

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 232.959 van 19 november 2015
in de zaak A. 212.551/XII-7667**

In zake: de NV SAIT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Barteld Schutyser
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Defensie

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 20 mei 2014, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van de Minister van Landsverdediging van 20 maart 2014, waarbij besloten werd om de overheidsopdracht van leveringen op basis van het Bestek MRMP-C/S/N Nr. 13CSN03 ‘betreffende de vervanging van de radio-installaties grond-lucht (Air Defence) ten voordele van de Luchtcomponent, inclusief een onderhoudscontract van onbepaalde duur’, aan [de nv] Rohde & Schwarz Belgium, en derhalve niet aan de [nv Sait], te gunnen”.

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.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 20 oktober 2015.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Riet Straetmans, die loco advocaat Barteld Schutyser verschijnt voor de verzoekende partij, en kapitein-commandant Maarten Kerckhofs, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 verwerende partij beslist tot het uitschrijven van een overheidsopdracht leveringen met als voorwerp de vervanging van de radio-installaties grond-lucht (Air Defence) ten voordele van de Luchtcomponent, inclusief een onderhoudscontract van onbepaalde duur.

De gunningswijze is de beperkte offerteaanvraag.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 25 oktober 2013 en het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 30 oktober 2013.

Het toepasselijke bestek voorziet in de volgende bepalingen inzake de twee gunningscriteria:

“a. Keuze van de voordeligste regelmatige offerte

De Aanbestedende Overheid kiest de regelmatige offerte waarvan zij oordeelt dat deze de voordeligste is, rekening houdend met de gunningscriteria en de gewichten (ponderaties) hieronder:

De gunningscriteria van rang 1 met hun ponderatie zijn:

- PRIJS 60%
Het te beschouwen bedrag voor de vergelijking van de offertes zal gevormd worden door de som van de totale prijs van de posten A1 tot A16 (Bijl A, Aanh 1) en de ‘total price following scenario’ van de posten M1 tot M15 (Bijl A, Aanh 2– luik onderhoud).
- TECHNIEK 40%
Elk S-criterium krijgt een cijfer op 10. Elke S-criterium geniet van dezelfde ponderatie.

b. Methode ter bepaling van de voordeligste regelmatige offerte

De interessantste offerte wordt als volgt berekend:

- Cijfer toegekend aan het criterium ‘TECHNIEK’
- Cijfer toegekend aan het criterium ‘PRIJS’
De gemiddelde prijs wordt enkel op basis van de (geselecteerde en) regelmatige offertes berekend.
Elke offerte krijgt een cijfer dat gelijk is aan het resultaat van de volgende formule:
$$\text{Cijfer Prijs} = 50\% - 100\% \times \frac{(\text{Prijs} - \text{Gemiddelde Prijs})}{\text{Gemiddelde Prijs}}$$

$$\text{Eindcijfer} = \frac{\sum(\text{cijfers(in\%)} \times (\text{ponderatie}))}{\sum \text{ponderaties}}$$

De S-criteria die de toetssteen vormen voor het gunningscriterium “Techniek” worden in het bestek omschreven als “wenselijke eis[en] die leid[en] tot een meerwaarde bij de evaluatie van de offertes”. De S-criteria van belang voor de zaak zijn:

“5.3.3 VHF – AM Mode

[...]

5.3.3.3 Receiver Characteristics

[...]

5.3.3.3.4 The tenderer shall mention the exact cross modulation rejection ratio of the receivers. A better cross modulation rejection ratio of the receivers shall be considered as an advantage.

[...]

5.3.4. UHF – AM mode

[...]

5.3.4.3 Receiver characteristics

[...]

5.3.4.3.4 The tenderer shall mention the exact cross modulation rejection ratio of the receivers. A better cross modulation rejection ratio of the receivers shall be considered as an advantage.”

3.2. Er worden acht kandidaten geselecteerd. Vier dienen een offerte in.

3.3. De offertes worden beoordeeld en op 5 maart 2014 wordt een technisch evaluatieverslag opgesteld dat door de verwerende partij als vertrouwelijk stuk in het administratief dossier wordt opgenomen.

