

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 237.623 van 10 maart 2017
in de zaak A. 221.482/XII-8313**

In zake: de NV SOLUCIOUS
bijgestaan en vertegenwoordigd
door advocaten Barteld Schutyser en Heleen De Bock
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de Minister
van Defensie

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 15 februari 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 24 januari 2017 van de bevoegde ordonnateur van het Ministerie van Defensie om de opdracht ‘Meerjarige overeenkomst (2017-2018) tegen prijslijst betreffende de levering van zuivel, oliën & vetten, bake-off-, diepvries- en aardappelproducten aan de cateringdiensten van Defensie’ op basis van het Bestek MRMP-S/AC Nr 17SC100 aan de bvba Java te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 maart 2017, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Tom Villé en Heleen De Bock, die *loco* advocaat Barteld Schutyser verschijnen voor de verzoekende partij, en kapitein-commandant van het Vliegwezen Maarten Kerkhofs, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van leveringen met als voorwerp “meerjarige overeenkomst (2017-2018) tegen prijslijst betreffende de levering van zuivel, oliën & vetten, bake-off-, diepvries- en aardappelproducten aan de cateringdiensten van Defensie”.

De opdracht is opgedeeld in vier percelen op grond van vier territoriale zones waarin de 21 grootste kwartiermesses van Defensie territoriaal worden gegroepeerd.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bestek met referentie MRMP-S/AC Nr 17SC100.

In het bestek wordt bepaald dat het gaat om een opdracht tegen prijslijst:

“Deze overheidsopdracht is een opdracht tegen prijslijst:

(a) De in de inventaris van Bijl A opgegeven artikelen worden enkel gegeven ter informatie. Zij zullen gebruikt worden tijdens de evaluatie (zie Bijl F) om het bedrag van de offerte te bepalen in het kader van de gunning van de overeenkomst. De Aanbestedende Overheid gaat echter geen enkele verbintenis aan om de items te verwerven.

(b) De inschrijver dient een gamma van minstens 6.000 artikelen aan te bieden. Dit gamma moet verplicht de artikelen bevatten die worden opgesomd in de inventaris in Bijlage A. De aannemer zal een internettoepassing ter beschikking stellen die toelaat om bestellingen te plaatsen. De Leidende Ambtenaren kunnen via deze internettoepassing alle artikelen uit het aangeboden gamma bestellen.”

De gunningscriteria voor de vier percelen zijn de prijs 60% en de logistieke waarde 40%.

Voorts wordt in het bestek bepaald:

“Het te beschouwen bedrag voor de vergelijking van de offertes zal gevormd worden als volgt:

- (i) Inventaris gevoegd aan Bijl A (‘steekproef’): 100%
- (ii) De vergelijking van de offertes zal uitgevoerd worden door met de door inschrijver ter beschikking gestelde internettoepassing. Het te beschouwen bedrag voor de vergelijking van de offertes wordt gevormd door rekening te houden met de eenheidsprijzen van producten, deel uitmakende van een ‘steekproef’ (i.e. inventaris bijgevoegd aan Bijl A) uit het volledige gamma dat door de inschrijvers gemeenschappelijk wordt aangeboden. Deze ‘steekproef’ omvat merkproducten en producten van huismerken die representatief zijn voor de vijf food productgroepen van deze opdracht (zie Par 2.g.(1)) en die vaak worden gebruikt in de RHDDinstallaties/kwartiermesses.

Deze producten worden door de Administratie uit het gamma gekozen tijdens de evaluatie van de offertes. Er zullen ca 80 courante producten op de site van de inschrijver geselecteerd worden. De eenheidsprijzen van kwalitatief met elkaar vergelijkbare producten worden met elkaar vergeleken op een door de Administratie gekozen referentiedatum tijdens de gunning. Daarbij zullen:

- Enkel merkproducten onderling worden vergeleken;
- Enkel producten van huismerken onderling worden vergeleken.

Het kortings-% op de catalogusprijs per perceel voor de artikelen uit het volledige gamma (zoals gevraagd in de inventaris van Bijl A) dat de

leverancier aanbiedt via de eigen site op het internet zal opgenomen worden in de prijsvergelijking.”

3.4. De opdracht wordt gegund bij wijze van een open offerteaanvraag.

3.5. De opening van de offertes vindt plaats op 12 september 2016.

Vier offertes worden ingediend, namelijk door de bvba Java, de verzoekende partij, de nv Bidvest Flanders en de nv Aronde.

3.6. Op 22 november 2016 wordt de opdracht gegund aan de bvba Java. In de zaak gekend onder het rolnummer A 220.913/XII-8270 vecht de verzoekende partij deze gunningsbeslissing aan.

Bij arrest nr. 237.080 van 19 januari wordt de vordering verworpen gelet op de intrekkingbeslissing van 9 januari 2017.

3.7. Op 16 januari 2017 stelt de aankoopofficier in een aangepast gunningsverslag opnieuw voor om de opdracht voor de vier percelen te gunnen aan de bvba Java.

3.8. Op 24 januari 2017 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de bvba Java. De nv Aronde wordt niet geselecteerd. De overige offertes worden regelmatig bevonden en geëvalueerd:

“[...]

(i) Cijfer toegekend aan het criterium ‘prijs’

De gemiddelde prijs wordt berekend op basis van alle ingediende en regelmatige offertes.

Elke offerte krijgt een cijfer dat gelijk is aan het resultaat van de volgende formule:

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

[...]

(4) Prijsvergelijking

Voorafgaandelijke opmerking: de berekeningsmethode hieronder beschreven is van toepassing op alle vier de percelen.

De vergelijking van de offertes is uitgevoerd met de door de inschrijver ter beschikking gestelde internettoepassing. Het te beschouwen bedrag voor de vergelijking van de offertes wordt gevormd door rekening te houden met de eenheidsprijzen van producten, deel uitmakende van een 'steekproef' uit het volledige gamma dat door de inschrijvers gemeenschappelijk wordt aangeboden. Deze 'steekproef' omvat merkproducten en producten van huismerken die representatief zijn voor de vijf food productgroepen van deze opdracht en die vaak worden gebruikt in de RHDD-installaties/kwartiermesses.

Deze producten werden door de Administratie uit het gamma gekozen tijdens de evaluatie van de offertes. Er werden 80 courante producten op de site van de inschrijver geselecteerd waarbij er maximaal rekening gehouden werd met de producten die de inschrijvers vermelden op de inventaris bijgevoegd aan de bijlage A van hun offerte. De eenheidsprijzen werden met elkaar vergeleken op een door de Administratie gekozen referentiedatum (woensdag 21 september 2016) tijdens de gunning.

Het kortings-% op de catalogusprijs per perceel voor de artikelen uit het volledige gamma (zoals gevraagd in de inventaris van Bijl A) dat de leverancier aanbiedt via de eigen site op het internet is opgenomen in de prijsvergelijking.

(a) Verbetering van rekenfouten en zuiver materiële fouten

Niet van toepassing

(b) Abnormale prijzen

(i) Offertes en bedragen in aanmerking genomen

Het bedrag dat gebruikt wordt voor de berekening van het cijfer toegekend aan het criterium 'prijs' is de som van de verschillende subtotalen per artikel. Het sub totaal per artikel bestaat uit de vermenigvuldiging van elke eenheidsprijs (per artikel en eventueel herrekend voor de juiste gevraagde eenheid (kg, liter, stuk)) met een wegingscoëfficiënt (deze komt overeen met het vooropgestelde verbruik van het artikel)

(ii) Eenheidsprijzen of globale prijzen

°Analyse

De aangeboden prijzen zijn ingediend in een omgeving van mededinging

Op basis van de gegevens bekomen tijdens de marktprospectie en gezien de vergelijking van de offertes hierboven, kunnen we de aangeboden prijzen als normaal en aanvaardbaar beschouwen

° Besluit

Alle firma's hebben een regelmatige offerte ingediend

(iii) Totale prijzen

Prijs (euro, excl. btw)	
Solucious Percelen 1,2,3 en 4	89.971,58
Bidvest Percelen 1, 2, 3 en 4	89.270,57
Java Percelen 1, 2, 3 en 4	92.148,17

- Analyse: De aangeboden prijzen vertonen geen abnormaal hoog of laag karakter.
- Conclusie: De door de verschillende inschrijvers aangeboden prijzen zijn aanvaardbaar

(c) Voorlopige rangschikking van de offertes (zie tabel hieronder)

(i) Cijfer toegekend aan het criterium 'Prijs'

De gemiddelde prijs wordt hier berekend op basis van alle ingediende en regelmatige offertes.

Elke offerte krijgt een cijfer dat gelijk is aan het resultaat van de volgende formule :

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

Gemiddelde prijs per perceel: 90.463,44 EUR.

(ii) Rangschikking van de offertes

Firma/Perceel	Vp*			
	Perceel 1	Perceel 2	Perceel 3	Perceel 4
Bidvest Flanders nv	30,79	30,79	30,79	30,79
Java bvba	28,88	28,88	28,88	28,88
Solucious nv	30,33	30,33	30,33	30,33

*Vp= behaalde punten rekening houdend met de weging van de gunningscriteria inzake de prijs (60%)

(5) Eindrangschikking van de offertes

(a) Resultaten van de evaluatie (zie onderstaande tabel): De som van V_t^* [...] en V_p^* [...]

* V_t = behaalde punten rekening houdend met de weging van de gunningscriteria inzake de logistieke waarde

* V_p = behaalde punten rekening houdend met de weging van de gunningscriteria inzake de prijs (60%)

Firma/Perceel	Eindcijfer			
	Perceel 1	Perceel 2	Perceel 3	Perceel 4
Bidvest Flanders nv	64,99	64,99	64,99	64,99
Java bvba	67,08	67,08	67,08	67,08
Solucious nv	65,33	65,33	65,33	65,33

(b) Besluiten

(i) De economisch voordeligste regelmatige offerte is die van de firma

(naam) : Java bvba
[...]

(6) Definitieve rangschikking

Eindrangschikking	Perceel 1	Perceel 2	Perceel 3	Perceel 4
1	Java bvba	Java bvba	Java bvba	Java bvba
2	Solucious nv	Solucious nv	Solucious nv	Solucious nv
3	Bidvest Flanders nv	Bidvest Flanders nv	Bidvest Flanders nv	Bidvest Flanders nv

[...]”

Dit is de bestreden beslissing.

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 enig middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 25 van de wet van 15 juni 2006 [‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’], de artikelen 2, 5°, 2, 9°, 13 en 15 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 [‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’], het gelijkheids-, non-discriminatie- en transparantiebeginsel, artikel 29, § 1, eerste lid, *juncto* artikel 8, § 1, eerste lid, 3°, 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’], io. de artikelen 4, eerste lid, 8°, en 5, 9°, van de wet van 17 juni 2013”.

Zij betoogt daartoe:

“- Eerst en vooral is het gunningscriterium ‘prijs’, zoals door de verwerende partij opgevat en toegepast, intrinsiek onwettig. Een

gunningscriterium ‘prijs’ kan enkel op wettige wijze worden toegepast door het vergelijken van een totaalprijs die op de volledige opdracht betrekking heeft en die aan de hand van een inventaris en de daarin opgenomen posten, prijzen en hoeveelheden bepaald wordt en geverifieerd kan worden. Een aanbestedende overheid kan in het kader van een opdracht tegen prijslijst dus niet op nuttige wijze 6000 artikelen uit het op het internet aangeboden assortiment van een inschrijver aankopen op basis van: (i) een inventaris die enkel 102 algemeen omschreven sub-productgroepen en geen artikelen, hoeveelheden en prijzen bevat, en (ii) een vergelijking van prijzen aan de hand van een ‘steekproef’ die niet op het totale prijsaanbod maar slechts op 80 van de in totaal 6000 aan te kopen artikelen betrekking heeft. Een dergelijke handelswijze houdt immers in dat, in de omstandigheden van de zaak, het gunningscriterium ‘prijs’ er niet of niet met de rechte vereiste zekerheid toe strekt de offerte aan te wijzen die als de economisch meest voordelige offerte te beschouwen is (eerste middelonderdeel).

- Ten tweede kon de aanbestedende overheid niet op wettige wijze een gunningscriterium ‘prijs’ beoordelen aan de hand van een steekproef die niet alleen op slechts 80 van de in het totaal 6000 aan te kopen artikelen betrekking heeft, maar waarbij bovendien niet op voorhand en dus slechts tijdens de evaluatie van de artikelen wordt vastgesteld welke 80 artikelen voor die steekproef in aanmerking worden genomen. Die handelswijze houdt immers een belangrijk risico op ongelijke, discriminatoire of niet transparante behandeling van de inschrijvers in: niet alleen is het mogelijk dat één van de inschrijvers, in tegenstelling tot zijn concurrenten, op voorhand informatie heeft welke 80 artikelen vergeleken zullen worden, bovendien kan de aanbestedende overheid die 80 artikelen kiezen en evalueren nadat zij kennis van de inhoud van de offertes heeft. Uit die vaststellingen vloeit tevens voort dat de aanbestedende overheid, door aldus te handelen, zichzelf in de keuze van hun medecontractant, een zo goed als absolute keuzevrijheid heeft verschaft, hetgeen eveneens niet met de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen bestaanbaar is (tweede middelonderdeel). De verwerende partij zou uit een op het internet aangeboden assortiment van 6.000 artikelen immers wel steeds 80 artikelen kunnen afleiden waarvoor de ene inschrijver goedkoper is dan de andere. In functie daarvan bestaat voor haar de (minstens theoretische) mogelijkheid om het resultaat van de prijsvergelijking steeds naar haar hand te zetten.

- Ten derde blijkt uit het gunningsverslag op geen enkele wijze hoe de aanbestedende overheid die 80 artikelen bepaald heeft. Er blijkt niet wat de hoeveelheden zijn op basis waarvan de prijs bepaald wordt en wat de geboden prijzen zijn. De verzoekende partij weet dus, voor wat het gunningscriterium ‘prijs’ betreft, niet hoe de aanbestedende overheid tot het eindresultaat is gekomen en of het zinvol is zich daartegen te verweren. Die vaststelling houdt, op zich genomen, een schending [in] van de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen en, meer in het bijzonder, van artikel 29, § 1, lid 1 *juncto* artikel 8, § 1, lid 1, 3° 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 io. artikelen 4, lid 1, 8° en 5, 9° van de wet van 17 juni 2013 (derde middelonderdeel).”

Beoordeling

6. De eerste twee grieven van de verzoekende partij hebben betrekking op de vraag of het gunningscriterium “prijs” en de gehanteerde beoordelingsmethode toelaten de economisch meest voordelige inschrijver te kiezen op een transparante wijze en zonder de gelijkheid onder de inschrijvers in het gedrang te brengen.

7. Hoewel een aanbestedende overheid kan kiezen welke gunningscriteria zij zal toepassen, mag die keuze enkel betrekking hebben op criteria ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding. Artikel 25 van de voormelde wet van 15 juni 2006 vermeldt de prijs als mogelijk criterium.

Een gunningscriterium is onverenigbaar met dit principe wanneer het de aanbestedende overheid een onvoorwaardelijke keuzevrijheid geeft bij de gunning van de opdracht aan een inschrijver. Die onvoorwaardelijke keuzevrijheid vloeit volgens de verzoekende partij te dezen voort uit de keuze van de beoordelingsmethode, die toegepast op het gunningscriterium “prijs”, het criterium zelf ondeugdelijk zou maken.

8. De beoordelingsmethode betreft de wijze waarop bij de evaluatie van de offertes de beoordelingselementen vervat in de gunningscriteria worden nagegaan en gewaardeerd in het licht van de toe te kennen scores. Het behoort tot de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid de volgens haar best geschikte beoordelingsmethode van de gunningscriteria te kiezen, zij het dat die vrijheid beperkt wordt door de beginselen van behoorlijk bestuur en door hetgeen zijzelf in haar bestek heeft bepaald. De Raad van State mag niet in de plaats van het bestuur de beoordelingsmethode vastleggen maar mag desgevraagd de gebruikte methode op haar rechtmatigheid toetsen, meer bepaald betreffende de mate waarin ze de gelijke beoordeling van de offertes eventueel zou uitsluiten en

dus het bepalen van de meest voordelige offerte onmogelijk zou maken. De gekozen beoordelingsmethode is immers geenszins vrijblijvend en kan bepalend zijn voor de uitkomst van de evaluatie aan de hand van het betrokken gunningscriterium.

Centraal staat dus te dezen de vraag of de gekozen beoordelingsmethode het gunningscriterium “prijs” vitieert en de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengt. De verzoekende partij meent alvast in haar verzoekschrift dat de vergelijking van de prijzen aan de hand van een “steekproef” die niet op het totale gevraagde aanbod van 6000 artikelen betrekking heeft maar op slechts 80 artikelen, een vertekend beeld kan opleveren waardoor niet zeker is dat het gunningscriterium “prijs” bijdraagt tot de aanduiding keuze van de economisch voordeligste aanbieder en dat bovendien de handelwijze, waarbij niet op voorhand en dus slechts tijdens de evaluatie van de artikelen wordt vastgesteld welke 80 artikelen voor die steekproef in aanmerking worden genomen, een belangrijk risico op ongelijke, discriminatoire of niet transparante behandeling van de inschrijvers inhoudt.

9. In de eerste plaats wordt vastgesteld dat zowel de methode om de prijsvergelijking te verrichten aan de hand van een steekproef als het tijdstip ervan hun neerslag vinden in het bestek.

Zo wordt in de bijlage A “Model van offerte” bij het bestek bepaald dat aan de offerte wordt toegevoegd:

- “(e) volledig ingevulde inventaris conform Aanh 1 van de Bijl A;
Deze inventaris komt overeen met een ‘steekproef’ (korf) samengesteld uit courante en representatieve producten uit vijf food productgroepen van deze opdracht:
- Deel A: zuivel, oliën & vetten;
 - Deel B: bake-off producten;
 - Deel C: diepvriesproducten;
 - Deel D: koekjes;
 - Deel E: aardappelproducten.
- [...]
- (f) een catalogus met het volledige gamma aan producten (inclusief merkproducten en producten van huismerken), ter beschikking gesteld via

een eigen site op het Internet, met vermelding van de gangbare eenheidsprijs (zonder kortings-% aangeboden door de firma).[...]"

Het eerste vereiste verwijst dus naar het Aanhangsel 1 "Inventaris" van de Bijlage A waarbij een inschrijver voor 102 artikelen diende op te geven of deze al dan niet in zijn gamma zijn opgenomen, voorts alle nuttig geachte informatie of opmerkingen zoals referentie in de catalogus en merk en voorts het "kortings-% op de catalogusprijs voor de artikelen uit het volledige gamma dat de leverancier aanbiedt via de eigen site op het internet".

Het tweede vereiste moet worden samen gelezen met het vereiste gesteld in het bestek waarbij de inschrijver een gamma dient aan te bieden van minstens 6000 artikelen.

Het bestek licht voorts toe hoe de prijsvergelijking zal gebeuren, namelijk "door rekening te houden met de eenheidsprijzen van producten, deel uitmakende van een 'steekproef' (i.e. inventaris bijgevoegd aan Bijl A) uit het volledige gamma dat door de inschrijvers gemeenschappelijk wordt aangeboden". "Deze producten worden door de Administratie uit het gamma gekozen tijdens de evaluatie van de offertes. Er zullen 80 courante producten op de site van de inschrijver geselecteerd worden. De eenheidsprijzen van kwalitatief met elkaar vergelijkbare producten worden met elkaar vergeleken op een door de Administratie gekozen referentiedatum tijdens de gunning". Het aangeboden kortingspercentage wordt in rekening gebracht.

Voorts is in het bestek bepaald dat "als een inschrijver in de opdrachtdocumenten fouten of leemten ontdekt die van dien aard zijn dat ze de prijsberekening of de vergelijking van de offertes onmogelijk maken, [...] hij dit onmiddellijk en schriftelijk [meldt] aan de aanbestedende overheid. Alleszins verwittigt hij haar ten laatste tien dagen vóór de datum van de openingszitting, tenzij zulks onmogelijk is door de inkorting van de termijn voor ontvangst van de offertes".

Uit het dossier blijkt dat de verzoekende partij voorafgaandelijk aan de indiening van haar offerte de aanbestedende overheid heeft bevraagd in

verband met de kwalitatieve selectiecriteria maar niet in verband met de door het bestek bepaalde beoordelingswijze van het criterium “prijs”. Evenmin zet zij thans in haar verzoekschrift uiteen waarom zij belet zou zijn geweest zulks te doen.

Thans laat de verzoekende partij kritiek gelden waarvan mag worden geacht dat het bestek de inschrijvers uitdrukkelijk heeft uitgenodigd de aanbestedende overheid hieromtrent bijtijds te bevragen. Deze handelwijze lijkt negatief af te kleuren op de ernst van haar kritiek. Hierbij mag nog het feit worden betrokken dat volgens de verwerende partij de verzoekende partij in 2013 ook deelnam aan de gunningsprocedure met een zelfde opdracht en dat de verzoekende partij alsdan geen kritiek op hetzelfde procedé inzake de evaluatie van de prijs heeft laten gelden. De verzoekende partij mag dus worden geacht reeds geruime tijd gekend te zijn met het procedé.

10. Het betoog van de verzoekende partij mist op het eerste gezicht de nodige concrete onderbouwing om, afgezet tegen de randvoorwaarden bepaald door het bestek, het louter theoretisch karakter ervan te kunnen overstijgen.

11. Zo omvat de “steekproef” blijkens het bestek merkproducten en producten van huismerken die representatief zijn voor de vijf food productgroepen van deze opdracht en die vaak worden gebruikt in de RHDD installaties/kwartiermesses. De verzoekende partij ontkent niet dat de 80 geselecteerde producten – 22 artikelen werden buiten beschouwing gelaten wegens onvergelykbaarheid – beantwoorden aan een representatieve bestelling. De verzoekende partij ontkent voorts evenmin dat het helemaal niet zeker is dat het volledige gamma van de inschrijvers eveneens beantwoordt aan de courante noden van de aanbestedende overheid, laat staan dat een onderlinge vergelijkbaarheid van de volledige gamma’s sowieso tot de mogelijkheden behoort. De eerste grief van de verzoekende partij dat enkel een prijsvergelijking van niet minder dan 6000 artikelen toelaat de meest voordelige offerte te bepalen – ter terechtzitting lijkt de verzoekende partij het extreme standpunt in haar grief trouwens wat af te zwakken – lijkt in de gegeven omstandigheden dan ook een loutere affirmatie, die te weinig concreet is onderbouwd om in deze fase van het geding te kunnen overtuigen van de beweerde ondeugdelijkheid van het gunningscriterium “prijs”.

Het eerste middelonderdeel kan dan ook niet worden aangenomen.

12. De tweede grief, namelijk dat de gehanteerde beoordelingsmethodiek de verwerende partij de mogelijkheid geeft de resultaten van het prijsonderzoek naar haar hand te zetten met miskenning van de gelijke behandeling van de inschrijvers en van het transparantiebeginsel, lijkt voorts onvoldoende oog te hebben voor de grenzen die de verwerende partij dienaangaande in het bestek – en dus controleerbaar op de naleving ervan – heeft getrokken aan haar “keuzevrijheid” bij het bepalen van de 80 te beschouwen artikelen.

Het te beschouwen bedrag voor de vergelijking van de offertes wordt blijkens het bestek gevormd door rekening te houden met de eenheidsprijzen van de producten, deel uitmakend van de inventaris, en die door de inschrijvers gemeenschappelijk worden aangeboden. Enkel merkproducten onderling worden vergeleken en enkel producten van huismerken worden onderling vergeleken.

Uit het dossier blijkt inderdaad dat op de niet-gemeenschappelijke producten en de kwalitatief niet-vergelijkbare producten, dit zijn 22 artikelen, na, de aanbestedende overheid bij de selectie van de 80 artikelen als grond van de prijsvergelijking, maximaal heeft rekening gehouden met de artikelen die de inschrijvers zelf hadden vermeld op de inventaris bijgevoegd aan de bijlage A van hun offerte.

De quasi absolute keuzevrijheid die de verzoekende partij de verwerende partij naar aanleiding van de selectie van die 80 producten verwijt, lijkt dan ook haaks te staan op deze besteksbepaling en handelwijze. Voorts lijkt minstens , in tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partij doet gelden, de libellering van de betrokken besteksbepaling niet dermate vrijblijvend dat favoritisme van de ene of andere inschrijver bij de definitieve productenkeuze niet kon worden uitgesloten.

De Raad heeft zich ook na kennisname van de vertrouwelijke stukken uit het administratief dossier geen ander standpunt gevormd.

Ook het tweede middelonderdeel kan dus niet worden aangenomen.

13. De derde en laatste grief is in essentie ontleend aan een schending van de formelemotiveringsplicht.

Naar luid van artikel 4, eerste lid, 8°, van de wet van 17 juni 2013, stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op wanneer ze de opdracht gunt, ongeacht de procedure. Deze motivering moet pertinent zijn, dit wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te maken moet hebben, en moet draagkrachtig zijn. De belangrijkste bestaansreden 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 hij met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden.

Indien dus punten worden toegekend aan de offertes, moet de motivering toelaten te achterhalen waarom aan de offertes een bepaald aantal punten wordt toegekend, zodat achteraf elke inschrijver kan nagaan of de puntentoekenning rechtmatig is gebeurd. De draagwijdte van de motiveringsplicht is te beoordelen in verhouding tot de graad van beoordelingsvrijheid waarover de aanbestedende overheid beschikt.

14. Uit het bestek blijkt dat de opdracht wordt beschouwd als een opdracht tegen prijslijst. De beoordeling van het gunningscriterium “prijs” is evenwel niet louter het gevolg van de toepassing van een mathematische formule. Noch de hoeveelheden zijn immers op voorhand gekend, noch de uiteindelijk geselecteerde 80 producten die de grond vormen voor de prijsvergelijking. De verwerende partij beschikt te dezen dan ook over een ruimere beoordelingsvrijheid die zich vertaalt in een bijzondere formelemotiveringsplicht.

Anders dan wat de verzoekende partij betoogt, lijkt de gemotiveerde gunningsbeslissing aan dit vereiste afdoende tegemoet te komen door in bijlage ook de resultaten van het gunningscriterium “prijs” te voegen

waaruit de verzoekende partij kan afleiden hoe de aanbestedende overheid haar totaalprijs heeft berekend.

De omstandigheid dat de bedoelde bijlage enkel betrekking heeft op haar eigen score, doet geen afbreuk aan het gegeven dat deze, samen gelezen met de gemotiveerde gunningsbeslissing, de verzoekende partij een afdoende inzicht biedt in de 80 geselecteerde producten, de artikelen uit het gamma, de ingeschatte hoeveelheden en de totaalprijzen van de andere inschrijvers.

15. De verwerende partij wijst er in haar nota op dat de eenheidsprijzen van elke inschrijver niet aan de andere inschrijvers zijn meegedeeld “omdat deze vertrouwelijke commerciële informatie bevatten”. In de huidige stand van het geding lijkt de stelling dat de detailprijzen en vooral de aangeboden kortingspercentages van de inschrijvers vertrouwelijk zijn, niet van elke waarschijnlijkheid ontbloomt.

16. De verzoekende partij maakt derhalve niet met de vereiste *prima facie* ernst aannemelijk dat de formelemotiveringsplicht zou zijn geschonden, zodat ook het derde en laatste middelonderdeel niet kan worden aangenomen.

VI. Besluit en kosten

17. 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.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 10 maart 2017,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra