

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 234.162 van 17 maart 2016
in de zaak A. 215.642/XII-7866**

In zake: de BVBA ANKERSMID M&C
woonplaats kiezend te 2610 Wilrijk
Neerlandweg 21 B

tegen:

de VLAAMSE MILIEUMAATSCHAPPIJ
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Abbeloos
kantoor houdend te 9200 Dendermonde
Noordlaan 82-84
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

de BVBA THERMO FISHER SCIENTIFIC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bert Luyten en Karen Vermaere
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Oudeleeuwenrui 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 20 april 2014, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de Vlaamse Milieumaatschappij van 27 januari 2015 waarbij de opdracht voor levering en installatie van een discreet analysesysteem wordt gegund aan de bvba Thermo Fisher Scientific.

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.

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 10 juli 2015. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 maart 2016.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Zaakvoerder Karl Leyssens, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Dirk Abbeloos, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Jolien Joos, die *loco* advocaten Bert Luyten en Karen Vermaere verschijnt voor de tussenkomende 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 Vlaamse Milieumaatschappij schrijft een overheidsopdracht uit voor de levering en installatie van een discreet analysesysteem. Het bestek nr. VMM/LAB/O/OO/2014.11 is van toepassing op de opdracht. De opdracht wordt op 15 september 2014 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

De gunningswijze is de open offerteaanvraag.

Het bestek voorziet in drie gunningscriteria: kostprijs 40 punten, technische prestaties 50 punten en duurzaamheidscriteria 10 punten.

Bij het tweede gunningscriterium ‘technische prestaties’ worden in het bestek de volgende zes subcriteria vermeld:

“technische prestaties (zie III) (50 punten):

- De wijze van automatisering bij het uitvoeren van kalibraties of het uitvoeren van heranalysen bij het overschrijden van een bepaalde concentratie, waarbij er verdund moet worden of overgeschakeld moet worden naar een kalibratie van een hoger of lager meetbereik (totaal 8 punten):
 - [...] (2 punten)
 - [...] (2 punten)
 - [...] (4 punten)
- De flexibiliteit van de software en het toestel om op het even welk moment met enkele muisklikken een (her)analyse uit te voeren van één of meerder parameters, om op het even welk moment een parameter (opnieuw) te kalibreren of het uitvoeren van een stat analyse (totaal 8 punten):
 - [...] (3 punten)
 - [...] (4 punten)
 - [...] (1 punten)
- De wijze van automatisering en gebruiksvriendelijkheid bij het aanmaken van een ‘analysetabel’ met monsternamen, gevraagde parameters en voorverdundingen, manueel, via batch of via het importeren van een analysetabel (12 punten):
 - [...] (3 punten)
 - [...] (3 punten)
 - [...] (2 punten)
 - [...] (1 punten)
 - [...] (3 punten)

- De ‘intelligentie’ van de software en het toestel om in te schatten of er nog voldoende reagentia, gebruiksmiddelen (bv kuvetten, ‘reaction wells’, afvalvat...) water, monster... enz. aanwezig zijn om de gevraagde analyses uit te voeren en de manier waarop dit wordt weergegeven aan de gebruiker. De ‘intelligentie’ van de software en het toestel om te detecteren dat er iets technisch niet in orde is, of er iets fout loopt (bv naald die een obstakel raak, klep die nog openstaat, motor die vastloopt...) (totaal 7 punten):
 - [...] (1 punten)
 - [...] (1 punten)
 - [...] (1 punten)
 - [...] (2 punten)
 - [...] (1 punten)
 - [...] (1 punten)
- Automatische kwaliteitscontrole tijdens een analyse (3 punten):
 - [...] (1 punten)
 - [...] (2 punten)
- Analyseresultaten van testmonsters (12 punten).
 De inschrijver zal verzocht worden een aantal testmonsters te analyseren op een door de VMM vastgestelde datum. Deze analyses dienen te worden uitgevoerd op de aangeboden apparatuur in 1 analyserun met automatisch aanmaken van de uitgaande van een geconcentreerde standaardoplossing en automatische verdunning van ‘over range’ monsters. De inschrijver rapporteert de ‘ruwe’ analyseresultaten van de betreffende monsters met inbegrip van het tijdstip van analyse van de verschillende monsters/parameters en de grafische voorstelling van de kalibratiefuncties met vermelding van de correlatiecoëfficiënt en het type kalibratie (lineair, 2^e orde, ...).
 De aangeboden testmonsters kunnen bestaan uit standaarden, gecertificeerde referentiematerialen, reële, al dan niet geaddeerde oppervlaktewater- en regenwater monsters.

Hierboven beschreven karakteristieken/eigenschappen van de aangeboden apparatuur/software moeten ondubbelzinnig opgesomd worden of uit de documentatie kunnen afgeleid worden.”

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 4 november 2014. Twee offertes worden ingediend, namelijk door de bvba Thermo Fisher Scientific en door de verzoekende partij.

Op 23 december 2014 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Daaruit blijkt dat de verzoekende partij voor het eerste gunningscriterium de maximumscore behaalt. Voor het tweede gunningscriterium

voldoet zij tevens aan de eerste vijf subcriteria met hun subsubcriteria en krijgt zij daarop steeds de maximumscore toebedeeld (38 punten). Wat het laatste subcriterium “Analyseresultaten van testmonsters (12 punten)” betreft, wordt haar echter een score van 0 punten toegekend op grond van de volgende motivering:

“Ankersmid behaalt minder dan de helft van de punten (5.4/12). Dit resultaat wordt als onaanvaardbaar beschouwd gelet op de erkenning en accreditatie waarover het laboratorium beschikt en dient te behouden. Daarom worden geen punten toegekend aan Ankersmid M&C. Thermo Fisher Scientific scoort zeer goed (9.9/12) en krijgt daarom het maximum van de punten.”

Een afzonderlijk verslag betreffende de beoordeling van de analyseresultaten van de testmonsters wordt opgesteld. Daarin wordt de “puntenverdeling” als volgt verduidelijkt:

“In totaal werden 30 monsters x 6 parameters = 180 parameters geanalyseerd. De analyseresultaten van de referentiemonsters waarvan op het certificaat geen concentratie vermeld staat worden niet in beschouwing genomen. Dit betreft 19 analyseresultaten. In totaal zijn er dus $180 - 19 = 161$ parameters waarvan het analyseresultaat beoordeeld werd. Per analyseresultaat dat binnen de criteria (zie verder) valt wordt 1 punt toegekend. In totaal zijn er dus 161 punten te verdienen. Van alle analyseresultaten, met uitzondering van deze van het Type I water, werd een afwijking tov de theoretische concentratie berekend. Aan analyseresultaten met een afwijking $\leq 10\%$ werd één punt toegekend. Analyseresultaten met een afwijking $> 10\%$ krijgen geen punt toegekend. Voor Type I water werd een punt toegekend indien het analyseresultaat kleiner of gelijk is aan 2 x de BG. Puntentoekenning:
 - $> 80.5/161$: 12 punten
 - $< 80.5/161$: 0 punten.”

De eindbeoordeling van het tweede gunningscriterium, zesde subcriterium, is:

	Totaalscore op 161 punten	Punten op 12
Bvba Thermo Fisher Scientific	133	12
Bvba Ankersmid M&C	73	0

De volgende eindbeoordeling wordt toegekend:

	Thermo Fisher	Ankersmid
Kostprijs	31.3	40
Technische prestaties	47	38
Duurzaamheidscriteria	8	7
Totaal punten	86.3	85

3.3. Op 27 januari 2015 besluit de verwerende partij de opdracht “voor de levering en installatie van een discreet analysesysteem” te gunnen aan de bvba Thermo Fisher Scientific voor een bedrag van 108.277,09 euro, btw inbegrepen. De onderhoudscontracten voor een periode voor 4 jaar worden mee gegund voor een bedrag van 29.040,00 euro, btw inbegrepen. Het gunningsverslag wordt als bijlage bij deze beslissing gevoegd en maakt er integraal deel van uit. Dit is de bestreden beslissing die bij aangetekende brief van 24 februari 2015 aan de verzoekende partij wordt betekend.

IV. De ontvankelijkheid van het beroep

A. Wat het voorwerp van het beroep betreft

4.1. De verwerende partij werpt op dat het voorwerp van het beroep vaag en onduidelijk is weergegeven in het “verzoekschrift”. Meer bepaald stelt zij zich de vraag waarop een “beslissing aangaande de motivering en beslissingscriteria voor de opdracht” precies doelt. Volgens haar is dan ook geenszins duidelijk welke rechtshandelingen de verzoekende partij exact wenst aan te vechten en dus wat de precieze afbakening is van de rechtsstrijd die de verzoekende partij via de huidige procedure wenst te voeren.

De tussenkomenende partij is eveneens de mening toegedaan dat het voorwerp van de vordering van de verzoekende partij “bijzonder onduidelijk” is. Haar verzoekschrift is zeer vaag en geeft niet aan waarop de vordering wordt gebaseerd.

4.2. In de aangetekende brief die haar verzoekschrift bevat, duidt de verzoekende partij als voorwerp van haar beroep “de [...] beslissing openbare opdracht VMM. Aangaande: Opdracht voor levering en installatie van een discreet analysesysteem” aan. Op het einde van haar verzoekschrift besluit zij “dan ook een vernietiging van de gunningsbeslissing te vragen”. Zij voegt als bijlage bij haar verzoekschrift haar stukken, waaronder de kennisgeving bij aangetekende brief van 24 februari 2015 dat haar offerte voor de opdracht “voor levering en installatie van een discreet analysesysteem” niet is gekozen, met in bijlage de gemotiveerde gunningsbeslissing van 27 januari 2015.

De verwerende partij leidt hier zelf uit af dat “aldus enigszins [kan] worden aangenomen dat verzoeker de gunningsbeslissing dd. 27 januari 2015 viseert”. Tevens stelt zij in de aanhef van haar memorie van antwoord dat de verzoekende partij de vernietiging vordert “van de ‘gunningsbeslissing’ van 27 januari 2015 van verzoekende partij betreffende de opdracht voor levering en installatie van een discreet analysesysteem”.

Het volstaat bijgevolg vast te stellen dat de verwerende partij de bestreden beslissing zonder moeilijkheden heeft kunnen identificeren en dat zij op geen enkele wijze werd geschaad in haar rechten van verweer. Dit geldt evenzeer voor de tussenkommende partij.

De exceptie wordt verworpen.

B. Wat de vermelding van rechtsmiddelen betreft

5.1. De verwerende partij werpt voorts op dat het “verzoekschrift” geen uiteenzetting van de “middelen” bevat. De verzoekende partij zou zich louter beperken tot het aanhalen van een aantal door haar beweerde feiten zonder dat wordt verduidelijkt welke rechtsregels hierbij zouden zijn geschonden en op welke wijze deze zouden zijn geschonden. Zij meent dat aldus haar rechten van verdediging zijn geschonden, nu van haar zou worden verwacht dat zij het ‘verzoekschrift’ aanvult en als het ware in de plaats van de verzoekende partij gaat opstellen.

Ook de tussenkomen de partij klaagt aan dat het verzoekschrift geen uiteenzetting van de middelen bevat en zelfs geen enkele rechtsregel vermeldt die zou zijn geschonden. Het verzoekschrift bestaat slechts uit de opsomming van enkele vaag omschreven feiten en verwijten, die geenszins worden onderbouwd.

5.2. Artikel 2, § 1, 3°, van het algemeen procedurereglement schrijft voor dat het verzoekschrift tot nietigverklaring “een uiteenzetting van de feiten en de middelen” bevat. Hoewel een rechtsmiddel bestaat uit de voldoende en duidelijke omschrijving van de geschonden geachte rechtsregel, is niet vereist dat in het verzoekschrift de wetsbepalingen worden weergegeven die zouden zijn geschonden. Het is wel vereist dat summier doch duidelijk de beweerde onregelmatigheid van de bestreden beslissing wordt aangegeven, opdat een middel ontvankelijk zou zijn.

Te dezen dient te worden vastgesteld dat het verzoekschrift uiterst summier is en dat de tegenpartijen terecht vaststellen dat niet wordt aangegeven welke rechtsregels of -beginselen worden geschonden. Niettemin blijkt uit het verzoekschrift duidelijk dat de verzoekende partij als onregelmatigheid aanvoert dat de overheid bij de beoordeling van het subcriterium “aangaande de analyseresultaten van de testmonsters”, “een oneerlijke en niet vooraf kenbaar gemaakte manier voor het toekennen van de [...] punten” heeft gehanteerd en dat “bijkomende voorwaarden” worden gesteld om voor dat onderdeel punten te krijgen zodat een “essentieel onderdeel van de gunningscriteria [...] zonder aankondiging” zou zijn gewijzigd. Aldus klaagt zij een afwijking van het bestek aan wat de weging van het voormelde subcriterium betreft wat volgens haar heeft geleid tot “discriminatie”. Die uiteenzetting laat toe voldoende inzicht te krijgen in de wettigheidsbezwaren die tegen de bestreden beslissing worden aangevoerd, zodanig dat op gepaste wijze op die bezwaren inhoudelijk kan worden gerepliceerd.

De exceptie wordt verworpen.

C. Wat het belang betreft

6.1. De verwerende partij en de tussenkomen de partij werpen ten slotte op dat het beroep onontvankelijk is om reden dat de verzoekende partij niet specificeert in welk opzicht zij over het vereiste belang zou beschikken om voorliggend beroep in te stellen, meer bepaald welk ‘voordeel’ zij meent te verkrijgen bij een vernietiging van de bestreden beslissing.

6.2. Het belang van een verzoekende partij om bij de Raad van State een beslissing inzake de toewijzing van een overheidsopdracht te bestrijden, bestaat er idealiter in opnieuw op zijn minst kans te maken om die opdracht toegewezen te krijgen en die zelf uit te voeren. Het enkele feit echter dat het voormelde doel eventueel onbereikbaar is geworden, moet niet noodzakelijk tot gevolg hebben dat een verzoekende partij elk rechtstreeks belang bij de vordering tot nietigverklaring verliest. Het beroep strekt immers tot de nietigverklaring van een toewijzingsbeslissing, afsplitsbare bestuurshandeling waardoor de verzoekende partij is voorbijgegaan. Een verzoekende partij ontleent aan dat voorbijgaan in principe een gekwalificeerd moreel belang dat gediend wordt door een nietigverklaring van de toewijzingsbeslissing. Dat belang volstaat. Het volstaat dat de aangevoerde grieven ertoe leiden dat de verzoekende partij, bij een nieuw onderzoek en beoordeling van de offertes, opnieuw kans maakt om als eerste te worden gerangschikt.

De verzoekende partij toont hier afdoende aan dat het toekennen van 12 punten, zijnde de maximumscore, op het onderdeel ‘analyse-resultaten van testmonsters’ aan de offerte van de tussenkomen de partij en het toekennen van 0 punten op dit zelfde onderdeel aan de offerte van de verzoekende partij tot een eindscore van 86,3 punten voor de tussenkomen de partij tegenover 85 punten voor de tussenkomen de partij, heeft geleid. Indien de grief van de verzoekende partij dat zij voor dit onderdeel minstens 5,5 punten had moeten toebedeeld krijgen, gegrond zou worden bevonden, leidt dit tot een wijziging van de rangschikking.

De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van het middel

Standpunt van de partijen

7.1. De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift onder meer het volgende aan:

“Hierbij sturen wij gemotiveerd dit verzoekschrift van vordering tot vernietiging van de beslissing aangaande de motivering en beslissingscriteria voor de opdracht tot levering en installatie van een discreet analysesysteem.

Men gebruikt namelijk voor 12 van de 100 punten voor deze opdracht een oneerlijke en niet vooraf kenbaar gemaakte manier voor het toekennen van deze punten aangaande de Analyseresultaten van de testmonsters.

Doordat de meetresultaten slechts op 12 punten van de 100 punten staan en bijvoorbeeld de prijs op 40 punten van de 100 punten, hebben de meetresultaten een kleinere invloed dan verwacht. Ons analyse resultaat (wat wij in twijfel trekken omwille van de Thermo Scientific vergeleken met een Thermo Scientific toestel, zie uitleg hieronder) resulteert in een score van 73 op 161 en voor Thermo Scientific 133 op 161. Zodoende heeft Thermo Scientific geen 12 op 12 punten zoals gegeven in de gunning, doch een mooie 10 op 12. En wij hebben normaal gezien 5,5 punten op 12 en niet de verkregen 0 punten. Thermo Scientific 12 op 12 punten geven is fout en ons 0 op 12 geven is onaanvaardbaar. Er werd namelijk nergens in het dossier vermeld dat men aan het bedrijf met de beste score op dit onderdeel het maximum van de punten zal toekennen en het bedrijf wat op de 2e plaats komt geen punten. (wat had men gedaan indien 3 aanbieders hadden meegedaan?)

De aankooprijzen lagen ook ver uit elkaar (bijna 1/4 van het totaal), doch Thermo krijgt ook geen 0 op 40 maar de verdiende 31,3 punten op 40 punten.

Als dit onderdeel écht een belangrijk deel van de criteria zou zijn dan had men beter meer punten op dit onderdeel geplaatst zodat een klein verschil toch groot genoeg kan zijn in het eindtotaal om de opdracht te winnen. Maar VMM heeft dit dossier zelf samengesteld en er voor gekozen om dat niet te doen.”

[...]

Dus gebaseerd op het ongegrond toekennen van 12 punten op het onderdeel analyseresultaten van testmonsters voor Thermo Fisher Scientific BVBA en het ongegrond niet toekennen van punten op dit zelfde onderdeel voor Ankersmid M&C BVBA dienen wij ons beroep in. Deze fout leid tot een eindscore van 86,3 punten voor Thermo Fisher Scientific BVBA tegenover 85 punten voor Ankersmid M&C BVBA.

Wij vragen u dan ook een vernietiging van de gunningsbeslissing.”

7.2. De verwerende partij merkt in de eerste plaats op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel omdat de verzoekende partij haar eigen resultaat bij het subcriterium ‘analyseresultaten van testmonsters’ in twijfel trekt; hoe zou de verzoekende partij, volgens de verwerende partij, dan kunnen claimen dat zij 5,5 punten in plaats van 0 punten moest hebben gekregen.

Vervolgens meent de verwerende partij dat de verzoekende partij geen belang bij het middel heeft omdat de verzoekende partij opmerkt dat de meetresultaten van de testmonsters binnen het geheel van criteria in vergelijking tot de prijs een veel te beperkt aandeel kreeg toegewezen. Nochtans, zo vervolgt de verwerende partij, scoorde de offerte van de verzoekende partij het best op het prijscriterium.

7.3. In de memorie van wederantwoord verduidelijkt de verzoekende partij nog het volgende “betreffende haar middelen”:

“De aanbestedende overheid VMM specificeert zoals u kunt zien in het bestek en de daaraan verbonden gunningsbeslissing met besteknummer VMM/LAB/O/OO/2014.11 erg duidelijk de weging van de vooropgestelde gunningscriteria zoals opgesteld in het gepubliceerde bestek. Doch in de gunningsbeslissing wijkt men van deze weging af door bijkomende voorwaarden op te stellen om punten te krijgen op het onderdeel ‘analyseresultaten van testmonsters’ in deze gunningsprocedure.

Men heeft zoals u kunt vaststellen in de gunningsbeslissing bij het onderdeel ‘analyseresultaten van testmonsters’ (wat op 12% van de totale punten staat), zonder aankondiging dus een essentieel onderdeel van de gunningscriteria gewijzigd waardoor discriminatie en bijgevolg ook een benadeling van de verzoekende partij is opgetreden.

Dit is volgens KBP art 111 P4 niet toegestaan, dit artikel zegt dat de essentiële elementen van de aankondiging en het beschrijvend document in de loop van de gunningsperiode niet mogen worden gewijzigd indien deze een duidelijke discriminatie of benadeling tot effect hebben.

Dit artikel is net aanwezig om te voorkomen dat lokale overheden een uitverkoren deelnemer gaan bevoordelen door in de loop van de procedure de gunningscriteria te wijzigen in het voordeel van deze gekozen deelnemer.

De exacte uitleg die bij de puntentoekenning voor dit onderdeel in de gunningsbeslissing werd gegeven is de volgende:

(zie ook bijlage 1: Gemotiveerde gunningsbeslissing met besteknummer VMM/LAB/O/OO/2014.11.)

‘Ankersmid behaalt minder dan de helft van de punten (5,4/12). Dit resultaat wordt als onaanvaardbaar beschouwd gelet op de erkenning en accreditatie waarover het laboratorium beschikt en dient te behouden. Daarom worden geen punten toegekend aan Ankersmid M&C. Thermo Fisher Scientific scoort zeergoed (9,9/12) en krijgt daarom het maximum van de punten.’

Met deze verantwoording duid[...] men zeer duidelijk op een nieuwe en bijkomende voorwaarde die in de gunningsbeslissing gehanteerd wordt. (Zie bijlage 2: origineel bestek blz. 11/21)

Daar de finale eindscore van de gunningsbeslissing hierdoor met slechts 1,3% aan punten verschil voor de andere deelnemer gegund werd, maakt beschamend duidelijk dat men, om voor de andere deelnemer te kunnen kiezen, moest zorgen dat wij absoluut geen punten kregen op dit onderdeel en dat de andere deelnemer alle beschikbare punten moest krijgen.”

7.4. De tussenkomende partij merkt op dat er slechts een bekendmakingsplicht is wat de relatieve weging van een gunningscriterium betreft, maar niet voor de gekozen beoordelingsmethodiek. Voor dit laatste behoudt de verwerende partij een grote beoordelingsvrijheid waar zij gebruik van heeft gemaakt. De verwerende partij is helemaal niet afgeweken van het bestek. Ook toont de verzoekende partij, aldus de tussenkomende partij, niet aan dat de verwerende partij “haar grenzen van redelijkheid te buiten is gegaan” of dat “zij op discriminerende wijze Ankersmid heeft beoordeeld”.

7.5. In haar laatste memorie wijst de verwerende partij op haar beurt naar de “ruime discretionaire bevoegdheid” van de aanbestedende overheid bij de beoordeling van offertes, ook bij de quotering. “Verzoeker toont geenszins aan dat verwerende partij hierbij op kennelijk onredelijke of op discriminerende wijze zou hebben geoordeeld.”

7.6. De tussenkomende partij benadrukt in haar laatste memorie opnieuw de beoordelingsvrijheid van de verwerende partij. Aangezien in het bestek enkel wordt vermeld dat er voor het kwestieuze subcriterium 12 punten zijn te verdienen, heeft de verwerende partij het bestek niet geschonden door te handelen zoals zij deed, namelijk het maximum geven aan de beste en geen punten aan de slechtste. Zij verwijst ten slotte naar twee arresten van de Raad waarbij hij oordeelde dat hem geen algemene verplichting bekend is om de

beoordelingsmethodiek op voorhand te geven en dat de door de aanbestedende overheid toegepaste quoteringsregel een voor de hand liggende en courante methode is.

Beoordeling

8.1. Het feit dat de verzoekende partij opmerkt dat haar testresultaten feitelijk verkeerd zijn, namelijk dat 73 op 161 onjuist is, zonder het als een middel te verwoorden, belet niet dat zij zich mag steunen op dit resultaat om meer punten te claimen; de verzoekende partij meent trouwens dat zij een betere score voor die testresultaten verdiende.

De opmerking van de verzoekende partij dat de verwerende partij in haar bestek puntengewijs te weinig belang hecht aan de meetresultaten van de testmonsters in vergelijking met het prijscriterium, belet uiteraard evenmin dat zij nuttig de quoterings voor het subcriterium analyseresultaten mag bekritisieren.

8.2. In het bestek worden drie gunningscriteria vermeld. Het tweede gunningscriterium “technische prestaties” heeft een weging van 40% en bestaat op zijn beurt uit zes subcriteria, met telkens een specifieke weging en wat de eerste vijf betreft, opnieuw met subsubcriteria met een eigen weging. Het laatste subcriterium “Analyseresultaten van testmonsters” is thans het voorwerp van het geschil en staat op 12 punten, doch voor dit subcriterium wordt in tegenstelling tot de vorige vijf in het bestek geen subsubcriteria met weging gegeven noch wordt de puntentoekenning toegelicht; enkel wordt uitleg gegeven over de uit te voeren analyses op de testmonsters die de overheid aan de inschrijvers zal geven. De “puntenverdeling” die zal worden toegepast op de analyseresultaten, wordt pas nadien meegedeeld in een “apart verslag betreffende de beoordeling analyseresultaten testmonsters”.

Het behoort tot de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid 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 desgevraagd de gebruikte methode 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. Dit zou het geval kunnen zijn indien een uitzonderlijke beoordelingsmethode wordt gebruikt, waaraan de inschrijvers zich niet konden verwachten of wanneer de beoordelingsmethode geen evenredige beoordeling mogelijk maakt. Zo moet een beoordelingsmethode op afdoende wijze rekening houden met de verschillen tussen de offertes wat de diverse gunningscriteria of subcriteria betreft. Daarnaast mag de toegepaste beoordelingsmethodiek de in het bestek aangekondigde weging van deze criteria en dus de verhoudingen hiertussen niet wijzigen.

Zoals hoger opgemerkt blijkt te dezen dat de manier waarop de analyseresultaten van de testmonsters exact zouden worden gequoteerd pas nadien werd meegedeeld in een “apart verslag betreffende de beoordeling analyseresultaten testmonsters”. Daaruit blijkt dat er in totaal 161 parameters zijn waarvan het analyseresultaat werd beoordeeld, dat per analyseresultaat dat binnen de criteria valt 1 punt wordt toegekend en dat er “in totaal [...] dus 161 punten te verdienen [zijn]”. Tevens blijkt uit voormeld verslag dat de verwerende partij vervolgens heeft beslist dat de maximumscore van 12 punten wordt toegekend, indien meer dan de helft van de 161 punten worden behaald en geen enkel punt, indien de helft niet wordt behaald.

Deze beoordelingsmethode houdt niet op evenredige en afdoende wijze rekening houdt met de verschillen tussen de offertes wat dat subcriterium betreft; trouwens indien de verzoekende partij wel net de helft had behaald, namelijk 80,5, dan had zij ook de maximumscore toebedeeld gekregen, niettegenstaande de tussenkomende partij toch een veel mooiere score, namelijk 133 op 161, behaalde. Door niet afdoende rekening te houden met de werkelijke onderlinge verhouding tussen de offertes voor dat subcriterium, wijzigt deze handelwijze de draagwijdte van dat criterium binnen het bestek.

De in het gunningsverslag aangevoerde reden, enerzijds, om de offerte van de verzoekende partij een nulscore toe te kennen, namelijk dat

‡BHDQJEICJ-BCEDDJQ‡

Ankersmid minder dan de helft van de punten (5.4/12) behaalt en dat dit resultaat als onaanvaardbaar wordt beschouwd gelet op de erkenning en accreditatie waarover het laboratorium beschikt en dient te behouden en, anderzijds om bij een score van de helft of meer het maximum van de punten toe te kennen, heeft een dermate verstrekkende draagwijdte dat niet kan aanvaard worden dat het zo maar als een loutere beoordelingsmethodiek wordt beschouwd; het is een essentiële aanvulling van het bestek, waartoe pas bij de beoordeling werd beslist.

Conclusie is dan ook dat de door de verwerende partij gehanteerde methodiek het bestek en het gelijkheidsbeginsel schendt.

Het middel is in de besproken mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de Vlaamse Milieumaatschappij van 27 januari 2015 waarbij de opdracht voor levering en installatie van een discreet analysesysteem wordt gegund aan de bvba Thermo Fisher Scientific.

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

De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 17 maart 2016, 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