

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 235.328 van 4 juli 2016
in de zaak A. 219.401/XII-8158**

In zake: de bvba PITPOINT.BE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Virginie Dor en Youri Musschebroeck
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpseseenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VERENIGDE KOMPOSTBEDRIJVEN (VERKO)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Jan Ghysels
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpseseenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomen partij:

de nv ECOFILLCO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Nicolas Duquesnoy
kantoor houdend te 8570 Vichte
Vichteplaats 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 juni 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing d.d. 20 mei 2016 van [de Verenigde Kompostbedrijven (Verko)] waarbij zij heeft besloten dat de offerte van [de bvba PitPoint.Be] niet de voordeligste, regelmatige offerte is.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 13 juni 2016 heeft de nv Ecofillco gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 juni 2016, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Youri Musschebroeck, die eveneens *loco* advocaat Virginie Dor verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux, die verschijnen voor de verwerende partij, afgevaardigd bestuurder Johan Delrue en advocaat Nicolas Duquesnoy, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 raad van bestuur van de Verenigde Kompostbedrijven (Verko) beslist op 15 oktober 2015 om een bestek voor te bereiden voor een vulstation voor CNG teneinde specifieke huisvuilwagens met een dergelijke tank te kunnen aankopen.

Het bestek ‘AI CNG Vulstation 2016’ wordt goedgekeurd met als voorwerp het ontwerp, de levering en plaatsing van een CNG vulstation met

onderhoudscontract en serviceovereenkomst voor rekening van Verko. Deze opdracht omvat één enkel perceel en er is één variante toegelaten.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 22 januari 2016 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van dezelfde datum.

De opdracht wordt gegund op grond van een onderhandelingsprocedure met Europese bekendmaking en wordt beheerst door het bestek nr. 'AI CNG Vulstation 2016'.

3.3. In het bestek wordt het voorwerp en de aard van de opdracht als volgt omschreven:

“De onderhavige opdracht betreft het ontwerp, de levering en plaatsing van een CNG vulstation met onderhoudscontract en serviceovereenkomst voor rekening van Verko.

Hiervoor wordt de onderhandelingsprocedure met Europese bekendmaking gekozen op basis van art. 26, §2, 1° b) van de Wet van 15 juni 2006 - overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten omdat het gaat om werken, leveringen of diensten waarvan de aard of de onzekere omstandigheden verhinderen op voorhand een globale prijs vast te stellen. Deze opdracht omvat één enkel perceel. Er is één vrije variant toegelaten.

Dit is een opdracht tegen prijslijst (K.B. 15 juli 2011, art. 2, 5°).”

De procedure dient overeenkomstig het bestek te verlopen als volgt:

“In een eerste fase worden de ingediende offertes getoetst aan de selectiecriteria. In een tweede fase zullen de geselecteerde inschrijvers uitgenodigd worden tot de onderhandelingen met de aanbestedende overheid. Tijdens deze onderhandelingen verzekert de aanbestedende overheid de gelijke behandeling van de inschrijvers. Na deze onderhandelingen, zullen de inschrijvers de mogelijkheid hebben een Best And Final Offer (BAFO) in te dienen. Na onderzoek van de regelmatigheid van de BAFO's, worden deze getoetst aan de gunningscriteria.”

In de technische voorschriften bij het bestek wordt verduidelijkt aan welke eisen de door de inschrijver voorgestelde compressor minimaal moet voldoen:

“Aanvankelijk wordt één compressor geplaatst in combinatie met één bufferopslag. Deze combinatie moet minstens in staat zijn om 300 kg CNG per uur te leveren aan de CNG tank van de huisvuilwagen die op een druk van 200 bar staat. In een latere fase kan een tweede compressor in combinatie met een tweede bufferopslag in dezelfde betonnen behuizing geplaatst worden zodat samen 600 kg CNG per uur kan geleverd worden aan een tank op een druk van 200 bar. Wanneer 100 kg CNG nodig is om CNG brandstoftanks te vullen, moeten minstens 6 huisvuilwagens per uur gevuld worden. De CNG brandstoftanks van de vrachtwagens (640L/200bar) moeten in alle omstandigheden voor 100% gevuld kunnen worden met CNG binnen een tijdsperiode van 10 minuten.”

3.4. Voor de keuze van de economisch meest voordelige BAFO worden de regelmatige BAFO's van de inschrijvers, die bij de onderhandelingen werden betrokken, aan de in het bestek vastgestelde gunningscriteria getoetst, te weten: 1. de prijs, 2. de technische concept, kenmerken en kwaliteit van de installatie en projectmanagement, 3. onderhoudscontract, 4. waarborg en waarborgtermijn en 5. levertermijn.

Het bestek omschrijft het gunningscriterium ‘prijs’, met een gewicht van 35 punten, als volgt:

“De prijs van de installatie (35%)
Inclusief ontwerp, begeleiding aanvraag vergunningen en keuringen, grondwerken, levering, plaatsing en in dienst stelling, exclusief aansluiting op gasvoorziening, en elektriciteitsvoorziening.”

Het gunningscriterium ‘de technische concept, kenmerken en kwaliteit van de installatie en projectmanagement’ heeft een gewicht van 35 punten en bestaat uit de volgende subgunningscriteria:

“- compressor (12%) behuizing (10%) bufferopslag (5%) afleverzuil (4%) projectmanagement (4%).”

Het gunningscriterium 'onderhoudscontract' heeft een gewicht van 20 punten en bestaat uit twee subgunningscriteria:

“Inclusief periodiek onderhoud en service contract
- prijs (10%)
- inhoud (10%).”

Het bestek hanteert voor het gunningscriterium “waarborg en waarborgtermijn” een gewicht van 5 punten en voor de “levertermijn” een gewicht van 5 punten.

3.6. Aangaande de beoordeling van de gunningscriteria bepaalt het bestek het volgende:

“De quotaties voor de 5 gunningscriteria zullen worden opgeteld. De opdracht zal worden gegund aan de inschrijver met de hoogste eindquotatie.”

De opdracht wordt overeenkomstig artikel 11.4 van het bestek gegund aan de inschrijver die de economisch meest voordelige offerte heeft ingediend.

3.7. Op 17 maart 2016 vindt de opening der offertes plaats.

Er hebben 5 inschrijvers, waaronder de verzoekende partij en de verzoekende partij in tussenkomst – de gekozen inschrijver – een offerte ingediend.

De verwerende partij stelt vervolgens op 20 mei 2016 een gunningsverslag op. Naast een voorstel van gunningsbeslissing behelst het gunningsverslag tevens het onderzoek van de inschrijvers en het onderzoek van de offertes.

3.8. In het kader van het onderzoek van de inschrijvers werden alle inschrijvers geselecteerd. Tevens werden alle offertes regelmatig bevonden. De verwerende partij controleert alle ingediende prijzen van alle inschrijvers.

3.9. In haar offerte stelt de verzoekende partij een compressor van het merk J.A. Becker & Söhne voor. Deze compressor heeft een capaciteit van 160 m³/uur bij een inlaat druk van 3,5 barg. De maximale werkdruk van de compressor is 300 bar en het motorvermogen is 40 kW.

De verwerende partij heeft, in het kader van de onderhandelingen, aan de verzoekende partij gevraagd om nog informatie te ontvangen met betrekking tot een aantal elementen. Zo stelde de verwerende partij dat de capaciteit van de door de verzoekende partij aangeboden compressor laag leek.

De verzoekende partij biedt een alternatieve compressor aan. Het betreft een nieuwe compressor van J.A. Becker die 186m³/h kan leveren bij 3 barg. Het motorvermogen is 44 kW.

3.10. Vervolgens gaat de verwerende partij over tot de beoordeling van de offertes aan de hand van de vijf gunningscriteria.

Wat betreft het eerste gunningscriterium ‘prijs’ krijgt de offerte van de verzoekende partij een score van 33,7 op 35. De offerte van de gekozen inschrijver krijgt voor wat betreft dit gunningscriterium een score van respectievelijk 30,0 voor de basisofferte en 33,9 op 35 wat betreft een voorstel van een variant.

Wat betreft het tweede gunningscriterium ‘de technische concept, kenmerken en kwaliteit van de installatie en projectmanagement’ krijgt de verzoekende partij voor het subgunningscriterium “compressor” een score van 10,7 op 12. De totale score voor het tweede gunningscriterium bedraagt voor de verzoekende partij 31,7 op 35.

De evaluatie en de vergelijking van de offertes luidt wat het subgunningscriterium “compressor” betreft, als volgt:

“De voorkeur voor het technisch concept van de compressor gaat uit naar die installatie die voldoende capaciteit levert bij een minimale leveringsdruk van

het aardgas van 5 bar en daarbij zo weinig mogelijk stroom vraagt. Om het elektriciteitsverbruik zoveel mogelijk te spreiden over de dag, gaat de voorkeur naar een concept waarbij de compressor acht tot tien uren per dag in bedrijf is. Aangezien VERKO zijn wagenpark geleidelijk zal vervangen en er dus gestart wordt met een laag verbruik dat gradueel zal stijgen met een volle capaciteit na 12 jaar, gaat de voorkeur uit naar een concept waarbij gestart wordt met één compressor en waarbij na zeven jaar een tweede compressor bijgeplaatst wordt.”

De offerte van de gekozen inschrijver krijgt wat het subgunningscriterium “compressor” betreft, een score van respectievelijk 8,7 op 12 voor de basisofferte en een score van 11,2 op 12 voor de variant.

Wat het derde gunningscriterium ‘onderhoudscontract’ betreft, krijgt de verzoekende partij een score van 14,2 op 20.

De offerte van de gekozen inschrijver krijgt wat dit derde gunningscriterium betreft, een score van respectievelijk 13,6 voor de basisofferte en 13,3 op 20 voor de variante.

Wat het vierde gunningscriterium ‘waarborg en waarborgtermijn’ betreft, krijgt de verzoekende partij een score van 5 op 5.

Wat het laatste en vijfde gunningscriterium ‘levertermijn’ betreft, krijgt de verzoekende partij een score van 2,3 op 5.

“5. Levertermijn (5 punten)

De volgende levertermijnen met respectievelijke punten werden genoteerd voor de verschillende inschrijvers. Punten werden gegeven, omgekeerd evenredig met de levertermijn:

- Orange Gas	224 dagen	2,5 punten
- Ecofillco basis	126 dagen	4,4 punten
- Ecofillco variant	112 dagen	5,0 punten
- E4B basis	152 dagen	3,7 punten
- E4B variant	152 dagen	3,7 punten
- Pitpoint.BE	240 dagen	2,3 punten
- Pump Service Automatic	120 dagen	4,7 punten.”

3.11. De verwerende partij komt vervolgens tot de volgende rangschikking van de offertes:

	Orangegas Herenveen	Ecofillco Anzegem		E4B Anzegem		Pitpoint.BE Mechelen	Pump Service Deurne
			Var.		Var.		
1. Prijs 35,0	27,1	30,0	33,9	25,6	34,0	33,7	35,0
2. Technisch concept 35,0	25,0	25,8	31,2	28,2	25,8	31,7	25,0
3. Onderhoudscontract 20,0	18,0	13,6	13,3	14,3	12,6	14,2	12,3
4. Waarborg 5,0	5,0	3,8	3,8	3,8	3,8	3,8	5,0
5. Levertermijn 5,0	2,5	4,4	5,0	3,7	3,7	2,3	4,7
100,0	77,6	77,6	87,1	75,5	79,8	85,7	82,0
RANGSCHIKKING	6	5	1	7	4	2	3

De verwerende partij besluit dat het economisch meest voordelige en regelmatige aanbod uitgaat van de verzoekende partij in tussenkomst en dit voor een bedrag van € 312.912,12 exclusief BTW voor het ontwerp, de levering en plaatsing van een CNG vulstation met onderhoudscontract en serviceovereenkomst van € 4.770,00 exclusief BTW per compressor per jaar.

3.12. Op grond hiervan wordt in het gunningsverslag voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de verzoekende partij in tussenkomst.

De gemotiveerde gunningsbeslissing wordt genomen op 20 mei 2016 en gunt de opdracht aan de verzoekende partij in tussenkomst.

Dit is de bestreden beslissing.

3.13. Op 20 mei 2016 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat haar offerte niet werd gekozen. In bijlage wordt de gemotiveerde gunningsbeslissing van 20 mei 2016 met het gunningsverslag van 19 mei 2016 gevoegd.

IV. Tussenkoms

4. De nv Ecofillco blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkoms worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

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

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

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

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

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

VI. Onderzoek van het eerste middel

Uiteenzetting

6. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van:

- “- Artikel 107, eerste lid van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren;
- de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 Wet Motivering Bestuurs-handelingen en de artikelen 4, 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 algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.
- De kennelijke beoordelingsfout;

Doordat Verko beslist om de opdracht niet te gunnen aan PitPoint.Be, maar wel aan Ecofillco;

Terwijl uit artikel 107, eerste lid van het koninklijk besluit blijkt dat de opdracht in het kader van een onderhandelingsprocedure met Europese bekendmaking gegund dient te worden, hetzij aan de inschrijver die de laagste offerte heeft ingediend, hetzij aan de inschrijver die de offerte heeft ingediend die de economisch voordeligste is vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid;

Er terwijl artikel 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 en artikel 4, 8° van de wet van 17 juni 2013 aan een aanbestedende overheid oplegt om haar beslissing formeel te motiveren;

Zodat de bestreden beslissing kennelijk in strijd is met de artikelen 107, eerste lid van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 en artikel 4, 8° van de wet van 17 juni 2013 en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.”

In de toelichting bij het middel betoogt de verzoekende partij dat, omdat zijzelf en de gekozen inschrijver (in variant) dezelfde compressoren hebben aangeboden, zij in het licht van het gunningscriteria “technisch concept, kenmerken en kwaliteit” van de “compressor” dezelfde punten hadden moeten krijgen, en dat de motivering van de verwerende partij in het gunningsverslag van 19 mei 2016 niet afdoende is, aangezien het onmogelijk is om daaruit af te leiden waarom zij 0,5 punten minder heeft gekregen dan de variante offerte van de gekozen inschrijver waarin net dezelfde compressoren worden aangeboden.

Potentiële inschrijvers konden enkel verwachten dat de keuze van de compressor en de technische kenmerken zouden worden beoordeeld. Uit de gunningscriteria aangekondigd in de aankondiging van de opdracht, en vervolgens in het bestek volgt dat de verschillende onderdelen van de installatie (de compressor, de behuizing, de bufferopslag en het afleverzuil) zouden worden beoordeeld in functie van het “technisch concept, kenmerken en kwaliteit”.

Potentiële inschrijvers konden op grond hiervan uitsluitend verwachten dat enkel de keuze van de compressor en de technische capaciteiten daarvan zouden bepalen hoeveel punten de inschrijver voor het gunningscriterium “technisch concept, kenmerken en kwaliteit” van de “compressor” zou krijgen.

De verzoekende partij stelt evenwel vast dat zij dezelfde compressoren als de gekozen inschrijver aanbiedt, maar 0,5 punten minder krijgt voor het gunningscriterium “technisch concept, kenmerken en kwaliteit” van de “compressor”.

Zij betoogt dat Verko een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt en geen zorgvuldig onderzoek heeft gevoerd bij de beoordeling van de offertes:

“5. Tijdens de onderhandelingen stelt PitPoint.Be een concept voor van twee compressoren van J.A.B. met een capaciteit van 186 Nm³/u bij 3 bar leveringsdruk.

6. Uit het gunningsverslag blijkt dat Ecofillco in haar variante offerte die als eerste werd gerangschikt, respectievelijk PitPoint.Be de volgende compressoren aanbieden:

‘In variant stelt Ecofillco een concept voor van Tokheim. Dit bestaat uit twee compressoren van J.A.B. met elk een capaciteit van 190 Nm³/u bij 3 bar leveringsdruk en een vermogen van 40 kW. (...)

Bij PitPoint.Be zijn er twee compressoren voorzien met een capaciteit van 186 Nm³/u bij 3 bar leveringsdruk en een vermogen van 44kW.’ (...)

7. Hoewel de capaciteit van de compressoren verschillend wordt omschreven, bieden Ecofillco en PitPoint.Be dezelfde installatie aan.

Men stelt immers vast dat Ecofillco een compressor van de fabrikant ‘J.A.B.’ aanbiedt. Dit is dezelfde fabrikant als de compressor zoals aangeboden door PitPoint.Be.

PitPoint.Be weet dan ook dat het gaat om een identieke installatie aangezien deze fabrikant geen compressor met een capaciteit van 190 Nm³/u bij 3 bar leveringsdruk en een vermogen van 40 kW in haar gamma heeft.

8. Om hierover zeker te zijn, heeft PitPoint.Be per brief dd. 27 mei 2016 aan haar leverancier gevraagd of zij een compressor ter beschikking heeft die een capaciteit van 190 Nm³/u heeft bij 3 bar leveringsdruk en een vermogen van 40 kW.

De leverancier heeft hierop per brief dd. 31 mei 2016 het volgende geantwoord:

‘We hebben geen dergelijk product in ons portfolio. We hebben een product beschikbaar dat deze specificaties benadert: de V190 / 300NG3 50Hz compressor. Deze compressor heeft een beschikbare gaslevering bij een druk van 3 bar van 31.000 l/min of 186 m³/h. Deze beschikbare gaslevering kan alleen worden bereikt door middel van een elektrische motor van 44 kW.’

Vrije vertaling van:

‘We do not have such a product in our portfolio. We have a product available that approaches these specifications: the V190/300NG3 50Hz compressor. This compressor has a free gas delivery at an inlet pressure of 3 bar of 31000 l/min or 186 m³/h. This free gas delivery can be only reached through an electrical motor of “44 kW.”

9. Het gegeven dat Verko verwijst naar een compressor met een capaciteit van 190 Nm³/u bij 3 bar leveringsdruk en een vermogen van 40 kW, heeft te maken met de commerciële naam van de compressor, zijnde ‘V190/300NG3 50 Hz’. De commerciële naam van de compressor laat dus uitschijnen dat de deze een capaciteit heeft van 190 Nm³/u bij 3 bar leveringsdruk, maar niet is minder waar. De technische specificaties van de compressor tonen aan dat dit niet correct is.

10. Ecofillco en PitPoint.Be hebben dus beiden dezelfde compressoren aangeboden. Vanzelfsprekend beschikt PitPoint.Be niet over de offerte van Ecofillco, maar dringt zij erop aan dat (i) Verko de technische fiche of beschrijving van de compressor door Ecofillco en uiteraard de offerte van Ecofillco neerlegt, zodat (ii) uw Raad kan verifiëren dat dit inderdaad het geval is.

11. Verko had PitPoint.Be en Ecofillco hetzelfde aantal punten moeten toekennen voor hun installatie. Enkel de keuze van de compressoren en hun technische karakteristieken bepalen immers de wijze waarop het gunningscriterium ‘technisch concept, kenmerken en kwaliteit’ van de ‘compressor’ had moeten worden ingevuld.

Ter herinnering, de gunningscriteria moeten op grond van dezelfde maatstaven worden toegepast ten opzichte van alle inschrijvers. Als inschrijvers identiek hetzelfde aanbieden, moeten zij hiervoor identieke punten krijgen. Het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers kan niet anders dan op deze manier worden toegepast.

12. Als Verko zou voorhouden dat ze niet wist dat het ging om dezelfde installatie, moet worden vastgesteld dat ze dit had moeten weten.

De beschrijving van de installatie van PitPoint.Be in het gunningsverslag van 19 mei 2016 is zo sterk gelijkend op de beschrijving

gegeven van de installatie van Ecofillco. Alleen al die vaststelling had Verko extra waakzaam moeten maken.

13. Er is evenwel meer. Uit de mail van 28 april 2016 van Verko naar PitPoint.Be blijkt bovendien dat Verko aan PitPoint.Be heeft gevraagd om de technische specificaties van de alternatieve compressor over te maken:

‘Is het mogelijk ons de technische specificaties/documentatie van deze alternatieve compressor door te sturen?’

PitPoint.Be heeft hieraan gevolg gegeven per mail dd. 28 april 2016. Verko bleek bijgevolg tijdens haar analyse van de offertes aandachtig voor de technische specificaties van de offerte. Er kan dan ook van worden uitgegaan dat zij ook aandachtig was voor de technische specificaties van de compressor zoals voorgesteld door Ecofillco.

Als Verko dit had gedaan (wat ze ook had moeten doen om de gelijke behandeling van de inschrijvers te vrijwaren), dan had Verko opgemerkt dat Ecofillco in haar variëte offerte hetzelfde technische concept heeft voorgesteld. Verko had dan immers ontdekt dat de compressoren van Ecofillco met ‘elk een capaciteit van 190 Nm³/u bij 3 bar leveringsdruk en een vermogen van 40 kW’, technisch niet correct is. Ecofillco laat op die manier uitschijnen dat zij een kleinere elektriciteitsmotor heeft, terwijl dit niet het geval is.

14. Het is in ieder geval dan ook verwonderlijk dat Verko tijdens het onderzoek niet zou hebben kunnen vaststellen dat het ging om dezelfde installatie. En als Verko dit niet wist, dan heeft zij haar onderzoek niet op een zorgvuldige, deskundig en objectieve wijze gevoerd.

Het is dus onzorgvuldig om een offerte van PitPoint.Be anders te beoordelen wanneer men vaststelt dat de technische specificaties bij de offerte waren toegevoegd.

15. Het geven van een verschillende beoordeling, terwijl beide inschrijvers dezelfde compressoren hebben aangeboden gaat de perken van de redelijkheid te buiten, en staat haaks op het gelijkheidsbeginsel. PitPoint.Be heeft recht op 0,5 punten meer voor het gunningscriterium ‘technisch concept, kenmerken en kwaliteit’ van de ‘compressor’.

Voorts betoogt de verzoekende partij dat de motivering in het gunningsverslag van 19 mei 2016 niet afdoende is om het puntenverschil te begrijpen:

“16. In casu stelt men in het gunningsverslag dd. 19 mei 2016 vast dat PitPoint.Be, respectievelijk Ecofillco de volgende compressoren aanbieden. Hierboven is aangetoond dat het gaat om identieke installaties:

‘Ecofillco stelt in de basisofferte het compressorstation CFS24.11-90 ECO voor van Bauer Kompressoren. Dit station bestaat uit één compressor met een capaciteit van 378 Nm³/u bij 5,5 bar leveringsdruk en een vermogen van 90kW. (...)

In variant stelt Ecofillco een concept voor van Tokheim. Dit bestaat uit twee compressoren van J.A.B. met elk een capaciteit van 190 Nm³/u bij 3 bar leveringsdruk en een vermogen van 40 kW. (...)

Bij PitPoint.Be zijn er twee compressoren voorzien met een capaciteit van 186 Nm³/u bij 3 bar leveringsdruk en een vermogen van 44kW. (...).

Toch krijgt PitPoint.Be 0,5 punten minder dan Ecofillco voor haar variante offerte. De puntentoekenning van het gunningscriterium 'technisch concept, kenmerken en kwaliteit' van de 'compressor' wordt in het gunningsverslag dd. 19 mei 2016 (p. 36) als volgt gemotiveerd:

'2.1 Compressor

De voorkeur voor het technisch concept van de compressor gaat uit naar de installatie die voldoende capaciteit levert bij een minimale leveringsdruk van het aardgas van 5 bar en daarbij zo weinig mogelijk stroom vraagt. Om het elektriciteitsverbruik zoveel mogelijk te spreiden over de dat, gaat de voorkeur naar een concept waarbij de compressor acht tot tien uren per dag in bedrijf is. Aangezien VERKO zijn wagenpark geleidelijk zal vervangen en dus gestart wordt met een laag verbruik dat gradueel zal stijgen met een volle capaciteit na 12 jaar, gaat de voorkeur uit naar een concept waarbij gestart wordt met één compressor en waarbij na zeven jaar een tweede compressor bijgeplaatst wordt. De volgende punten met een maximum van 12 punten werden toegekend voor de compressor:

- Orange Gas	8,4 punten
- Ecofillco basis	8,7 punten
- Ecofillco variant	11,2 punten
- E4B basis	9,1 punten
- E4B variant	8,7 punten
- PitPoint.Be	10,7 punten
- Pump Service Automatic	10,0 punten.'

17. Het is onduidelijk op welke grond de variante offerte van Ecofillco beter zou moeten scoren dan de offerte van PitPoint.Be. Ook het overlopen van de elementen die als positief worden beoordeeld brengt geen soelaas. Doordat de installatie van PitPoint.Be en Ecofillco identiek zijn, moesten deze elementen ook identiek moeten worden beoordeeld:

- Aangezien het gaat om een identieke installatie, hebben deze vanzelfsprekend dezelfde capaciteit;
- Het aantal uren dat de compressor in bedrijf is, hangt onlosmakelijk af van de capaciteit van de installatie. Als de capaciteit dezelfde is, betekent dit dat ook het aantal uren dat de installatie in bedrijf zal zijn, dezelfde is.
- Beiden stellen voor om aanvankelijk te starten met één compressor.

18. De bestreden beslissing berust dan ook niet op in feite en in rechte juiste motieven. De formele motiveringsplicht is geschonden.

2.2.2 Pitpoint heeft recht op 1,2 punten meer voor het gunningscriterium 'Waarborg en waarborgtermijn'

19. In het gunningsverslag dd. 19 mei 2016 blijkt dat PitPoint.Be voor het gunningscriterium 'Waarborg en waarborgtermijn', net zoals alle inschrijvers voor de inhoudelijke beoordeling 2,5 punten heeft gekregen,

maar ook het best scoort voor wat betreft de duur van de waarborgtermijn. Men leest in het gunningsverslag dd. 19 mei 2016 immers het volgende:

‘4. Waarborg en waarborgtermijn (5 punten)

Voor de inhoud van de waarborg krijgen alle inschrijvers 2,5 van de 2,5 punten. Na samentellen met de punten voor de waarborgtermijn waarvoor punten werden gegeven recht evenredig met de waarborgtermijn met een maximum van 2,5 punten, worden de volgende punten bekomen:

- Orange Gas 3,8 punten
- Ecofillco basis 3,8 punten
- Ecofillco variant 3,8 punten
- E4B basis 3,8 punten
- E4B variant 3,8 punten
- PitPoint.Be 5,0 punten
- Pump Service Automatic 3,8 punten.’

Aangezien het gunningsverslag dd. 19 mei 2016 uitdrukkelijk aangeeft dat PitPoint.Be de langste waarborgtermijn heeft aangeboden, is de score van 5 punten ook correct.

20. Bij de puntenoptelling is evenwel per vergissing een fout gemaakt. PitPoint.Be krijgt bij de totale puntenoptelling geen 5 punten – waarop zij nochtans recht heeft – maar slechts 3,8 punten.

		Orangegas Herenveen	Ecofillco Anzegem		E4B Anzegem		Pitpoint.BE Mechelen	Pump Service Deurne
				Var.		Var.		
11. Prijs	35,0	27,1	30,0	33,9	25,6	34,0	33,7	35,0
12. Technisch concept	35,0	25,0	25,8	31,2	28,2	25,8	31,7	25,0
13. Onderhoudscontract	20,0	18,0	13,6	13,3	14,3	12,6	14,2	12,3
14. Waarborg	5,0	5,0	3,8	3,8	3,8	3,8	3,8	5,0
15. Levertermijn	5,0	2,5	4,4	5,0	3,7	3,7	2,3	4,7
100,0		77,6	77,6	87,1	75,5	79,8	85,7	82,0
RANGSCHIKKING		6	5	1	7	4	2	3

Het gaat wellicht om een materiële vergissing. De 5 punten waarop PitPoint.Be recht heeft zijn immers per ongeluk toegekend aan Orangegas of Pump Service automatic, die beiden 5 punten krijgen, hoewel hun waarborgtermijn die zij hebben aangeboden korter is dan die van Verko.

21. PitPoint.Be heeft recht op 5 punten (en niet op 3,8 punten) voor het gunningscriterium ‘Waarborg en waarborgtermijn’, zoals ook wordt toegekend tijdens de beoordeling van het criterium, en dit aangezien zij de langste waarborgtermijn heeft aangeboden. PitPoint.Be heeft recht op 1,2 punten meer voor het gunningscriterium ‘Waarborg en waarborgtermijn’.”

Beoordeling

7. Allereerst moet worden opgemerkt dat in het gunningsverslag op het vierde gunningscriterium ‘Waarborg en waarborgtermijn’ dat staat op 5 van de 100 te winnen punten, de verzoekende partij die een waarborgtermijn van

‡AEHQPAGEFG-BCFIDGV‡

240 dagen aanbiedt en de nv Pump Service Automatic die een waarborgtermijn van 120 dagen aanbiedt, respectievelijk 5/5 en 3,8/5 krijgen.

In de eindrangschikking wordt voornoemd resultaat echter gewisseld, waardoor de verzoekende partij 3,8/5 krijgt en de nv Pump Service Automatic 5/5. De verwerende partij erkent in haar nota dat het om een materiële vergissing gaat.

Verkeerdelijk is in het gunningsverslag dan ook opgenomen dat de verzoekende partij 85,7/100 heeft bekomen als eindresultaat. Dit moet 86,9/100 zijn.

Het verschil tussen de offertes van de verzoekende partij en de gekozen inschrijver wiens resultaat op het vierde gunningscriterium door de verzoekende partij niet wordt betwist, is volgens de berekening in het verslag dus nog 0,2/100 (87,1 - 86,9). De correcte optelling van de punten in de eindrangschikking voor de variant aangeboden door de gekozen inschrijver, geeft echter als resultaat 87,2/100, te weten 33,9 + 31,2 + 13,3 + 3,8 + 5. Dit houdt dan ook een verschil van 0,3 in.

8. Wat betreft de compressoren – een subgunningscriterium op 12 van de 35 punten van het tweede gunningscriterium ‘Technisch concept, kenmerken en kwaliteit van de installatie en projectmanagement’ – stelt de verwerende partij in de nota:

“Verzoekende partij geeft zelf toe in haar verzoekschrift (pg. 18 randnummer. 7 van het verzoekschrift) dat de capaciteit van de compressoren verschillend is in haar offerte en in de offerte van de gekozen inschrijver.”

In het verzoekschrift is in dat randnummer te lezen:

“Hoewel de capaciteit van de compressoren verschillend wordt omschreven, bieden Ecofillco en PitPoint.Be dezelfde installatie aan.”

Hiermee wordt verwezen naar de omschrijving van de capaciteit in het gunningsverslag, die wordt hernomen in randnummer 6 op die pagina van het verzoekschrift. De verzoekende partij geeft aldus in het verzoekschrift niet toe dat er een verschil is tussen de capaciteit van haar compressor en die aangeboden door de gekozen inschrijver.

9. In het gunningsverslag worden de compressoren van de verzoekende partij en de gekozen inschrijver omschreven als:

“In variant stelt Ecofillco een concept voor van Tokheim. Dit bestaat uit twee compressoren van J.A.B. met elk een capaciteit van 190 Nm³/u bij 3 bar leveringsdruk en een vermogen van 40 kW.

[...]

Bij Pitpoint.BE zijn er twee compressoren voorzien met een capaciteit van 186 Nm³/u bij 3 bar leveringsdruk en een vermogen van 44 kW.”

Inzake de beoordeling van de compressoren is te lezen:

“De voorkeur voor het technisch concept van de compressor gaat uit naar die installatie die voldoende capaciteit levert bij een minimale leveringsdruk van het aardgas van 5 bar en daarbij zo weinig mogelijk stroom vraagt. Om het elektriciteitsverbruik zoveel mogelijk te spreiden over de dag, gaat de voorkeur naar een concept waarbij de compressor acht tot tien uren per dag in bedrijf is. Aangezien VERKO zijn wagenpark geleidelijk zal vervangen en er dus gestart wordt met een laag verbruik dat gradueel zal stijgen met een volle capaciteit na 12 jaar, gaat de voorkeur uit naar een concept waarbij gestart wordt met één compressor en waarbij na zeven jaar een tweede compressor bijgeplaatst wordt. De volgende punten met een maximum van 12 punten werden toegekend voor de compressor:

[...]

- Ecofillco variant 11,2 punten

[...]

- PitPoint.BE 10,7 punten

[...].”

10. De compressoren die worden aangeboden door de verzoekende partij zijn van het type V190/300 NG3 van J.A. Becker & Söhne dat 186 Nm³/u levert bij 3,0 bar met een motorvermogen van 44 kW.

Niettegenstaande in het gunningsverslag wordt gesproken over een compressor van J.A. Becker & Söhne met een capaciteit van 190 Nm³/u bij

‡AEHQPAGFG-BCFIDGV‡

3 bar leveringsdruk en een vermogen van 40 kW, blijkt dergelijk product zich niet in het portfolio van J.A. Becker & Söhne te bevinden, wat zij uitdrukkelijk bevestigen bij brief van 31 mei 2016 gericht aan de verzoekende partij. Hoewel de verwerende partij opwerpt dat de juistheid van deze brief niet kan worden nagegaan, tonen zij niet aan dat deze fabrikant dit type produceert.

11. De gekozen inschrijver legt een document van 15 maart 2016 van de nv Tokheim Solutions Belgium voor, dat tevens was opgenomen in haar offerte, waarin een “complete oplossing [...] voor een CNG installatie” wordt aangeboden. Hierin is een compressor opgenomen met volgende technische specificaties:

“Compressor:	J.A. Becker V190-NG3
aanzuigdruk max:	3,0 bar
capaciteit:	190 Nm ³ /u
[...]	
nominaal vermogen:	40 kW
[...]	
capaciteit:	185 Nm ³ /u
[...]	
aantal compressors	2 stuks
totale capaciteit	370 Nm ³ /u.”

Uit dit document blijkt dat de totale capaciteit van de twee compressoren 370 Nm³/u bedraagt, wat moeilijk verenigbaar lijkt met de in het gunningsverslag vermelde capaciteit van “twee compressoren van J.A.B. met elk een capaciteit van 190 Nm³/u”. Dit klemmt des te meer omdat in dat document dat reeds was gevoegd bij de offerte van de gekozen inschrijver, twee verschillende waarden werden ingevuld als capaciteit van de compressor, te weten 190 Nm³/u en 185 Nm³/u. In het gunningsverslag wordt enkel de waarde 190 Nm³/u opgenomen, terwijl uit de berekening van de totale capaciteit van de beide compressoren, die 370 Nm³/u bedraagt, lijkt te volgen dat iedere compressor eerder een capaciteit van 185 Nm³/u. zou hebben (370/2=185). In het gunningsverslag wordt niet verduidelijkt waarom in die feitelijke omstandigheid toch enkel met de hoogste capaciteitswaarde rekening wordt gehouden. De Raad mag reeds in deze procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid dergelijk standpunt innemen, omdat J.A. Becker & Söhne – er is geen betwisting over het feit dat de compressoren

aangeboden door de gekozen inschrijver van die fabrikant komen – al uitdrukkelijk bij brief van 31 mei 2016 hebben laten weten dat zij geen compressor met een capaciteit van 190 Nm³/u bij 3 bar leveringsdruk en een vermogen van 40 kW in hun portfolio hebben. Dit maakt dat de overweging in het gunningsverslag om wat de compressoren van de gekozen inschrijver betreft, enkel met de capaciteit van 190 Nm³/u rekening te houden, onjuist lijkt te worden.

De verwerende partij mag dan wel beweren dat uit de brief van J.A. Becker & Söhne niet mag worden geconcludeerd dat de compressoren van de gekozen inschrijver dezelfde zijn als die van de verzoekende partij, maar zij onderneemt geen poging om aan te tonen dat de compressoren aangeboden door de verzoekende partij en de gekozen inschrijver niet allebei van het type V190/300 NG3 van J.A. Becker & Söhne zijn. De gekozen inschrijver spreekt in zijn verzoekschrift tot tussenkomst over de “voorgestelde compressor Tokheimis” – lees: Tokheim – maar uit diens offerte blijkt dat hij compressoren van het type V190/300 NG3 van J.A. Becker & Söhne heeft aangeboden.

12. In die omstandigheden dient te worden aangenomen dat het onderzoek van de offerte van de gekozen inschrijver onzorgvuldig lijkt te zijn gevoerd. De motivering in de nota van de verwerende partij en het verzoekschrift tot tussenkomst waarom de compressoren aangeboden door de gekozen inschrijver toch nog beter moesten scoren, doet geen afbreuk aan het gegeven dat het onderzoek door de verwerende partij niet toelaat vast te stellen dat op draagkrachtige motieven de gekozen inschrijver een hoger cijfer behaalde voor de compressoren.

13. Gelet op het beperkte puntenverschil tussen de verzoekende partij en de gekozen inschrijver, lijkt niet langer vast te staan dat overeenkomstig artikel 107, eerste lid, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ werd gegund aan de inschrijver die de offerte heeft ingediend die de economisch voordeligste is vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, rekening houdend met de gunningscriteria.

14. Het middel is in de aangegeven mate ernstig.

VII. Besluit

15. Het eerste middel is in de aangegeven mate ernstig gebleken. De schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden bevolen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Ecofillco tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 20 mei 2016 van de Verenigde Kompostbedrijven (Verko) waarbij de opdracht met als voorwerp het ontwerp, de levering en plaatsing van een CNG vulstation met onderhoudscontract en serviceovereenkomst wordt gegund aan “de firma Ecofillco uit Anzegem”.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 4 juli 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.
De griffier	De voorzitter

Vera Wauters

Johan Bovin