Hieruit blijkt dat de puntentoekenning voor voornoemde S-criteria, die elk maximum 10 punten waard zijn, als volgt gebeurt:

“

Post	Possible response	Formula	Max Points
5.3.3.3.4	Value (in dB)	80dB: 0 points >80 to 89 dB: 4 points From 90 to 94 dB: 6 points ≥ 95 dB: 10 points	10
5.3.4.3.4	Value (in dB)	80dB: 0 points >80 to 89 dB: 4 points From 90 to 94 dB: 6 points ≥ 95 dB: 10 points	10

”

Dezelfde dag wordt een gunningsverslag opgesteld waarbij de eindrangschikking de volgende is:

Inschrijvers	% Prijs (weging 60)	% Techniek (weging 40)	% Totaal	Rangschikking
Rockwell Collins	0.00%	46.67%	18.67%	4
Rohde & Schwarz Belgium	64.63%	77.78%	69.89%	1
Thales Belgium	66.03%	61.11%	64.06%	3
SAIT	71.35%	57.78%	65.92%	2

3.4. Op 20 maart 2014 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Rohde & Schwarz Belgium.

IV. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift de schending aan van artikel 24 van de wet van 13 augustus 2011 ‘inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’, het gelijkheids- en transparantiebeginsel, de materiële motiveeringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij stelt dat de verwerende partij zowel het gunningscriterium “Techniek” als het gunningscriterium “Prijs” op onwettige wijze heeft beoordeeld.

4.2. Wat de beoordeling van het gunningscriterium “Techniek” betreft merkt zij op dat de verwerende partij voor de S-criteria 5.3.3.3.4 en 5.3.4.3.4 telkens slechts 6 punten van de 10 heeft toegekend aan haar offerte en er bij die beoordeling telkens is uitgegaan van een dB-waarde van slechts 90 dB terwijl uit de offerte van de verzoekende partij blijkt dat voor het S-criterium 5.3.3.3.4 er een waarde was opgegeven van 98 dB en voor het S-criterium 5.3.4.3.4 een waarde van 99 dB. De verwerende partij merkt weliswaar op dat voor de bepaling van de dB-waarden door de verzoekende partij een foutieve meetmethode werd gehanteerd, namelijk de SINAD-methode terwijl volgens de verwerende partij de ETSI-methode had moeten worden gehanteerd. Deze laatste methode wordt echter volgens de verzoekende partij niet in het bestek vermeld. Weliswaar wordt er wel van de ETSI-methode gewag gemaakt op de informatievergadering te Florennes doch deze verwijzing is “dermate bondig en vaag geformuleerd, dat hieruit geenszins een verplichting om deze meetmethode te gebruiken, kan worden afgeleid”.

De offerte van de verzoekende partij had dan ook voor die beide S-criteria telkens het maximum van de punten moeten krijgen, namelijk tien punten in plaats van zes.

4.3. Wat de beoordeling van het gunningscriterium “Prijs” betreft, merkt de verzoekende partij op dat de verwerende partij in het bestek gekozen heeft om het maximum van de punten toe te kennen aan de inschrijver die een prijs heeft ingediend die het dichtst een gemiddelde prijs benadert. Er wordt echter in het bestek geen enkele bijzondere motivering gegeven die rechtvaardigt waarom wordt afgeweken van de normale regel dat de inschrijver die de laagste prijs heeft geboden de meeste punten krijgt. “De omstandigheid dat in het Bestek toepassing van dat uitgangspunt wordt gemaakt, tast de wettigheid van beoordeling van het gunningscriterium ‘Prijs’ aan.” Bij gebreke aan dergelijke bijzondere motivering mag een aanbestedende overheid er niet zo maar voor opteren om bij kwantitatieve criteria het hoogst aantal punten toe te kennen aan de inschrijver die het dichtst een gemiddelde benadert. Uit de puntentoekenning voor het gunningscriterium “Prijs” valt, volgens de verzoekende partij, af te leiden dat de inschrijver die het dichtst de gemiddelde prijs benadert het maximum van de punten krijgt. Indien er toepassing was gemaakt van een normale regel, zoals de regel van drie, waarbij de inschrijver die de laagste offerteprijs heeft ingediend, het hoogst aantal punten krijgt, dan zou de score er volledig anders uitzien. Bij de door de aanbestedende overheid gehanteerde methode is het verschil voor dit criterium tussen de offerte van de verzoekende partij en die van de gekozen inschrijver 6,67%, bij de regel van drie is dit 7,86%, telkens in het voordeel van de verzoekende partij.

4.4. De verzoekende partij besluit dat “de toepassing van een wettige beoordelingsmethode [ten aanzien van het gunningscriterium ‘Prijs’], samengenomen met de extra-scores die voortvloeien uit de kritieken die de verzoekende partij ten opzichte van het gunningscriterium ‘Techniek’ tot uitdrukking brengt, een score geeft die onvermijdelijk tot gevolg heeft dat haar offerte als de meest economisch voordelige offerte moet worden aangemerkt”.

Zij voegt er een scoretabel bij met de volgens haar correcte scores en waaruit volgens haar blijkt dat de kritieken op de beoordeling van de beide gunningscriteria gegrond moeten zijn om haar offerte als eerste gerangschikt te zien.

5.1. In haar memorie van wederantwoord betwist de verzoekende partij het standpunt van de verwerende partij dat in het geval van verwerping van één van de aangevoerde grieven de rangschikking ongewijzigd blijft en “het rechtens vereiste belang in hoofde van de verzoekende partij zou ontbreken”.

De verzoekende partij merkt in de eerste plaats op dat de exceptie samenhangt met de grond van de zaak. Voorts stelt zij dat zij niet hoort aan te tonen dat zij het recht had op toewijzing van de opdracht. Ten slotte meent zij dat elk van haar twee grieven dermate fundamenteel is dat het zou volstaan dat één grief gegrond is om de gunningsbeslissing te vitiëren zodat aan geen inschrijver mocht worden gegund.

5.2. Wat haar kritiek op de beoordelingmethode van het gunningscriterium “Prijs” betreft meent de verzoekende partij dat zij deze nog mocht formuleren niettegenstaande deze methode in het bestek is vermeld. De verzoekende partij beroept zich op de “Labonorm-doctrine”.

Ten gronde stelt zij dat de verwerende partij toegeeft dat zij bij de puntentoekenning is “vertrokken” van de gemiddelde prijs en niet van de goedkoopste of duurste inschrijver. Zij meent dat dergelijke werkwijze niet is toegestaan omdat ze niet noodzakelijk leidt tot de hoogste score voor de economisch meest voordelige offerte. Ter adstructie van dit standpunt verwijst de verzoekende partij naar rechtspraak van de Raad van State en het Gerecht van de Europese Unie.

De verzoekende partij meent dat de gehanteerde methode “de reële prijsverschillen die tussen de verschillende offertes bestonden, niet op afdoende wijze in toegekende punten heeft vertaald. Door niet de laagste, maar de gemiddelde prijs als ijkpunt te nemen, en de toe te bedelen scores in functie van die prijs te berekenen, werden de verschillen tussen de offertes in belangrijke mate uitgevlakt” wat in strijd is “met de rechtspraak van Uw Raad die vereist dat prijsverschillen tussen de verschillende offertes op een evenredige wijze in punten worden omgezet, alsook dat er tussen lage prijs en hoge score een positieve evenredigheid bestaat”.

Zij besluit dat “[d]e methode die door de verwerende partij werd aangewend, [...] onwettig [is] want ze heeft niet geleid tot de toewijzing van de Opdracht aan de meest voordelige regelmatige inschrijver, zijnde de verzoekende partij”.

Beoordeling

6. Het is passend om in de eerste plaats de kritiek van de verzoekende partij op de beoordelingsmethodiek van het gunningscriterium “Prijs” te beoordelen.

De verzoekende partij vertrekt in haar verzoekschrift van een feitelijk verkeerd uitgangspunt.

De in het bestek opgenomen formule voor de beoordeling van dit criterium is de volgende:

$$\text{Cijfer Prijs} = 50\% - 100\% \times \frac{(\text{Prijs} - \text{Gemiddelde Prijs})}{\text{Gemiddelde Prijs}}$$

Deze methode geeft aan de offerte die de gemiddelde prijs biedt, de helft van de punten. Wie een lagere prijs biedt, krijgt meer punten; wie een hogere prijs opgeeft krijgt minder punten. De grenzen zijn: de inschrijver die een prijs biedt die de helft meer is dan de gemiddelde prijs, krijgt 0 punten en de inschrijver die de helft biedt van de gemiddelde prijs, krijgt het maximum van de punten.

De verzoekende partij betoogt in haar verzoekschrift dat de inschrijver die een prijs biedt die het dichtst de gemiddelde prijs benadert, het maximum van de punten krijgt. Dit is feitelijk onjuist en ondergraaft haar stelling fundamenteel. De kritiek zoals aangebracht in het verzoekschrift gaat dan ook niet op.

In haar memorie van wederantwoord wijzigt de verzoekende partij haar middel inhoudelijk en merkt zij op dat de verwerende partij “vertrokken” is van de gemiddelde prijs en dus die prijs als “ijkpunt” heeft genomen wat echter volgens haar niet noodzakelijk leidt tot de hoogste score aan de economisch meest voordelige offerte; dergelijke methode zou volgens haar de prijsverschillen tussen de offertes niet op een evenredige wijze in punten omzetten.

In de mate dat de verzoekende partij hier al geen fundamenteel andere invulling geeft aan haar kritiek en dit niet tijdig is, wordt deze kritiek niet bijgevalen om de volgende redenen.

Het behoort tot de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid om de beoordelingsmethode van de gunningscriteria te kiezen, zij het dat die vrijheid wordt beperkt door de beginselen van behoorlijk bestuur en door hetgeen zij zelf in het bestek heeft vooropgesteld. De Raad van State mag niet in de plaats van het bestuur de beoordelingsmethode bepalen 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. Wat het gunningscriterium van de prijs betreft, dient de gehanteerde methodiek bovendien een positieve evenredigheid in te houden tussen lage prijs en hoge score.

Te dezen moet worden vastgesteld dat er een positieve evenredigheid is tussen de laagste bieding en de hoogste score. De vraag of er een voldoende positieve evenredigheid is, wat de verzoekende partij betwist, wordt in dit geval bevestigend beantwoord. De door de verzoekende partij naar voor gebrachte simulatie van een puntentoekenning met de door de verzoekende partij voorgestelde “eenvoudige” regel van drie, die als “ijkpunt” de laagste bieding neemt, brengt aan het licht dat het verschil dat de verwerende partij vaststelde bij het gunningscriterium “Prijs” tussen de offerte van de verzoekende partij en die van de gekozen inschrijver, namelijk 6,72 in het voordeel van de verzoekende partij, slechts oploopt tot 7,86. In die omstandigheden maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat de toepassing te dezen van de in het bestek voorgeschreven beoordelingsmethode niet heeft geleid tot toewijzing aan de

voordeligste regelmatige inschrijver. De verzoekende partij toont niet aan dat het samen nemen van de scores met de ingediende offerteprijzen geen voldoende duidelijke positieve correlatie te zien geeft tussen een lage offerteprijs en een hoge score.

De verzoekende partij meent steun te vinden voor haar standpunt in rechtspraak van de Raad van State en van het Gerecht van de Europese Unie. Ook dit wordt niet aanvaard om de volgende redenen.

Zij beroept zich in haar memorie van wederantwoord op het arrest van de Raad van State sprl Advisers en sa Sophia Management, nr. 158.316 van 4 mei 2006. In dat geval werd de hoogste score echter toegekend aan de gemiddelde prijs, wat een fundamenteel andere beoordelingsmethode is dan in onderhavige zaak.

Voorts meent de verzoekende partij dat in het arrest Spanje t. Commissie, zaak T-402/06 van 16 september 2013, van het Gerecht van de Europese Unie als strijdig met het transparantiebeginsel werd aanvaard dat inschrijvers dienden een prijs te bieden zonder kennis te hebben van de gemiddelde prijs, element dat uiteraard slechts na de biedingen bekend is. Zoals de verzoekende partij zelf aangeeft is in dit arrest volgende passage cruciaal:

“75. Voorts staat vast dat toepassing van de methode van gemiddelde prijzen kon leiden tot een situatie waarin, bij gelijke overige – met name technische – voorwaarden, een aanbieder met een hogere prijs meer punten kon verwerven voor haar economische kwaliteit dan een andere, goedkopere aanbieder, met name wanneer de eerste aanbieder nog dichter bij de gemiddelde prijs lag of, in het geval van opdrachten die werden beheerd door ARC, bij de prijs die overeenstemde met de ‘lichtvaardige daling’.”

De in dit arrest aangeklaagde beoordelingsmethode voorzag aldus niet in een zelfde positieve evenredigheid tussen een lage bieding en een hoge score als hier het geval is. De verzoekende partij toont dan ook niet aan dat in de voorliggende zaak zij een andere prijs zou hebben geboden mocht zij weet hebben gehad van het “ijkpunt”.

Ten slotte beroept de verzoekende partij zich ook uitdrukkelijk op het arrest bvba SBS, nr. 220.566 van 11 september 2012 van de Raad van State. Dit arrest gewezen in een schorsingprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid waarbij onder meer een methodiek die rekening hield met de gemiddelde prijs, ter discussie stond, concludeert bij de verwerping van het schorsingsverzoek, als volgt:

“Verzoekende partij maakt in ieder geval niet voldoende aannemelijk dat te dezen de in het bestek voorgeschreven beoordelingsmethode na toepassing in de bestreden beslissing niet zou hebben geleid tot toewijzing aan de voordeligste regelmatige inschrijver. De samenlezing van de scores met de ingediende offerteprijzen lijkt een duidelijke positieve correlatie te zien te geven tussen een lage offerteprijs en een hoge score.”

Deze conclusie werd hiervoor ook reeds in deze zaak gemaakt zodat de verzoekende partij geen lering uit dit arrest kan trekken.

De kritiek met betrekking tot het gunningscriterium “Prijs” is dan ook niet gegrond.

7. De kritiek zowel inzake het gunningscriterium “Prijs” als die inzake het gunningscriterium “Techniek” moeten volgens de verzoekende partij zelf, zoals zij vaststelt in haar verzoekschrift, gegrond bevonden worden om het puntenverschil tussen de offerte van de gekozen inschrijver en die van de verzoekende partij te overbruggen. De verzoekende partij vordert overigens ook de nietigverklaring van de beslissing in de mate dat de opdracht niet aan haar is gegund.

De kritiek inzake het gunningscriterium “Prijs” is niet gegrond. In een tweede grief meent de verzoekende partij dat zij punten tekort gekregen heeft wat het gunningscriterium “Techniek” betreft; bij deze grief voert zij niet aan dat de offerte van de gekozen inschrijver wat dit gunningscriterium betreft verkeerd is beoordeeld.

Hieruit moet worden afgeleid dat het gegrond bevinden van de grief inzake het gunningscriterium “Techniek” niet leidt tot het onwettig bevinden en nietig verklaren van de gunningbeslissing en de impliciete weigeringsbeslissing aangezien, zelfs mocht de verzoekende partij voor de twee kwestieuze onderdelen van dit gunningscriterium, namelijk de twee S-criteria 5.3.3.3.4 en 5.3.4.3.4 tien punten in plaats van zes punten hebben gekregen, haar alsdan hogere score voor dit gunningscriterium haar totaalscore niet voldoende kan verhogen om de totaalscore van de gekozen inschrijver te bedreigen.

In haar memorie van wederantwoord betwijfelt de verzoekende partij deze opvatting. Nochtans, uit de aard van haar middelen en de beoordeling van de grond van de zaak moet worden afgeleid dat de verzoekende partij er niet in slaagt anders te laten oordelen; de middelen betreffen de puntentoekenning en refereren naar een voor haar gunstiger rangschikking; uit de bespreking ten gronde blijkt dat zij er niet in slaagt tot een dergelijke rangschikking te komen. De opmerking dat de begane onwettigheden dermate fundamenteel zijn dat ze de volledige gunningsprocedure vitiëren en er aan geen inschrijver mocht worden gegund, strijdt met de draagwijdte van haar middel; de verzoekende partij toont ook op geen enkele wijze aan dat deze bewering geloofwaardig is.

Uit dit alles volgt dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het beoordelen van haar grief met betrekking tot het gunningscriterium “Techniek”, opvatting kort verwoord in het auditoraatsverslag en niet weersproken in de laatste memorie van de verzoekende partij.

8. Het middel is deels onontvankelijk, deels ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 200 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 19 november 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest