

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 235.642 van 25 augustus 2016
in de zaak A. 219.861/XII-8198**

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, Jan Ghysels en Sophie Bleux
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpseseenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 28 juli 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing dd. 13 juli 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.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 augustus 2016, om 11.00 uur.

Staatsraad Carlo Adams heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Youri Musschebroeck, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Kris Wauters, die verschijnt voor de verwerende partij, 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 feiten zijn uiteengezet in 's Raads arrest nr. 235.328 van 4 juli 2016. Er wordt naar verwezen.

3.2. Met het voornoemde arrest heeft de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid bevolen 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”. Ingevolge dit arrest beslist de verwerende partij op 12 juli 2016 om de voornoemde gunningsbeslissing van 20 mei 2016 in te trekken.

3.3. In het kader van een nieuw onderzoek worden alle inschrijvers opnieuw geselecteerd en worden alle offertes regelmatig bevonden. Bij het prijsonderzoek worden geen onregelmatigheden vastgesteld.

3.4. In het gunningsverslag van 12 juli 2016 beoordeelt de verwerende partij de offertes opnieuw 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 vrije variante van de nv Ecofillco krijgt een score van 33,9 op 35.

Wat betreft het tweede gunningscriterium “technisch concept, kenmerken en kwaliteiten van de installatie en projectmanagement” krijgt de offerte van de verzoekende partij een totale score van 30,3 op 35. De vrije variante van de nv Ecofillco behaalt een totaalscore van 31,4 op 35.

Voor het subgunningscriterium “compressor” van het tweede gunningscriterium behaalt de verzoekende partij een score van 9,3 op 12. De vrije variante van de nv Ecofillco behaalt voor dit subgunningscriterium een score van 11,4 op 12.

Wat betreft het derde gunningscriterium “onderhoudscontract” behaalt de verzoekende partij een totaalscore van 14,2 op 20. De variante van de nv Ecofillco krijgt voor dit gunningscriterium een score van 13,3 op 20.

Aangaande het vierde gunningscriterium “waarborg en waarborgtermijn” behaalt de offerte van de verzoekende partij een score van 5. De variante van de nv Ecofillco behaalt hiervoor een score van 3,8.

Met betrekking tot het vijfde gunningscriterium “levertermijn” krijgt de offerte van de verzoekende partij een score van 2,3 terwijl de variante van de nv Ecofillco een score van 5 krijgt.

De verwerende partij komt vervolgens tot een rangschikking van de offertes waarbij de variante van de nv Ecofillco een score van 87,4 haalt en de offerte van de verzoekende partij 85,5 haalt, gevolgd door lagere scores voor de offertes van de andere inschrijvers. Op grond hiervan wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Ecofillco, wier variante als de meest gunstige offerte wordt gerangschikt.

3.5. Op 12 juli 2016 beslist de verwerende partij om de opdracht overeenkomstig het gunningsverslag te gunnen aan de nv Ecofillco. Dit is de bestreden beslissing.

3.6. Op 13 juli 2016 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat haar offerte niet werd gekozen. Als bijlage worden de gemotiveerde gunningsbeslissing van 12 juli 2016 en het gunningsverslag gevoegd.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. 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.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij werpt in een enig middel de schending op 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;

En 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 zij ten onrechte 2,1 punten minder behaalt voor het subcriterium “compressor” dan de gekozen inschrijver en dat de motieven in het gunningsverslag om dit verschil te verklaren niet kunnen worden aanvaard.

Eerst wijst de verzoekende partij erop dat het feit dat zij de compressoren pas heeft aangeboden tijdens de onderhandelingen en de twijfels over de realistische aard van de prijs van de verzoekende partij geen uitstaans hebben met de intrinsieke kwaliteit van de offerte zelf en dus niet kunnen worden betrokken bij de beoordeling van het subcriterium “compressor”. Vragen of dergelijke compressor nog past in het technisch concept zijn volgens de verzoekende partij niet terecht. Verder benadrukt de verzoekende partij dat zijzelf en de gekozen inschrijver identieke compressoren hebben aangeboden en dat zij er daarom ook dezelfde punten voor moeten krijgen. Vervolgens merkt de verzoekende partij op dat, vermits het elektriciteitsverbruik is gebaseerd op het vermogen en de capaciteit van de compressoren en vermits zijzelf en de gekozen inschrijver dezelfde compressor hebben aangeboden, het elektriciteitsverbruik voor haarzelf en de gekozen inschrijver ook hetzelfde moest zijn. Een verschil daartussen kan derhalve niet als motief gelden. Voorts laat de verzoekende partij gelden dat de verwijzing in het gunningsverslag naar het verschil inzake de dauwpuntmeter niet kan worden aanvaard bij de beoordeling van het subcriterium “compressor” omdat de dauwpuntmeter geen onderdeel is van de compressor doch een afzonderlijk onderdeel met een eigen functie is. Potentiële inschrijvers konden volgens de verzoekende partij enkel verwachten dat de keuze en de technische kenmerken van de compressor zouden worden beoordeeld, dus niet de dauwpuntmeter. Het nut van deze laatste is volgens de verzoekende partij eerder beperkt, reden waarom zij heeft beslist niet te werken met een dauwpuntmeter. In

de technische specificaties van het bestek wordt ook nergens gevraagd dat het aangeboden CNG vulstation zou beschikken over een dauwpuntmeter.

In ondergeschikte orde laat de verzoekende partij gelden dat de verwerende partij het onderzoek onzorgvuldig heeft gevoerd. De vraag of de beide compressoren identiek waren en wat hun concrete capaciteit zou zijn, heeft reeds het voorwerp uitgemaakt van de vorige schorsingsprocedure voor de Raad van State. Hoewel in het gunningsverslag van 12 juli 2016 wordt erkend dat het gaat om dezelfde compressoren, wordt volgens de verzoekende partij nog steeds voorgehouden dat deze compressoren een verschillende capaciteit en een verschillend vermogen zouden hebben. De verwerende partij zou zelfs het motorvermogen van de compressor van de verzoekende partij in foutieve zin hebben gewijzigd ten opzichte van de eerste gunningsbeslissing, vermits nu sprake is van 41,8 kW tegenover 44 kW.

Beoordeling

Het belang bij het middel

6. In de eindrangschikking in de thans bestreden beslissing behaalt de gekozen inschrijver een puntentotaal van 87,4/100 tegenover 85,5/100 voor de verzoekende partij, die als tweede staat gerangschikt. Voor het subgunningscriterium “compressor” van het tweede gunningscriterium, het enige waarop het middel betrekking heeft, behaalt de gekozen inschrijver 11,4/12 tegenover 9,3/12 voor de verzoekende partij.

Met verwijzing naar het gunningsverslag bij de geschorste en nadien ingetrokken gunningsbeslissing van 20 mei 2016 stelt de verwerende partij dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar kritiek dat een verschillende quoteringscijfer werd gegeven aan de verzoekende partij en de gekozen inschrijver voor dezelfde compressor omdat dit element slechts een verschil van 0,5 punten tussen

de beide offertes zou betreffen en de gekozen inschrijver ook met dezelfde quotering als de verzoekende partij nog steeds het beste resultaat zou behalen.

De verwerende partij kan zich niet beroepen op een gunningsverslag dat tot een andere dan de thans bestreden beslissing heeft geleid en waarin blijkbaar andere cijfers voorkomen dan in het gunningsverslag dat tot de thans bestreden beslissing heeft geleid. Haar kritiek kan er op het eerste gezicht niet toe leiden dat de verzoekende partij het belang bij (een deel van) het middel wordt ontzegd.

De formelemotiveringsplicht

7. Naar luid van artikel 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’ stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op wanneer ze de opdracht gunt, ongeacht de procedure. De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ verplichten de administratieve overheid in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat op “afdoende” wijze.

Het afdoend karakter van de motivering betekent dat de motivering pertinent moet zijn, dit wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te maken moet hebben, en dat ze draagkrachtig moet zijn, dit wil zeggen dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen. De belangrijkste bestaansredenen van de formelemotiveringsplicht bestaat erin dat de betrokkene in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, opdat de betrokkene met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden.

8. De opdracht die tot de thans bestreden beslissing heeft geleid betreft “het ontwerp, de levering en plaatsing van een CNG vulstation met onderhoudscontract en serviceovereenkomst”. Zij voorziet onder meer dat het gunningscriterium “technisch concept, kenmerken en kwaliteit van de installatie en projectmanagement” een gewicht heeft van 35 punten en bestaat uit de volgende subgunningscriteria: “compressor (12%) behuizing (10%) bufferopslag (5%) afleverzuil (4%) projectmanagement (4%)”.

In de technische voorschriften bij het bestek worden onder meer de bestekseisen inzake “behuizing”, “compressor met bufferopslag”, “afleverzuil” en “projectmanagement” opgesomd. Inzake de vereiste “compressor met bufferopslag” wordt volgens het bestek het volgende vereist:

“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 tijdspanne van 10 minuten”.

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

“In variant stelt Ecofillco een concept voor van Tokheim. Dit bestaat uit twee compressoren J.A.B. V190-NG3 met elk een capaciteit van 185 Nm³/u bij 3 bar leveringsdruk en een nominaal vermogen van 40 kW. In de betonnen behuizing is plaats voor twee compressoren, twee bufferopslagen, een elektriciteits- en stuurkast. De afleverzuil betreft de Tokheim Quantum 310 CNG met twee slangen, één met NGV1 en één met NGV2 nozzle, beiden op hetzelfde telwerk. Het betalingssysteem betreft een standalone zuil met RFID voertuigsleutel. De communicatie van de tankgegevens met de backoffice gebeurt via een ethernet link.
[...]

Bij Pitpoint.BE zijn er twee compressoren J.A.B. V190_300_NG3 voorzien met een capaciteit van 186 Nm³/u bij 3 bar leveringsdruk en een vermogen van 44kW. Er zijn ook twee bufferopslagen voorzien met een 3-banksysteem met prioriteitssequentie die samen een volume van 4880L halen. In de betonnen behuizing is plaats voor twee compressoren, twee buffers, een elektriciteits- en stuurkast. De afleverzuil betreft de Gilbarco SK700-II CNG met twee slangen, één met NGV1 en één met NGV2 nozzle, beiden voorzien van een telwerk. Het betalingssysteem is de Slimtouch standalone zuil van Tokheim”.

Voor het subgunningscriterium “compressor” van het tweede gunningscriterium behaalt de verzoekende partij een score van 9,3 op 12. De vrije variëte van de nv Ecofillco behaalt voor dit subgunningscriterium een score van 11,4 op 12. De evaluatie en de vergelijking van de offertes aangaande het subgunningscriterium “compressor” luidt als volgt:

“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 met voldoende capaciteit waarbij gestart wordt met één compressor en waarbij na zes jaar een tweede compressor bijgeplaatst wordt. Dit is het geval bij de variant van Ecofillco waarbij de twee compressoren samen een voldoende capaciteit halen van 370 Nm³/u en bij Pitpoint die twee compressoren voorstelt die samen 372 Nm³/u halen. Pitpoint heeft deze compressor echter pas voorgesteld nadat werd opgemerkt dat de aanvankelijke totale capaciteit van de twee compressoren eerder laag was (320 Nm³/u). Pitpoint heeft daarop het type compressor gewijzigd zonder prijsaanpassing. Er kunnen vragen gesteld worden of deze zwaardere compressoren nog volledig passen in het voorgestelde concept, laat staan dat de prijs nog realistisch is, terwijl de Tokheim installatie van Ecofillco een homogeen concept betreft. Orangegas stelt een concept voor met twee compressoren die samen een capaciteit van 300 Nm³/u halen; de capaciteit is hier eerder laag. Ecofillco stelt in zijn basisofferte een concept voor met één compressor van 378 Nm³/u; de capaciteit is voldoende. E4B stelt in basisofferte een concept voor met twee compressoren van elk 157 Nm³/u; de totale capaciteit is eerder laag. In variant stelt E4B een concept voor met één compressor met een voldoende capaciteit van 378 Nm³/u. Pump Service Automatic, ten slotte, stelt een concept voor met één compressor met een ruim voldoende capaciteit van 450 Nm³/u.

Verder gaat de voorkeur 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.

Piekverbruiken moeten dan worden opgevangen door de bufferopslag. Om een idee te krijgen van het elektriciteitsverbruik werd de verhouding bekeken tussen het nominaal vermogen en de capaciteit. Indien het nominaal vermogen niet werd opgegeven, werd het vermogen van de motor in rekening gebracht. Pump service automatic scoort hier met 0,200 kW/Nm³ het best, gevolgd door de variant van Ecofillco met 0,216 kW/Nm³, Pitpoint met 0,225 kW/Nm³, de basisofferte van Ecofillco en de variant van E4B met 0,238 kW/Nm³, de basisofferte van E4B met 0,242 kW/Nm³ en ten slotte Orange gas met 0,295 kW/Nm³.

Een ander belangrijk aspect is dat het inkomende gas voldoende gedroogd wordt, anders kan er vocht in de compressor of zelfs het voertuig terecht komen wat kan leiden tot een slechte werking en beschadiging. Zowel Orangegas, Ecofillco en E4B voorzien een droger, Pitpoint.BE voorziet een droger in optie (die genomen werd). Automatic Pump Service vermeldt geen drooginstallatie.

Aangezien het vochtgehalte van het binnenkomende gas sterk kan fluctueren, is het tijdsinterval waarbij de vochtabsorberende korrels in de drooginstallatie moeten vervangen worden moeilijk te bepalen. Daarom voorzien verschillende installaties een dauwpuntsmeting. Indien het dauwpunt een vooraf bepaalde grens overstijgt, volgt een alarm.

Wanneer het dauwpunt verder stijgt valt de installatie stil. Enerzijds wordt door de dauwpuntsmeting verhinderd dat vochtig gas in de installatie komt en anderzijds moeten de vochtabsorberende korrels in de drooginstallatie niet onnodig vervangen worden. De installatie van Orangegas, pitpoint en Pump Service Automatic voorzien niet in een luchtvochtigheid toezichtstelsel, de installaties van Ecofillco en E4B voorzien wel een luchtvochtigheid toezichtstelsel wat sterk gewaardeerd wordt aangezien dit de bedrijfszekerheid van de installatie sterk verhoogt. Dit aspect werd in de aanvankelijke gunningsbeslissing onvoldoende in rekening gebracht wat de gewijzigde puntentoekenning voor de compressor in deze aangepaste gunningsbeslissing verklaart”.

Verder wordt in het gunningsverslag ook een overzicht gegeven van de technische specificaties van de voorgestelde compressoren, waarop de voormelde beoordeling blijkt te zijn gebaseerd.

De verzoekende partij toont op het eerste gezicht niet aan waarom de meegedeelde motieven haar niet in staat zouden stellen met kennis van zaken te oordelen of het zin heeft zich in rechte te verweren tegen de thans bestreden beslissing. Uit het feit dat de verzoekende partij de motivering inhoudelijk betwist, blijkt veeleer het tegendeel. Derhalve lijkt voldaan te zijn aan

de vereisten van de formelemotiveringsplicht zoals die is vastgelegd in de aangehaalde bepalingen.

Het enige middel is in die mate niet ernstig.

Artikel 107, eerste lid, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, het gelijkheidsbeginsel en de “kennelijke beoordelingsfout”

9. De Raad van State vermag zich bij de uitoefening van zijn wettigheidscontrole, te dezen wat betreft de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria, niet in de plaats te stellen van de aanbestedende overheid. Hij is enkel bevoegd om desgevraagd na te gaan of die overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan binnen de perken van de redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen. Voorts mag enkel rekening worden gehouden met de formeel uitgedrukte motieven.

Een gunningscriterium lijkt te peilen naar de intrinsieke waarde van een offerte in de onderlinge vergelijking met andere offertes, waarbij ieder verschil zich op een redelijke en evenredige wijze moet vertalen in een onderscheiden quotering of waardering. Elementen inzake het verloop van de onderhandelingsprocedure of het al dan niet realistische karakter van de prijzen lijken niet te kunnen worden betrokken bij deze beoordeling.

De essentie van het eerste motief in de thans bestreden beslissing betreffende het subgunningscriterium “compressor” lijkt te zijn dat bij de offerte van de verzoekende partij vragen kunnen worden gesteld of de zwaardere compressoren nog volledig passen in het technische concept, terwijl de Tokheim-installatie van de gekozen inschrijver een homogeen concept zou betreffen. Zoals uit het administratief dossier en de stukken van de verzoekende partij zelf blijkt, heeft de verzoekende partij die zwaardere compressoren pas

voorgesteld in de loop van de onderhandelingsprocedure, meer bepaald naar aanleiding van de vraag van de verwerende partij in een e-mail van 22 april 2016 of “een compressor met een hogere capaciteit mogelijk [is] in hetzelfde concept en behuizing”. Hierna heeft de verzoekende partij inderdaad een compressor met een hogere capaciteit voorgesteld, doch zij lijkt de vraag betreffende de inpasbaarheid daarvan in het technische concept niet te hebben beantwoord. Dit motief betreft op het eerste gezicht dus niet het feit dat de kwestieuze compressoren pas tijdens de onderhandelingsfase werden aangeboden, wel de vraag of zij passen in het voorgestelde concept, zoals in de voornoemde e-mail van 22 april 2016 reeds werd gevraagd. Deze vraag lijkt wel degelijk verband te houden met de intrinsieke waarde van de offerte en het subcriterium “compressor”, dat immers deel uitmaakt van het gunningscriterium “technisch concept, kenmerken en kwaliteit van de installatie en projectmanagement”. In het licht van dit geldige motief lijkt de bijkomende opmerking “laat staan dat de prijs nog realistisch is” de quoterings niet te hebben beïnvloed en aldus slechts een overtollig motief te vormen waarvan de eventuele onwettigheid niet tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan leiden.

De verzoekende partij laat gelden dat haar eigen compressoren en die van de gekozen inschrijver identiek zijn zodat met eenzelfde vermogen en capaciteit ook het elektriciteitsverbruik hetzelfde moest zijn. In 's Raads arrest nr. 235.328 van 4 juli 2016 werd betreffende de eerste gunningsbeslissing van 20 mei 2016 inderdaad geoordeeld dat het onderzoek dienaangaande onzorgvuldig leek te zijn gevoerd vermits niet bleek dat het om verschillende compressoren ging terwijl er toch sprake was van een verschillend vermogen, met name $190 \text{ Nm}^3/\text{u}$ tegenover $185 \text{ Nm}^3/\text{u}$. In de thans bestreden beslissing wordt voor de gekozen inschrijver het vermogen van $190 \text{ Nm}^3/\text{u}$ per compressor niet meer vermeld, wel $185 \text{ Nm}^3/\text{u}$ tegenover $186 \text{ Nm}^3/\text{u}$ per compressor van de verzoekende partij. Verder wordt voor de compressoren van de gekozen inschrijver een verbruik vermeld van $0,216 \text{ kW/Nm}^3$ tegenover $0,225 \text{ kW/Nm}^3$ voor die van de verzoekende partij. Het wordt thans niet betwist dat de offertes van zowel de verzoekende partij als de gekozen inschrijver op basis van dezelfde compressoren vertrekken, doch dat de

verzoekende partij deze rechtstreeks van de producent betreft terwijl deze van de gekozen inschrijver worden betrokken via Tokheim, die de compressoren inpast en waar nodig aanpast in een totaalconcept. Hoewel een diepgaand deskundig onderzoek meer duidelijkheid zou kunnen brengen of de aanpassingen door Tokheim effectief tot andere specificaties van de compressoren hebben geleid, lijkt het in de huidige stand van het geding aannemelijk te zijn dat die aanpassingen tot het hierboven en in de gunningsbeslissing vermelde (kleine) vermogensverschil hebben geleid, waaruit dan ook een klein verschil qua verbruik zou volgen. De vraag of er al dan niet sprake is van dezelfde compressoren, lijkt in het kader van de thans bestreden beslissing enkel relevant te zijn in het kader van het motief van het elektriciteitsverbruik voor het subgunningscriterium “compressor”. De in aanmerking genomen verbruikswaarden liggen zo dicht bij elkaar, $0,216 \text{ kW/Nm}^3$ voor de compressoren van de gekozen inschrijver tegenover $0,225 \text{ kW/Nm}^3$ voor die van de verzoekende partij, dat de impact van dit verschil op de totale score voor het kwestieuze subgunningscriterium te beperkt lijkt te zijn om de rangschikking te kunnen beïnvloeden.

Het volgende motief in de bestreden beslissing heeft betrekking op een droger, doch wordt op het eerste gezicht niet betwist in het middel.

De verzoekende partij stelt wat betreft het laatste motief, het al dan niet voorzien zijn van een dauwpuntmeter, dat dit element niet in aanmerking mocht worden genomen bij de beoordeling van het subgunningscriterium “compressor”. Op het eerste gezicht is het begrip “dauwpuntmeter” niet omschreven in de gunningscriteria of in de technische specificaties, doch om de in de gunningsbeslissing uiteengezette en op het eerste gezicht niet onaannemelijke redenen lijkt een dauwpuntmeter niet als een afzonderlijk element te moeten worden beschouwd maar als behorende tot de randapparatuur die dient om de goede werking van de compressor te vrijwaren. Het subgunningscriterium “compressor” maakt overigens deel uit van het gunningscriterium “technisch concept, kenmerken en kwaliteit van de installatie en projectmanagement”. De aanbestedende overheid lijkt met het bestek niet louter de levering van een

compressor, maar wel van een complete installatie te beogen en in het kader van dit gunningscriterium het gehele technische concept, de kenmerken en de kwaliteit ervan te beoordelen. Het lijkt voor een zorgvuldige inschrijver in het kader van een opdracht zoals te dezen logisch en voorzienbaar te zijn dat elementen als een droger en een dauwpuntmeter, die de goede werking van de compressor beogen te verzekeren, mee in de beoordeling kunnen worden betrokken. Zo blijkt de verzoekende partij in haar offerte zelf onder meer bijkomend een droger te hebben aangeboden, die evenmin uitdrukkelijk in het bestek lijkt te zijn gevraagd. Voorts lijkt zij in het inleidend verzoekschrift zelf te erkennen dat zij om de door haar vermelde redenen heeft beslist om niet te werken met een dauwpuntmeter. Ook andere inschrijvers blijken het bestek op het eerste gezicht zo begrepen te hebben en bij de compressor tevens bepaalde randapparatuur te hebben voorgesteld. Dat dergelijke dauwpuntmeter volgens de offerte van de gekozen inschrijver wordt geïnstalleerd “op de hogedrukzijde [...] van de compressor”, lijkt eveneens te bevestigen dat dit element wel degelijk verband houdt met de compressor. De verzoekende partij voert in het middel weliswaar aan dat het nut van een dauwpuntmeter in de praktijk eerder beperkt zal zijn, doch zij lijkt op het eerste gezicht niet te ontkennen dat er toch sprake kan zijn van een beperkt nut. Bovendien vermeldt zij op pagina 18 van haar offerte zelf dat het bij meting van verhoogde vochtgehaltes in het aangeleverde gas noodzakelijk kan zijn de metingen te herhalen en de service interval voor de wissel van de droogkorrels te versnellen. Anders dan de verzoekende partij voorhoudt, heeft de verwerende partij derhalve, door in het gunningsverslag bij de beoordeling van de offerte erop te wijzen dat de aanwezigheid van een “luchtvochtigheid toezichtstelsel” sterk wordt gewaardeerd aangezien dit de bedrijfszekerheid van de installatie sterk verhoogt, op het eerste gezicht geen invulling gegeven aan het subgunningscriterium “compressor” die inhoudelijk niet kan worden ingepast. Het komt dan ook niet onredelijk voor om om die reden voor het betrokken subgunningscriterium meer punten toe te kennen aan de offerte van de gekozen inschrijver dan aan die van de verzoekende partij.

Uit het voorgaande blijkt dat de aangehaalde bepalingen en beginselen op het eerste gezicht niet zijn geschonden door op grond van de in het gunningsverslag en de gunningsbeslissing gegeven motieven een hogere puntenscore toe te kennen aan de offerte van de gekozen inschrijver dan aan de offerte van de verzoekende partij voor het subgunningscriterium “compressor”.

Het enige middel is in die mate niet ernstig.

De zorgvuldigheidsplicht

10. De verzoekende partij voert in ondergeschikte orde aan dat de bestreden beslissing zou zijn genomen op grond van een onzorgvuldig gevoerd onderzoek vermits enerzijds dezelfde compressoren worden aangeboden door de verzoekende partij en de gekozen inschrijver doch anderzijds in de gunningsbeslissing een verschillende capaciteit en een verschillend vermogen worden vermeld voor die compressoren.

Uit hetgeen *supra* onder punt 9 is uiteengezet over de vraag of het om dezelfde compressoren gaat en over het in de thans bestreden beslissing vermelde verschillend vermogen, blijkt dat de kritiek van de verzoekende partij wat dat betreft niet ernstig is.

Het enige middel is ook in die mate niet ernstig.

VI. Besluit

11. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro verschuldigd aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vijftientwintig augustus tweeduizend zestien, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Carlo Adams,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Carlo Adams