RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 237.909 van 7 april 2017
in de zaak A. 221.709/XII-8343

In zake: de GmbH PRO2 ANLAGENSERVICE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de "INTERCOMMUNALE VERENIGING" HOOGE MAEY
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bob Martens
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de GmbH H.G.S.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tim Van Cauter
kantoor houdend te 8790 Waregem
Zultseweg 101
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 maart 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[d]e beslissing van de Intercommunale Vereniging Hooge Maey dd. 19 januari 2017, zoals gevoegd bij het aangetekend schrijven van de Intercommunale Vereniging Hooge Maey dd. 19 januari 2017, waarbij wordt beslist om de opdracht

‘Onderhoud biogasmotoren en bijhorende gasverdichters 2016’ te gunnen aan HGS GmbH & Co. KG, Hessenstrasse 55, D-47809 Krefeld, Duitsland en niet aan [de GmbH PRO2 Anlagenservice]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 29 maart 2017 heeft de GmbH H.G.S. gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 april 2017, om 14.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Katrien Miclotte en Bob Martens, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Tim Van Cauter, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Alexander Van Steenberge 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. In 2016 schrijft de verwerende partij een overheidsopdracht uit met als voorwerp “onderhoud biogasmotoren en bijhorende gasverdichters 2016”.

De opdracht wordt gegund met een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.2. Op 7 januari 2016 wordt de oproep tot kandidaatstelling voor deze opdracht bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.3. Drie kandidaten dienen hun aanvraag tot deelneming in:

- de nv Bergerat Monnoyeur, Brusselsesteenweg 340, B-3090 Overijse, België;
- de GmbH Pro2 Anlagenservice, Schmelzerstrasse 25, D-47877 Willich, Duitsland;
- de GmbH & Co. KG H.G.S., Hessenstrasse 55, D-47809 Krefeld, Duitsland.

3.4. Op bladzijde 10 van het bestek worden de gunningscriteria als volgt weergegeven:

> "1. Onderhandelingsprocedure - Gunningscriteria (Art. 107 KB Plaatsing)
> De gunningscriteria zijn:
> - Financieel voorstel: 50%
> - Methodologie: 50% (zie deel 3. Technische bepalingen), in het plan van aanpak, waarbij:
>
> a. Technische beschikbaarheid: 35%
> b. Technische kwaliteit: 5%
> c. Communicatie tussen opdrachtgever en opdrachtnemer: 5%
> d. Veiligheid, orde en netheid: 5%."

Op bladzijde 9 van het bestek wordt vermeld dat het een opdracht tegen prijslijst betreft. Het bestek bevat op bladzijde 22 een inventaris waarin de geboden bedragen dienen te worden ingevuld.

3.5. De geselecteerde kandidaten dienen eerste offertes in en vervolgens *best and final offers* (BAFO's).

3.6. Op 19 januari 2017 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de GmbH & Co KG H.G.S.

3.7. De algemene rangschikking op punten wordt in die beslissing als volgt samengevat:

	Bergerat Monnoyeur	Pro2	H.G.S.
1. Financieel voorstel	33,53 [lees: 36,70]	50,00	48,50
2. Technische beschikbaarheid	35	35	35
3. Technische kwaliteit	4	4	5
4. Communicatie	5	5	5
5. Veiligheid-orde-netheid	5	4	5
Totaal	85,70	98,00	98,5
Rangschikking	3	2	1

Als besluit wordt gesteld:

> "Alle 3 geselecteerden zijn zeker technisch bekwaam om deze onderhoudsopdracht uit te voeren. Naar prijszetting is er tussen Pro2 en H.G.S. een licht prijsverschil. Wat methodologie betreft, denkt H.G.S. duidelijk verder dan het loutere onderhoudsgebeuren aangezien zij tevens het rendement van de installatie in rekening nemen.
> Gezien de puntenrangschikking wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan H.G.S. GmbH & Co. KG.
> De raad van bestuur gaat akkoord met de gevolgde procedure en beslist om de opdracht te gunnen aan HGS GmbH & Co.KG, Hessenstrasse 55, D-47809 Krefeld, Duitsland."

Dit is het bestreden gunning**s**besluit.

3.8. Bij brieven van 20 en 30 januari 2017 deelt de verwerende partij mee dat zij heeft beslist om de opdracht te gunnen aan de GmbH & Co. KG H.G.S.

Bij brief van 27 februari 2017 wordt de bestreden gunningsbeslissing in de vorm van een uittreksel uit de notulen van de raad van bestuur aan de verzoekende partij meegedeeld. Eveneens wordt het gunningsverslag en een detail met berekeningen waarop het gunningsverslag is gestoeld, toegevoegd.

IV. Tussenkomst

4. De GmbH H.G.S. blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

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

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

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen 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.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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 beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van de artikelen 4 en 5 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' (hierna: de wet van 17 juni 2013), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen', artikel 107 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren', de formelemotiveringsplicht en het transparantiebeginsel.

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

> "Doordat verwerende partij besliste de opdracht te gunnen aan de firma H.G.S. nu deze inschrijver de economisch meest voordelige offerte zou hebben ingediend, rekening houdende met de gunningscriteria en nu de firma H.G.S. een totaalscore behaalde van 98,5 en verzoekende partij een totaalscore van 98,00; Doordat verwerende partij voor wat betreft het eerste gunningscriterium 'financieel voorstel' aan verzoekende partij een score toekende van 50/50 op basis van een eenheidsprijs van 15,75 €/MWh en aan de firma H.G.S. een score van 48,54/50 op basis van een eenheidsprijs van 16,21 €/MWh; Dat voor wat betreft de berekening van de eenheidsprijs verwezen wordt naar een 'detail waarop het gunningsverslag is gebaseerd', te weten een rekenblad dat een aantal cijfers bevat; Dat het op basis van dit rekenblad niet duidelijk is op basis van welke cijfermatige gegevens en berekeningen verwerende partij gekomen is tot de hierboven vermelde eenheidsprijzen van 15,75 €/MWh en 16,21 €/MWh; Dat het derhalve niet vaststaat dat de opdracht is gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte;
> Terwijl de verwerende partij gehouden is haar beslissing tot gunning van de opdracht en in het bijzonder de keuze van de meest voordelige offerte afdoende te motiveren dermate dat de inschrijvers kennis kunnen krijgen van de motieven waarom hun offerte beter of slechter werd beoordeeld dan de offertes van de overige inschrijvers zodat achteraf elke inschrijver kan

> nagaan of de puntentoekenning rechtmatig is gebeurd; Dat dit in deze in het bijzonder geldt voor het eerste gunningscriterium 'financieel voorstel' waar verwerende partij gehouden was op afdoende en duidelijke wijze uit een te zetten hoe en op basis waarvan zij uiteindelijk is gekomen tot een eenheidsprijs per inschrijver welke eenheidsprijs heeft gediend voor de puntentoekenning van dit gunningscriterium;
> Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wetsbepalingen en beginselen schendt."

Toegelicht wordt dat het voormelde rekenblad een overzicht bevat van een aantal eenheidsprijzen per inschrijver, die betrekking hebben op een aantal onderhoudsbeurten en leiden tot een totaalprijs over 3 jaar. De in dat rekenblad vermelde eenheidsprijzen betreffen evenwel enkel de eerste offertes en niet de BAFO's. Wat daarentegen de BAFO's betreft, wordt in het rekenblad geen andere cijfermatige informatie gegeven dan hun totaalprijzen. De totaalprijs van de GmbH H.G.S. zakt van 542.255,28 euro (1ste offerte) naar 532.847,71 euro (BAFO-offerte). Er kan niet worden nagegaan of deze berekening correct is gebeurd en op grond van welke cijfermatige gegevens tot deze tweede totaalprijs is gekomen. Geen gewijzigde eenheidsprijzen worden immers vermeld wat de GmbH H.G.S. betreft.

Voorts meent de verzoekende partij dat bijkomende verduidelijking noodzakelijk is:

> "Verder stelt zich de vraag om welke reden de verwerende partij voor verzoekende partij een prijs heeft ingevuld van 20.000,00 EUR voor de beurt 'E55 (turbo)'. Een post 'E55 (turbo)' maakt geen deel uit van de bij het bestek gevoegde inventaris. […] Evenmin heeft verzoekende partij ooit prijs geboden voor een post 'E55 (turbo)' […]. Op geen enkele wijze is gemotiveerd om welke reden aan de offerte van verzoekende partij een post is toegevoegd en daarvoor een bedrag is ingevuld terwijl verzoekende partij daarvoor nooit een prijs heeft gegeven.
> […]
> Hetzelfde doet zich voor met betrekking tot de beurt 'E45 (turbo)'. Deze post maakt evenmin deel uit van de inventaris zoals gevoegd bij het bestek […]. In de offerte van verzoekende partij zou dit kunnen worden teruggebracht naar de post ATL [Abgast Turbo Lader]-revisie waarvoor verzoekende partij een prijs bood van 7.500,00 EUR […]. Op geen enkele wijze is evenwel gemotiveerd om welke reden voor verzoekende partij

plots een bedrag van 10.000,00 EUR wordt ingevuld en waarom dit ook het geval is voor wat de offertes van de overige inschrijvers.
[…]
In de inventaris zoals gevoegd bij het bestek zijn er volgende twee onderscheiden posten […]
• E50 (zonder cilinderkop)
• Cilinderkop + werkuren (€/st).
Verzoekende partij gaf voor elk van deze posten een afzonderlijke prijs […]. In het door verwerende partij verschafte rekenblad wordt evenwel enkel nog melding gemaakt van een post 'E50'. Aan verzoekende partij wordt daarbij een prijs toegekend van 37.926,00 EUR. Het is echter volstrekt onduidelijk hoe verwerende partij tot dit bedrag van 37.926,00 EUR komt. Dit bedrag kan niet worden teruggebracht naar de offerte van verzoekende partij.
[…]
Uit het door verwerende partij verschafte rekenblad blijkt verder dat voor de post 'olieanalyse' voor inschrijver H.G.S. een bedrag van 0,00 EUR is voorzien. Aan de offerte van verzoekende partij is daarvoor een bedrag van 6.084,00 EUR toegekend. Het is correct dat in het rekenblad nog wordt vermeld dat de prijs van H.G.S. voor de olieanalyse inclusief is doch het is geenszins duidelijk waarin deze dan wel inclusief is. Mocht deze al inclusief zijn in de post 'ow' (oliewissel), dan moet opgemerkt worden dat voor deze oliewissel 35 beurten zijn voorzien en voor de olieanalyse 104 beurten (in totaal 208 beurten). Niet is gemotiveerd in welke post de olieanalyse vervat is en hoe het dan zit met het aantal beurten."

7. In de nota gaat de verwerende partij ervan uit dat er louter sprake is van de toepassing van een eenvoudige wiskundige formule en er niet in een bijkomende motivering moet worden voorzien voor de puntentoekenning: uit de bijlage of "het detail dat aan het gunningsverslag werd gevoegd" blijkt op welke manier zij de ingediende prijzen naar een eenheidsprijs per geproduceerde megawatt uur (€/MWh) heeft omgezet "om op die manier de berekeningsformule juist te kunnen toepassen".

8. De tussenkomende partij geeft een uitvoerig betoog betreffende de omrekening van de "ingediende prijzen" naar een eenheidsprijs per geproduceerde Mwh (euro/Mwh). De omgerekende eenheidsprijs per geproduceerde MWh diende vervolgens volgens haar als grondslag voor de toekenning van het aantal punten per inschrijver inzake het prijscriterium. Daarbij werd toepassing gemaakt van een vaak gehanteerde methodologie: de offerte met

de laagst ingediende eenheidsprijs per geproduceerde MWh verwerft het maximum aantal punten en de offertes, met een hoger ingediende eenheidsprijs, krijgen een lagere score die lineair wordt bepaald in functie van de offerte met de beste score.

De tussenkomende partij merkt nog op dat, voor zover de verwerende partij gedurende de onderhandelingsprocedure prijsposten heeft toegevoegd of samengevoegd, zij ofwel de ingediende prijzen voor deze posten van de inschrijvers heeft gelijkgeschakeld zodanig dat dit de finale vergelijking van de offertes niet heeft beïnvloed, ofwel dit nodig was om de vergelijkbaarheid tussen de offertes te blijven garanderen.

Beoordeling

9. Het enig middel heeft uitsluitend betrekking op de beoordeling van het gunningscriterium “Financieel voorstel” en niet op het andere gunningscriterium.

10. De formele motivering van de bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsplicht die de verzoekende partij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de formelemotiveringswet, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen. Die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Overeenkomstig artikel 5, 9°, van de wet van 17 juni 2013, bevat de in artikel 4 bedoelde gemotiveerde beslissing, naargelang de procedure en het soort beslissing, de namen van de gekozen inschrijver of de gekozen deelnemer of deelnemers bij de raamovereenkomst en van de deelnemers en inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, voor de beslissingen die daarop betrekking hebben.

De draagwijdte van de motiveringsplicht lijkt te moeten worden beoordeeld in verhouding tot de graad van beoordelingsvrijheid waarover de aanbestedende overheid beschikt. Indien 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.

11. In het uittreksel van de notulen van 14 februari 2017 wordt omtrent het gunningscriterium “Financieel voorstel” het volgende gesteld:

> “Voor het financieel voorstel 50%. Om een objectieve vergelijking mogelijk te maken is de in te vullen prijslijst meegeleverd met het bestek. In de eenheidsprijzen zijn alle heffingen welke de opdracht kunnen bezwaren inbegrepen, exclusief btw.”

Uit het gunningsverslag blijkt dat bij dit gunningscriterium de volgende methode werd toegepast:

> “Om een objectieve vergelijking mogelijk te maken zijn de ingediende prijzen omgerekend naar de eenheidsprijs per geproduceerde MWh (€/MWh). Deze eenheidsprijs berekening vindt men op het rekenblad in bijlage.
> Voor de puntenverdeling is volgende formule van toepassing:
> $E_{px}= 50 – (50 (P_x – P_L) / P_L)$
> Waarbij:
> E_{px} = puntentotaal voor de offerte wat de prijs betreft per MWh
> P_x = prijs/MWh van de ingediende offerte
> P_L = prijs/MWh van de laagst ingediende offerte.”

12. De kandidaten dienden bij hun offertes een inventaris in te vullen met de onderhoudsintervallen volgens voorschriften fabrikant waarbij per post bedragen worden ingevuld. Het is op grond van deze door de kandidaten ingevulde inventaris dat de verwerende partij overgaat tot omzetting van de eenheidsprijzen in het rekenblad, hetgeen resulteert in de volgende scores:

geselecteerde	ingediende eenheidsprijs	puntenverdeling
Bergerat Monnoyeur	19,94 €/MWh	36,70
Pro2	15,75 €/MWh	50,00

H.G.S.	16,21 €/MWh	48,54

13. In het administratief dossier wordt één rekenblad overgelegd waaromtrent door de verwerende partij niet wordt betwist dat de hierin vermelde geboden eenheidsprijzen uit de eerste offertes afkomstig zijn en niet uit de BAFO's.

In een geel veld worden de totaalprijzen vermeld uit de eerste offertes, in een groen veld de totaalprijzen uit de BAFO's.

Ter terechtzitting wordt door de verwerende partij toegegeven dat het administratief dossier geen enkel stuk bevat waarin zoals op het voormelde rekenblad een weergave van de eenheidsprijzen uit de BAFO's is terug te vinden.

Aldus is het inzake de BAFO's, waarop de score op het criterium "Financieel voorstel" in het bestreden besluit uiteindelijk is gesteund, vertrekkende van de totaalprijzen uit de BAFO's, op het eerste gezicht niet duidelijk op grond van welke prijscomponenten de berekeningen zijn doorgevoerd om tot laatstgenoemde totaalprijzen te komen. Een afdoende formele motivering voor de scores en dus voor de klassering ontbreekt bijgevolg in het dossier. Zulks wordt in wezen niet tegengesproken door de verwerende en de tussenkomende partij. Hun verweer lijkt niet relevant aangezien het zich immers toespitst op de berekeningen die zijn gebeurd na kennisname van eenheidsprijzen uit de BAFO's, hoewel die gehele werkwijze zelfs niet met zekerheid kan worden afgeleid uit het onvolkomen administratief dossier. Die vaststellingen volstaan om het middel in die mate ernstig te bevinden.

De bijkomende en overigens *prima facie* niet van grond ontblote kritiek die de verzoekende partij nog geeft op de lijst van posten in het rekenblad die onder meer niet overeenkomen met de lijst van de inventaris bij het bestek en op de invulling van bepaalde eenheidsprijzen door de verwerende partij zelf, lijken de voorgaande conclusie enkel te bevestigen, zij het dat deze kritiek in bepaalde mate niet relevant is, aangezien de kritiek een rekenblad betreft, afgeleid uit de

eerste offertes en niet uit de BAFO's. Zulks kan echter de verzoekende partij niet ten kwade worden geduid aangezien zij niet over detailgegevens uit de BAFO's beschikte.

14. Het eerste en enig middel is dan ook in deze mate ernstig.

VII. Kosten

15. Het eerste en enig middel waarbij de schending van de formelemotiveringsplicht wordt ingeroepen is ernstig gebleken. Zulks verantwoordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing waarbij de opdracht wordt gegund aan een andere inschrijver. Deze overwegingen verantwoorden echter niet de schorsing van de tenuitvoerlegging van de gevorderde impliciete weigering om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen. Een nieuwe en ditmaal pertinente en afdoende veruitwendigde beoordeling door de verwerende partij van de offertes leidt immers mogelijkerwijze niet tot een verplichte gunning aan de verzoekende partij.

16. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de GmbH H.G.S. tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de "Intercommunale Vereniging Hooge Maey" van 19 januari 2017, waarbij wordt beslist om de opdracht 'Onderhoud biogasmotoren en bijhorende gasverdichters 2016' te gunnen aan HGS GmbH & Co. KG, Hessenstrasse 55, D-47809 Krefeld, Duitsland.

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 7 april 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Dierk Verbiest**