de overige criteria waarvan zij de beoordeling bekritisieren het puntenaantal zouden hebben behaald dat zij beogen – zijnde hetzij evenveel punten als de gekozen inschrijver dan wel de tweede gerangschikte inschrijver, naargelang welke inschrijver de hoogste score op het betrokken subcriterium behaalde – lijkt dit op het eerste gezicht niet van aard om de rangschikking te kunnen beïnvloeden in de zin dat de offerte van de verzoekende partijen als voordeligste regelmatige inschrijving zou worden gerangschikt.

27. De Raad van State valt die argumentatie en conclusie bij.

VIII. Besluit

28. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

IX. Kosten

29. De verwerende partij vraagt de verzoekende partijen te veroordelen tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

De vordering werd echter ingesteld met een enig verzoekschrift waarin ook de nietigverklaring van de bestreden beslissing werd gevraagd.

Het geding is aldus nog hangende, zodat er geen grond is om in de huidige stand van de procedure reeds uitspraak te doen over de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen. De kosten dienen aldus in beraad te worden gehouden.

BESLISSING

1. De verzoeken van de nv Aannemingsmaatschappij CFE en de nv Verhelst Aannemingen, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap MBG-Verhelst, en van de nv Artes Depret en de nv Artes Roegiers, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Artes Depret nv – Artes Roegiers nv, tot tussenkomst in het administratief kort geding worden ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 26 februari 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest