RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 236.232 van 25 oktober 2016
in de zaak A. 215.343/XII-7849

In zake: de NV TOP CLASS PRODUCTS & SERVICES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Laurens Storms
kantoor houdend te 3110 Rotselaar
Echostraat 8
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

WETENSCHAPPELIJK INSTITUUT VOLKSGEZONDHEID
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie en Michelle Decruy
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, elektronisch ingesteld op 21 maart 2015, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 21 januari 2015 van het Wetenschappelijk Instituut Volksgezondheid waarbij de overheidsopdracht 'Levering en installatie van laboratoriumkoelkasten en -diepvriezen' wordt gegund aan de sàrl TempLab Luxembourg.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 september 2016.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dimitri Peeters, die loco advocaat Laurens Storms verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Michelle Ducruy, die loco advocaat Sofie Logie verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Het Wetenschappelijk Instituut Volksgezondheid schrijft een overheidsopdracht leveringen uit met als voorwerp ‘Levering en installatie van laboratoriumkoelkasten en -diepvriezers’. De aankondiging wordt bekend-gemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 september 2014 en in het Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie van 27 september 2014.

3.2. Het bijzonder bestek WIV-ISP-2014-PRI030-FCC is van toepassing. De gunningswijze is de open offerteaanvraag.

Er zijn vier gunningscriteria, namelijk de "prijs (40%)", de "volledigheid van de offerte en of zij voldoet aan de behoeften (30%)", het "energieverbruik (kWh/jour) (25%)" en de "duur en draagwijdte van de garantie (5%)".

In het bestek wordt voorts vermeld:

> "Wat betreft het 2de, 3de en 4de criterium, zal de volgende evaluatie worden toegepast (mogelijkheid om fracties van punten toe te kennen):
> - 5 punten = heel goed
> - 4 punten = goed
> - 3 punten = bevredigend
> - 2 punten = slecht
> - 1 punt = heel slecht
> - 0 punten = onbestaand of kan niet worden geëvalueerd
>
> De scores zullen berekend worden op een totaal van 30, 25 en 5 punten respectievelijk voor criteria 2, 3 en 4 overeenkomstig de hierboven vermelde weging."

3.3. De opening van de offertes grijpt plaats op 3 november 2014. Zes inschrijvingen worden ingediend onder wie de nv Top Class Products & Services (TCPS), dit is de verzoekende partij, en de sàrl TempLab Luxembourg (TempLab), dit is de gekozen inschrijver.

3.4. Op 22 december 2014 wordt een gunningsverslag opgesteld waarbij de eerste vier offertes als volgt worden gerangschikt:

Gunningscriteria	TempLab	Elscolab-variante	TCPS	TCPS variante
Prijs 40%	40,00	39,69	36,07	34,52
Volledigheid offerte 30%	20,00	22,00	24,00	20,00
Energieverbruik 25%	24,72	19,96	21,08	25,00
Garantie 5%	4,00	4,17	4,00	4,00
Totaal punten	88,72	85,82	85,16	83,52

3.5. Op 24 december 2014 beslist de verwerende partij op grond van het gunningsverslag de opdracht te gunnen aan de sàrl TempLab Luxembourg.

De verzoekende partij wordt hiervan in kennis gesteld met een e-mailbericht en een brief van 6 januari 2015.

3.6. De verzoekende partij stelt de verwerende partij met een e-mailbericht van 15 januari 2015 enkele vragen waarop de verwerende partij met een e-mailbericht van 19 januari 2015 als volgt antwoordt:

> "Naar aanleiding van uw mail van 15/01/2015 hebben we onze evaluatie van de offertes grondig nagekeken en zijn tot de volgende conclusies gekomen:
> 1. Er [is] inderdaad een fout in de berekening van de punten voor het energieverbruik. De correcte punten zijn (max 25): 24,19 voor TCPS (basisofferte); 25,00 voor TCPS (variante); 23,65 voor Templab.
> 2. Wat de duur en draagwijdte van de garantie betreft hadden we geen rekening gehouden met de garantie op de wisselstukken. De aangepaste punten zijn (max 5): 4,80 voor TCPS (basisofferte en variante); 4,60 voor Templab.
> 3. Door het gebrek aan gegevens over de stabiliteit en homogeniteit van temperatuur van het toestel Gram BioCompact II RF410 waren de punten betreffende de volledigheid van de offerte en of zij aan de behoeften voldoet niet correct. Rekening houdend met de vanmorgen bezorgde gegevens zijn de aangepaste punten voor dit criterium de volgende (max 30) : 24,00 voor TCPS (basisofferte en variante); 24,00 voor Templab.
> 4. Er was een fout bij de weging van de gunningscriteria 2 (volledigheid van de offerte) en 4 (garantie): ze waren respectievelijk op 25% en op 4,16% berekend in plaats van 30% en 5%. Dit is nu aangepast.
>
> De aangepaste rangschikking wordt dan:

1	TempLab	92,25
2	TCPS	89,06
3	TCPS (variante)	88,32

> Mijn excuses voor de verwarring en het ongemak.
> Een nieuwe gemotiveerde gunningsbeslissing zal binnenkort opgesteld worden."

3.7. Op 20 januari 2015 wordt er een nieuw gunningsverslag opgesteld en is de puntenverdeling voor de eerste vier gerangschikte offertes als volgt:

Gunningscriteria	TempLab	TCPS	TCPS variante	Escolab variante
Prijs 40%	40,00	36,07	34,52	39,69
Volledigheid offerte 30%	24,00	24,00	24,00	24,00

Energieverbruik 25%	23,65	24,19	25,00	18,25
Garantie 5%	4,60	4,80	4,80	5,00
Totaal punten	92,25	89,06	88,32	86,94

3.8. Op 21 januari 2015 beslist de verwerende partij op grond van het gunningsverslag de opdracht opnieuw te gunnen aan de sàrl TempLab Luxembourg.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 5, eerste lid, en 25 van de wet van 15 juni 2006 'overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' (hierna: de wet van 15 juni 2006) "in samenhang met de materiële motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur".

Zij vat haar middel als volgt samen:

> "deze normen zijn geschonden doordat de bestreden beslissing het gunnen van de opdracht baseert op een globale score, maar de manier waarop de score is berekend niet dezelfde is voor iedere inschrijver, in het bijzonder voor wat de inschrijvers TempLab en TCPS NV betreft."

De verzoekende partij meent dat haar offerte wat het tweede gunningscriterium betreft, ongelijk is behandeld tegenover de andere offertes. Zij wijst erop dat de verwerende partij bij haar tweede gunningsverslag erkent dat er voor dit gunningscriterium fouten waren opgetreden ten aanzien van het eerste gunningsverslag namelijk "bij de weging van de gunningscriteria 2 (volledigheid van de offerte) en 4 (garantie): ze waren respectievelijk op 25% en op 4,16% berekend in plaats van 30% en 5%". De verwerende partij heeft deze fout bij het

tweede gunningscriterium rechtgezet “maar dit is [volgens de verzoekende partij] blijkbaar niet volledig gebeurd”. De vergelijking tussen de puntentabellen van het eerste en het tweede gunningsverslag leert dat “iedere inschrijver […] in de tweede bestreden beslissing – door het rechtzetten van de vergissing waarover de verwerende partij sprak – op het vlak van de volledigheid van de offerte gestegen [is] met een factor 1,2… behalve verzoekende partij, die hier recht zou hebben op 28,8 punten in plaats van slechts [2]4 punten”. De offerte van de verzoekende partij had voor het tweede gunningscriterium, zo stelt zij, aldus van 24 punten bij het eerste gunningsverslag moeten worden opgewaardeerd tot 28,80 punten bij het tweede gunningsverslag, namelijk 24 punten maal de coëfficiënt 1,2. Hierdoor zou de offerte van de verzoekende partij als eerste zijn gerangschikt voor het globale klassement.

5. De verwerende partij betoogt in haar memorie van antwoord dat zij bij het tweede gunningsverslag de vorige scores voor het tweede gunnings-criterium niet heeft vermenigvuldigd met het coëfficiënt 1,2 maar daarentegen een nieuwe beoordeling heeft verricht en dit voor alle gunningscriteria. Specifiek wat het tweede gunningscriterium betreft, wijst zij erop dat vijf apparaten dienden te worden beoordeeld en dat voor elk toestel een score tot vijf punten mogelijk was; bij de eerste beoordeling kregen de toestellen van de verzoekende partij voor dit criterium 5, 5, 5, 5 en 4 punten, in totaal 24 op 25 punten; bij de tweede beoordeling echter werd als score 5, 5, 3, 3 en 4 toegekend wat als totaal 20 op 25 punten geeft, omgerekend naar 30 betekent dit een score van 24 op 30. Volgens de verwerende partij heeft de verzoekende partij deze gegevens op Excel-tabellen gekregen met een e-mailbericht van 29 januari 2015.

De verwerende partij licht nader toe dat de door de verzoekende partij aangeboden apparaten diepvries -20°C type ATEX en diepvries -20°C type standaard bij de eerste beoordeling een score van telkens 5 punten op 5 werd toegekend en bij de tweede beoordeling telkens 3 punten op 5. De reden voor die andere score is volgens de verwerende partij wat zij heeft vermeld in haar e-mailbericht van 19 januari 2015 namelijk: “Door het gebrek

aan gegevens over de stabiliteit en homogeniteit van temperatuur van het toestel Gram BioCompact II RF410 waren de punten betreffende de volledigheid van de offerte en of zij aan de behoeften voldoet niet correct". Dit betekent volgens de verwerende partij dat de offerte van de verzoekende partij voor dit criterium thans slechts 20 op 25 punten behaalt, omgezet aldus 24 op 30 punten.

Slotsom is volgens de verwerende partij dat "[d]e score van 24 op 25 die verzoekende partij bij de initiële gunning behaalde, […] bijgevolg niet [kan] gelijk gesteld worden en […] niet vergelijkbaar [is] met de score van 20 op 25 hetzij (omgerekend) 24 op 30 behaald bij de aangepaste gunning". De oorspronkelijke score van de offerte van de verzoekende partij op het tweede gunningscriterium diende dan ook niet met een factor 1,2 te worden verhoogd.

6. In haar memorie van wederantwoord vindt de verzoekende partij de uitleg van de verwerende partij over de herleiding van de score bij twee toestellen van 5 naar 3 punten "zeer merkwaardig" om twee redenen.

Op de eerste plaats merkt zij op dat de kwestieuze gegevens over stabiliteit en homogeniteit van temperatuur waar de verwerende partij naar verwijst, wel degelijk voor de verwerende partij reeds bij haar eerste gunningsverslag beschikbaar waren; hierbij verwijst zij naar haar e-mailbericht van 18 december 2014 aan de verwerende partij.

"Maar bovenal" wijst zij erop dat de score van de offerte van de verzoekende partij werd verminderd bij de tweede beoordeling maar die van de offerte van Elscolab niet, niettegenstaande het over hetzelfde toestel gaat.

Uit dit alles leidt de verzoekende partij af dat het erop lijkt dat de verwerende partij bewust heeft gepoogd "om de firma TempLab te bevoordelen ten nadele van de verzoekende partij".

7. In haar laatste memorie betwist de verzoekende partij de voor haar negatieve vaststellingen in het auditoraatsverslag. Zij merkt op dat de verwerende partij wel degelijk over de gegevens inzake de stabiliteit en de homogeniteit van de temperatuur van het kwestieuze toestel beschikte. Zij wijst erop dat zij met een e-mailbericht van 18 december 2014 op vraag van de verwerende partij deze gegevens aan de verwerende partij heeft bezorgd en dat zij deze gegevens opnieuw aan de verwerende partij heeft bezorgd met een e-mailbericht van 19 januari 2015 nadat die er met een e-mailbericht van 16 januari 2015 opnieuw naar had gevraagd. De verwerende partij steunt zich dus op een feitelijk verkeerd uitgangspunt.

Ook voert de verzoekende partij thans aan dat de verwerende partij onmogelijk voldoende zorgvuldig op twee werkdagen alle offertes opnieuw kon toetsen aan de gunningscriteria. De verzoekende partij heeft immers op donderdagnamiddag 15 januari 2015 haar opmerkingen aan de verwerende partij overgemaakt terwijl de verwerende partij reeds op maandagnamiddag 19 januari 2015 inhoudelijk hierop reageerde.

Ten slotte betwist de verzoekende partij de vaststelling in het auditoraatsverslag dat zij de vermindering van de deelscores “als zodanig niet expliciet zou hebben betwist”. Uit haar verzoekschrift en memorie van wederantwoord blijkt immers dat zij betwist dat de vermindering van de deelscores correct is verlopen.

8. In haar laatste memorie stelt de verwerende partij vast dat de opmerking in het auditoraatsverslag dat de vermindering van de deelscores op zich niet wordt betwist, terecht is; nochtans, zo vervolgt zij, was deze vermindering de verzoekende partij bekend door een e-mailbericht van de verwerende partij.

Voorts wijst zij erop dat de opmerking van de verzoekende partij dat haar score werd verminderd bij de tweede beoordeling maar die van de

offerte van Elscolab niet, niettegenstaande het over hetzelfde toestel gaat, niet opgaat aangezien zowel de verzoekende partij als Elscolab hier voor dit gunningscriterium dezelfde punten hebben gekregen.

Wat de bewering van de verzoekende partij betreft dat zij met een e-mailbericht van 18 december 2014 de kwestieuze gegevens zou hebben opgestuurd aan de verwerende partij, merkt de verwerende partij op dat zij deze gegevens pas heeft ontvangen met een e-mailbericht van 19 januari 2015 van de verzoekende partij. Het e-mailbericht van 18 december 2014 werd immers naar een verkeerd mailadres gestuurd zodat de verwerende partij dit bericht nooit heeft ontvangen.

Ten slotte betwist de verwerende partij ook de grief dat zij onmogelijk voldoende zorgvuldig op twee werkdagen alle offertes opnieuw kon beoordelen aan de hand van de gunningscriteria.

Beoordeling

9. Uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij bij haar tweede beoordeling de offerte van de verzoekende partij wat het tweede gunningscriterium betreft, opnieuw heeft beoordeeld en aan twee van de vijf toestellen een score heeft toegekend van 3 op 5 in plaats van de eerdere 5 op 5. Hierdoor verkreeg de verzoekende partij voor dit criterium telkens 24 punten niettegenstaande er bij de tweede beoordeling werd gequoteerd op 30 punten in plaats van op 25.

In haar inleidend verzoekschrift merkt de verzoekende partij op dat haar puntenaantal van 24 dat zij kreeg bij de eerste evaluatie, had dienen te worden opgewaardeerd met de factor 1,2 bij de tweede evaluatie tot 28,80 punten. Zij heeft het niet over de lagere waardering – 5, 5, 3, 3 en 4 in plaats van 5, 5, 5, 5 en 4 – die haar kwestieus toestel heeft gekregen. De verzoekende partij was nochtans in staat geweest dit element bij haar kritiek te betrekken maar zij

merkte enkel op dat de eerste score in wezen *ne varietur* werd behouden en enkel werd opgewaardeerd met de factor 1,2; nochtans was zij in kennis gesteld door middel van de excel-tabellen waarin deze quotering was opgenomen, bijgevoegd bij e-mailbericht van 29 januari 2015 van de verwerende partij. Bovendien werd in het e-mailbericht van 19 januari 2015 van de verwerende partij deze problematiek als volgt aangekaart: "Door het gebrek aan gegevens over de stabiliteit en homogeniteit van temperatuur van het toestel Gram BioCompact II RF410 waren de punten betreffende de volledigheid van de offerte en of zij aan de behoeften voldoet niet correct. Rekening houdend met de vanmorgen bezorgde gegevens zijn de aangepaste punten voor dit criterium de volgende (max. 30) : 24,00 voor TCPS (basisofferte en variante); 24,00 voor Templab". De verzoekende partij heeft deze problematiek echter niet aangebracht in haar inleidend verzoekschrift. Door dit pas in haar memorie van wederantwoord en vooral in haar laatste memorie te doen heeft zij een essentieel andere invulling gegeven aan haar grief zoals geformuleerd in het verzoekschrift waarin zij er, zoals terecht door de verwerende partij opgemerkt, vanuit ging dat de scores van de eerste evaluatie werden behouden maar werden geherwaardeerd met factor 1,2. Om deze reden alleen reeds moet het middel worden verworpen.

Bovendien toont de verwerende partij hier genoegzaam aan dat de verzoekende partij de gevraagde gegevens inzake de stabiliteit en homogeniteit van de temperatuur van het kwestieuze toestel niet heeft bezorgd aan de verwerende partij op 18 december 2014 aangezien de verzoekende partij een verkeerd e-mailadres had gebruikt, wat zij na interpellatie ter terechtzitting niet tegenspreekt. De verwerende partij mocht aldus de score van 5 op 5 voor de twee toestellen als niet correct beschouwen en dienvolgens verlagen naar 3 op 5.

Evenmin kan de verzoekende partij worden gevolgd in haar grief dat de score van de offerte van de verzoekende partij werd verminderd bij de tweede beoordeling maar die van de offerte van Elscolab niet, niettegenstaande het over hetzelfde toestel gaat. Zoals in het auditoraatsverslag opgemerkt, kreeg deze inschrijver een zelfde score voor dit toestel wat het tweede

gunningscriterium betreft. De verzoekende partij komt overigens niet terug op deze grief in haar laatste memorie.

Wat ten slotte de grief betreft dat de verwerende partij onmogelijk voldoende zorgvuldig op twee werkdagen alle offertes opnieuw kon toetsen aan de gunningscriteria, volstaat het op te merken dat dit niet werd aangevoerd in het inleidend verzoekschrift niettegenstaande de verzoekende partij dit kon doen. Deze grief is dan ook niet tijdig in het debat gebracht.

Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

10.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 25 van de wet van 15 juni 2006 "in samenhang met het zorgvuldigheidsbeginsel[,] de materiële motiveringsplicht en het redelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur".

Zij vat haar middel als volgt samen:

> "deze normen zijn geschonden doordat de bestreden beslissing het gunnen van de opdracht baseert op (onjuiste) gegevens die eenzijdig zijn aangeleverd door de inschrijver, zonder die gegevens te hebben gecontroleerd, in het bijzonder voor wat het gevraagde nuttige volume van de koelinstallaties betreft, en (bijgevolg) ook voor wat het verbruik, de prijs en de garantie van de koelinstallaties betreft."

10.2. In een eerste middelonderdeel merkt de verzoekende partij op dat in het toepasselijke bestek wordt vermeld dat "er voor de diepvriezer '-80°C' een totaal nuttig volume van 14.400 liter moet geleverd worden". De offerte van de gekozen inschrijver voldoet niet aan dat vereiste want, zo stelt de verzoekende partij, berekend aan de hand van de binnenafmetingen heeft elk van de

21 diepvriezers, slechts een nuttige ruimte van 680,319 liter wat een totaal geeft van 14.286,70 liter. “De 690 liter waarvan gewag wordt gemaakt in de offerte van de firma TempLab is dus onjuist.” De offerte van de gekozen inschrijver voldoet niet aan de vooropgestelde minimumcriteria.

10.3. In een tweede middelonderdeel voert de verzoekende partij aan dat uit het gegrond bevinden van het eerste middelonderdeel voortvloeit dat de beoordeling of de offerte van de gekozen inschrijver, wat dit toestel betreft, voldoet aan de vier gunningscriteria, dan ook verkeerd is.

10.4. In een derde middelonderdeel merkt de verzoekende partij op dat in de offerte van de gekozen inschrijver een verbruik van 12 kWh wordt vermeld maar dat dit verbruik nergens wordt gestaafd door een objectieve bron. De aanbestedende overheid had dit moeten controleren. “Een aanbestedende overheid kan in het kader van een overheidsopdrachtenprocedure niet zonder meer blindelings vertrouwen op informatie die haar eenzijdig is verstrekt door één van de inschrijvers.”

10.5. In een vierde middelonderdeel voert de verzoekende partij aan dat de temperatuurmetingen die in het bestek worden gevraagd, namelijk bij de momentopname en bij de stabiliteit van de temperatuur op lange termijn, onvoldoende door de verwerende partij zijn nagegaan bij de offerte van de gekozen inschrijver; in die offerte is een analyse opgenomen voor de meting gedurende één uur daar waar een testperiode van acht uur een absoluut minimum is.

11.1. De verwerende partij antwoordt in haar memorie van antwoord wat het eerste middelonderdeel betreft, dat het bestek in een totaal volume voorziet voor het kwestieuze apparaat – alle toestellen samen – van 14.400 liter, zonder vermelding dat het een minimum is of dat het aan een nietigheid is gekoppeld. Overigens voldoet een individueel toestelwel aan het minimumvereiste van 600 liter. Het gaat dan ook eerder, zo merkt de verwerende partij op, om een kwestie van het aantal te leveren toestellen.

Voorts wijst zij erop dat op de technische fiche van het apparaat aangeboden door de gekozen inschrijver, uitdrukkelijk een inhoud van 690 liter wordt vermeld. Dat de verzoekende partij een andere inhoud berekent, komt doordat zij de binnenafmetingen hanteert. De fabrikant bevestigt echter dat het apparaat ook kan worden gebruikt zonder binnendeur wat alsdan een volume oplevert van 692,08 liter.

Overigens, zo merkt de verwerende partij in ondergeschikte orde op, indien de gekozen inschrijver één toestel zou moeten toevoegen om het gevraagde volume te bereiken, dan wijzigt dit de rangschikking niet, zodat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel. Noch de prijs, noch het energieverbruik zou dermate stijgen dat de rangschikking in het voordeel van de verzoekende partij wordt omgebogen; het gaat slechts, zo stelt de verwerende partij, om een relatieve nietigheid.

Ten slotte, zo stelt de verwerende partij, heeft de verzoekende partij ook geen belang bij het middel omdat haar toestellen, gemeten naar binnenmaten, een volume hebben dat lager is dan dit van de gekozen inschrijver.

11.2. Wat het tweede middelonderdeel betreft, merkt de verwerende partij op dat aangezien het eerste middelonderdeel ongegrond is, het tweede dit ook is.

11.3. Wat het derde middelonderdeel betreft, stelt de verwerende partij dat uit de offerte van de gekozen inschrijver geen enkele indicatie bleek dat de verwerende partij diende te twijfelen aan het opgegeven verbruik van 12 kWh. Het nadien aangeleverde document van de fabrikant vermeldt 12,35 kWh, wat afgerond 12 kWh betekent. Zelfs aangenomen dat er moet worden gerekend met een verbruik van 12,35 kWh blijft de offerte van de verzoekende partij na die van de gekozen inschrijver gerangschikt.

11.4. Wat het vierde middelonderdeel betreft, wijst de verwerende partij erop dat bij de offerte van de gekozen inschrijver bij het kwestieuze toestel diepvriezer -80°C een rapport is gevoegd van Cetiat, dit is een geaccrediteerd studie-, test- en ijkingslaboratorium, waarin een visualisatie steekt van de temperatuurschommelingen gedurende één uur. De bewering van de verzoekende partij dat enkel een temperatuurmeting van 24 uur representatief is, wordt niet gestaafd. Het bestek bepaalt ook geen vereisten inzake de meetperiode. De verzoekende partij toont geen onzorgvuldigheid in hoofde van de verwerende partij aan.

12.1. In haar memorie van wederantwoord merkt de verzoekende partij wat het eerste middelonderdeel betreft, op dat de verwerende partij zelf erkent geen zorgvuldig onderzoek te hebben gedaan naar het volume van het door de gekozen inschrijver aangeboden toestel door niet het volume te berekenen aan de hand van de afmetingen.

Voorts meent de verzoekende partij dat de verwerende partij ten onrechte het door haar aangeboden volume betwist; zij meent dat uit de Excel-bestanden blijkt dat zij het gevraagde volume aanbiedt.

12.2. Wat het tweede middelonderdeel betreft, voert de verzoekende partij aan dat zij wel degelijk belang heeft bij het eerste en tweede middelonderdeel. Zij meent dat het niet relevant is de invloed van een bijkomende diepvriezer bij de offerte van de gekozen inschrijver op de rangschikking na te gaan aangezien er hoe dan ook een invloed zal zijn wat "volstaat om vast te stellen dat de bestreden beslissing op een incorrecte manier tot stand is gekomen en dus dient vernietigd te worden".

12.3. Wat het derde middelonderdeel betreft, wijst de verzoekende partij erop dat de verwerende partij blijkbaar na de gunning een stuk heeft opgevraagd inzake het energieverbruik van het door de gekozen inschrijver

aangeboden toestel wat de onzorgvuldigheid bewijst. Voorts blijkt uit dit stuk een verbruik dat hoger is dan 12 kWh.

12.4. Wat ten slotte het vierde middelonderdeel betreft, stelt de verzoekende partij dat de verwerende partij niet in staat is een meting voor te leggen inzake de temperatuursstabiliteit op langere termijn bij het gekozen toestel zodat moet worden aangenomen dat dergelijke meting niet is gebeurd.

Beoordeling

13.1. Vooraf merkt de Raad op dat de verzoekende partij in haar laatste memorie niet de voor haar negatieve conclusies in het auditoraatsverslag, inhoudelijk weerspreekt en kortweg verwijst naar haar standpunt zoals vertolkt in haar verzoekschrift.

13.2. Wat het eerste middelonderdeel betreft, kan de verzoekende partij niet overtuigen. Op de technische fiche van het door de gekozen inschrijver aangeboden toestel wordt inderdaad uitdrukkelijk een volume van 690 liter vermeld. Aan de hand van de berekeningen middels de binnenmaten met weglating van de binnendeur, blijkt dat het aangeboden toestel het opgegeven volume bereikt. Het middelonderdeel faalt in feite.

Het tweede middelonderdeel dat steunt op het eerste, dient dan ook te worden verworpen.

13.3. Wat het derde middelonderdeel betreft, blijkt uit de offerte dat de gekozen inschrijver een verbruik heeft opgegeven van 12 kWh. Het attest van Cetiat vermeldt 12,35 kWh, wat afgerond 12 kWh is. De verzoekende partij repliceert niet op de met cijfermatige gegevens onderbouwde stelling van de verwerende partij dat het verschil van 0,35 kWh geen invloed heeft op haar rangschikking en zij geen belang heeft bij haar grief. Het onderdeel wordt verworpen.

13.4. Wat het vierde middelonderdeel betreft, wordt in het bestek enkel vereist dat de inschrijver informatie inzake de homogeniteit en de stabiliteit van de ingestelde temperatuur in functie van de evaluatie van het tweede gunningscriterium bijbrengt. De verzoekende partij toont niet aan dat hier meer is vereist dan wat de gekozen inschrijver met het attest van Cetiat bijbrengt. Overigens stelt de verzoekende partij de kwalificatie van Cetiat niet in vraag. Het onderdeel wordt verworpen.

13.5. Het middel wordt verworpen.

C. Derde middel

Standpunt van de partijen

14. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 25 van de wet van 15 juni 2006 "in samenhang met het zorgvuldigheidsbeginsel[,] de materiële motiveringsplicht en het redelijkheidsbeginsel als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur".

Zij vat haar middel als volgt samen:

> "Het is kennelijk onredelijk dat de firma TempLab slechts 0,20 punten lager scoort op het vlak van garantie dan verzoekende partij, nu de firma TempLab de hele garantie afhankelijk maakt van een nog af te sluiten onderhoudscontract en de verzoekende partij voor de belangrijkste onderdelen een garantie voorziet voor een periode van 5 jaar."

Zij meent dat de beoordeling van het gunningscriterium inzake de garantie kennelijk onredelijk is gebeurd aangezien de gekozen offerte hiervoor een score krijgt van 4,60 terwijl die van de verzoekende partij 4,80 krijgt. De verzoekende partij stelt een periode van 2 jaar volledige garantie voor en een bijkomende periode van 3 jaar voor de onderdelen. De gekozen offerte voorziet in geen effectieve waarborg en maakt alle garanties afhankelijk van een nog te sluiten onderhoudscontract.

15. De verwerende partij stelt in haar memorie van antwoord dat de gekozen inschrijver voor vier toestellen een volledige garantie van drie jaar aanbiedt en voor één toestel twee jaar. Voorts wijst zij erop dat de verzoekende partij voor vier toestellen een volledige garantie van drie jaar aanbiedt en voor één toestel twee jaar; voor dit laatste toestel is er een bijkomende waarborg van drie jaar op de compressoronderdelen. Dit wil zeggen, zo vervolgt de verwerende partij, dat voor vier toestellen bij de beide offertes de waarborg identiek is en dat enkel voor het ene toestel de waarborg van de verzoekende partij beter was. Dit werd volgens de verwerende partij correct gequoteerd. Ten slotte merkt de verwerende partij op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel omdat het gegrond bevinden ervan nooit kan leiden tot het overbruggen van het totale puntenverschil van 3,19.

16. De verzoekende partij repliceert in haar memorie van wederantwoord dat haar grief betrekking heeft op het feit dat de garantie in de gekozen offerte afhankelijk wordt gesteld van nog een te sluiten onderhoudscontract wat betekent dat deze garantie onzeker is.

Beoordeling

17. Vooraf merkt de Raad op dat de verzoekende partij in haar laatste memorie niet de voor haar negatieve conclusies in het auditoraatsverslag, inhoudelijk weerspreekt en kortweg verwijst naar haar standpunt zoals vertolkt in haar verzoekschrift.

Uit de als vertrouwelijk neergelegde offerte van de gekozen inschrijver blijkt dat, zoals de verwerende partij opmerkt, voor vier toestellen er eenzelfde waarborg wordt geboden als die door de verzoekende partij geboden en voor één toestel twee jaar tegenover drie jaar. In die omstandigheden is de scoretoekenning, namelijk 4,80 punten op vijf voor de offerte van de verzoekende partij en 4,60 voor deze van de gekozen inschrijver binnen de grenzen van de zorgvuldigheid en de redelijkheid gebeurd.

V. Besluit

18 Het beroep dient te worden verworpen bij gebrek aan gegrond bevonden middel en de kosten dienen ten laste van de verzoekende partij te worden gelegd.

Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevraagde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van het beroep tot nietigverklaring als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegings-vergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 25 oktober 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**