

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 238.249 van 18 mei 2017
in de zaak A. 222.032/XII-8366**

In zake: de NV MEYVAERT GLASS ENGINEERING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Elke Casteleyn
kantoor houdend te 9160 Lokeren
Antwerpse Steenweg 47
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans

tegen:

het AUTONOOM PROVINCIEBEDRIJF MUSEUM VOOR
EDELSMEEDKUNST, JUWELEN EN DIAMANT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Coen
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 210A bus 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 24 april 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[h]et besluit van het APB Museum voor Edelsmeedkunst, Juwelen en Diamant van 6 april 2017 houdende de beslissing tot gunning van de opdracht voor de total fit out voor de permanente collectiepresentatie DIVA aan Bruns BV te Bergeijk, Nederland en niet aan [de nv Meyvaert Glass Engineering]; alsook 2. de beslissing van 12 januari 2017 van de raad van bestuur van [het Autonoom Provinciebedrijf Museum voor Edelsmeedkunst, Juwelen en Diamant] tot goedkeuring van het bestek”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 mei 2017, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Elke Casteleyn, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Christophe Coen, 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. Het autonoom provinciebedrijf Museum voor Edelsmeedkunst, Juwelen en Diamant schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van leveringen met het oog op het sluiten van een meerjarige raamovereenkomst voor de “total fit out” voor de permanente collectiepresentatie van DIVA, Museum voor Edelsmeedkunst, Juwelen en Diamant.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 22 november 2017 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 25 november 2017.

Volgens de aankondiging bedraagt de geraamde waarde van de opdracht 2.700.000 euro, btw niet inbegrepen.

Als gunningswijze wordt gekozen voor een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.3. Op 26 januari 2017 besluit het directiecomité om de volgende kandidaten te selecteren en hen uit te nodigen om uiterlijk op 20 februari 2017 een offerte in te dienen:

- de bv Bruns (Bergeijk - Nederland)
- de nv Meyvaert Glass Engineering (Gent)
- de nv Potteau Labo (Heule)
- de AG Nüssli (Hütwilten - Zwitserland).

De vier geselecteerde inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, dienen een offerte in.

3.4. Wat de gunningscriteria betreft luidt het bestek onder meer:

“De aanbestedende overheid kiest de economisch voordeligste offerte op basis van volgende gunningscriteria:

- prijs 50%
- kwaliteit 50%
 - o globale aanpak 35%
 - o marktkennis en lijst van preferred partners 15%”.

3.5. De beoordeling van de offertes aan de hand van de gunningscriteria in het kader van de eerste fase van de onderhandelingsprocedure wordt in de bestreden gunningsbeslissing leidt tot de volgende eindbeoordeling :

“Conclusie ronde I
Overzicht van de scores

	Prijs	Aanpak	Partners	Totaalscore
Bruns	50	27	13,5	90,5
Meyvaert	43	13,5	12	68,5
Potteau	48	30	12	90
Nüssli	40	25	12	77

Bruns en Potteau hebben de opdracht duidelijk begrepen en bieden een stevig organisatiekader, ervaring en laten ruimte voor samenwerking met Diva en derden.

Meyvaert vormt met zijn talrijke partners en omvangrijke coördinatiestructuur eerder een bedreiging dan een ondersteuning.

Nüssli komt over als een solide onderneming, maar laat niet blijken in zijn aanpak veel plaats te laten voor overleg en samenwerking met Diva.”

3.6. Vervolgens beslist de verwerende partij, met verwijzing naar punt 1.2.10 van het bestek, dat bepaalt dat tenzij de resultaten van de beoordeling in de eerste ronde een kleiner of groter aantal wettigen, de drie best geklasseerde inschrijvers uit de eerste ronde toegelaten worden tot de tweede, het volgende:

“Op basis van de score van de eerste ronde heeft het weinig zin om Nüssli, als derde geklasseerde, uit te nodigen voor de tweede ronde. De inschrijvers zijn duidelijk verdeeld in twee groepen met daartussen een grote kloof. Daarom worden enkel Bruns en Potteau gevraagd voor de volgende ronde.”

3.7. Uitsluitend inschrijvers Bruns en Potteau worden aldus uitgenodigd voor de tweede ronde en zij dienen beiden nog een BAFO-offerte in.

3.8. Na toetsing van de BAFO-offertes van inschrijvers Bruns en Potteau aan de gunningscriteria wordt op 6 april 2017 beslist om de opdracht te gunnen aan bv Bruns.

3.9. Met een e-mailbericht van 6 april 2017 en een aangetekend schrijven van 7 april 2017 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat haar offerte niet werd gekozen. Als bijlage wordt een kopie gevoegd van de gunningsbeslissing.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

Ambtshalve: ontvankelijkheid ratione temporis wat de vordering gericht tegen het bestek betreft

4. Overeenkomstig artikel 23 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) moet de vordering tot schorsing van de beslissingen van de aanbestedende instanties op straffe van niet-ontvankelijkheid worden ingesteld binnen een termijn van vijftien dagen vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling, al naargelang.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat het bestek met een e-mailbericht van 30 januari 2017 werd meegedeeld aan de verzoekende partij en dat zij op 20 februari 2017 op grond van dit bestek een offerte heeft ingediend.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid gericht tegen het bestek werd pas ingediend op 24 april 2017 en lijkt dan ook te zijn ingesteld ruim buiten de vereiste termijn van vijftien dagen vanaf de kennisneming ervan.

5. Het standpunt van de verzoekende partij dat het beroep wel tijdig zou zijn ingesteld, aangezien pas uit de gunningsbeslissing zou blijken dat de verwerende partij blijkbaar zelf de mening is toegedaan dat zij het gunningscriterium prijs, zoals opgegeven in de opdrachtdocumenten niet kon beoordelen, lijkt op het eerste gezicht niet te kunnen worden gevolgd.

Uit de hierna onder randnummer 17 geciteerde beoordeling van het prijscriterium in de gunningsbeslissing blijkt immers dat de verwerende partij slechts geoordeeld heeft dat het onmogelijk is om vooraf cijfers te geven aan het bedrag van wat de inschrijver zelf doet, op de omvang van de onderaannemingen of op de regiekost voor coördinatie voor project- en werfleiding en dat daarom de bedragen en percentages die door de inschrijvers werden opgegeven in twee scenario's werden gebruikt, waarna de verwerende partij een gemiddelde van die scenario's zou hebben genomen om tot de in de gunningsbeslissing opgegeven scores voor het prijscriterium te komen. Daarmee lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht niet te hebben gesteld dat zij het gunningscriterium prijs zoals opgegeven in de opdrachtdocumenten niet kon beoordelen. Zij blijkt ook effectief de beoordeling aan de hand van dit criterium te hebben verricht.

6. De vordering is dan ook onontvankelijk wegens laattijdigheid in de mate waarin ze tegen het bestek is gericht.

Exceptie inzake het gebrek aan belang

7. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid wegens gebrek aan belang op die zij als volgt verwoordt:

“Om belang te hebben bij de vordering tegen de gunningsbeslissing dient de verzoekende partij niet noodzakelijk aan te tonen dat na schorsing de opdracht aan haar moet worden gegund. Het kan ook volstaan dat zij opnieuw een kans maakt de opdracht te krijgen. (Arrest nr. 222.893 XII° k. Raad van State van 18 maart 2013 DCA / Gemeente Bonheiden)

De verzoekende partij dient dan ook aan te tonen dat zo één of beide van de middelen gegrond zou worden verklaard, zij voordeel haalt bij de schorsing en een kans maakt om de opdracht te krijgen.

Uit de bestreden beslissing blijkt dat de verzoekende partij als laatste gerangschikt werd van vier inschrijvers. De kans dat zij na onderhandelingen als eerste zou kunnen worden gerangschikt, wordt niet aangetoond. In de gunningsbeslissing wordt duidelijk gesteld dat Meyvaert met zijn talrijke partners en omvangrijke coördinatiestructuur eerder een bedreiging vormt dan ondersteuning. Ook wordt op pagina 5 van de gunningsbeslissing gesteld dat het weinig zin heeft de derde geklasseerde uit te nodigen voor de tweede ronde daar de inschrijvers duidelijk verdeeld zijn in twee groepen met daartussen een grote kloof. Daarom worden enkel Bruns en Potteau gevraagd voor de volgende ronde. Tegen dit onderdeel van de beslissing wordt geen kritiek geuit door de verzoekende partij.

De verzoekende partij stelt op pagina 12 van haar verzoekschrift dat zo het tweede middel gegrond zou worden verklaard, zij als derde gerangschikt zou zijn en een kans had gehad om toegelaten te worden tot de volgende ronde van de onderhandelingen. Uit voorgaande motivering op pagina 5 van de gunningsbeslissing blijkt dat zij geen kans maakte om de opdracht te mogen uitvoeren.

Ook indien het eerste middel gegrond zou worden verklaard en verzoekster het maximum der punten zou behalen voor het criterium prijs blijft zij in het meest gunstige en ondenkbeeldige scenario derde gerangschikt met 88 punten.

De verzoekende partij blijft volkomen in gebreke om aan te tonen dat zij enige, hoe miniem ook, kans heeft om de opdracht te mogen uitvoeren. Het beroep is dan ook onontvankelijk.”

Beoordeling

8. Om belang te hebben bij de vordering tegen de gunningsbeslissing dient de verzoekende partij niet noodzakelijk aan te tonen dat na schorsing de opdracht aan haar moet worden gegund. Het kan ook volstaan dat de verzoekende partij opnieuw een kans maakt de opdracht te krijgen.

9. Te dezen blijkt niet dat deze kans niet zou bestaan.

Indien de aangevoerde middelen ernstig zouden worden bevonden wat de aangevoerde schending van de formelemotiveringsverplichtingen betreft, houdt dit, zo lijkt, reeds in dat niet blijkt dat de verzoekende partij met voldoende kennis van zaken de puntentoekenning kon beoordelen, noch de rechtmatigheid van de gehanteerde beoordelingsmethode om vervolgens eventueel in rechte te argumenteren dat haar scores voor beide gunningscriteria te laag waren of om de wettigheid van de gehanteerde beoordelingsmethode te betwisten. Aldus zou zij, na herbeoordeling, mogelijks wel bij de eerste drie inschrijvers moeten worden gerangschikt en kans hebben om in het licht van de besteksbepalingen uitgenodigd te worden tot de volgende ronde van de onderhandelingsprocedure.

Dat de verwerende partij in dat geval met toepassing van artikel 1.2.10 van het bestek alsnog zou kunnen beslissen om slechts de beste twee geklasseerde inschrijvers toe te laten tot de volgende ronde indien de resultaten uit de eerste onderhandelingsronde dit wettigen, is een beslissing waar de Raad van State niet op mag vooruitlopen. Het motief in de gunningsbeslissing van het grote puntenverschil op grond waarvan slechts twee inschrijvers worden toegelaten tot de volgende ronde lijkt alvast niet meer op te gaan indien de verzoekende partij na herbeoordeling als derde zou worden gerangschikt met een kleiner puntenverschil ten opzichte van de eerste twee inschrijvers.

Ook de beweerde wijziging van het eerste gunningscriterium lopende de procedure aangevoerd in het kader van het tweede onderdeel van het eerste middel lijkt van aard om, indien het middelonderdeel ernstig zou worden bevonden, mogelijks de gehele gunningsprocedure aan te tasten.

In de mate dat de verwerende partij in haar exceptie wijst op de initiële rangschikking, gaat zij eraan voorbij dat het te dezen gaat om een onderhandelingsprocedure en het dus niet vaststaat dat deze rangschikking behouden blijft indien de verzoekende partij toch zou worden uitgenodigd tot de volgende ronde van de onderhandelingsprocedure. De verwijzing naar de door haar thans behaalde scores lijkt dan niet relevant aangezien in voorkomend geval door haar alsnog een BAFO-offerte zou kunnen worden ingediend.

10. De exceptie van gebrek aan belang bij het beroep tegen de gunningsbeslissing dient te worden verworpen.

V. Schorsingsvoorwaarden

11.1. 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.

11.2. 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.

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 de middelen

A. Eerste onderdeel van het eerste middel

Standpunt van de partijen

12. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 107 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), van artikel 5, 9°, 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: wet van 17 juni 2013), het *patere legem quam ipse fecisti* beginsel, het transparantiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur en de formelemotiveringsplicht.

In wat als een eerste onderdeel van dit middel kan worden beschouwd, voert de verzoekende partij in essentie aan dat uit de gunningsbeslissing slechts blijkt dat de verwerende partij twee methodes van beoordeling heeft toegepast voor het gunningscriterium prijs. De scenario’s gaan blijkbaar uit van (i) heel veel onderaanneming en (ii) heel veel eigen inbreng. Hoe deze scenario’s evenwel concreet invulling hebben gekregen en hoe zij werden toegepast, is geheel onduidelijk.

Evenmin is duidelijk met welke elementen, prijzen en eventuele parameters bij de beoordeling van het criterium rekening is gehouden.

Hoe de verwerende partij uiteindelijk toch tot een bepaalde score is gekomen is voor de verzoekende partij een absoluut raadsel.

De verzoekende partij wijst er op dat zij aldus op geen enkele wijze in de mogelijkheid wordt gesteld om na te gaan of de offertes op een consistente en gelijke wijze werden beoordeeld, zodat minstens de formelemotiveringsplicht is geschonden.

Het totaal gebrek aan motivering en toelichting bij de beoordelingsmethodiek, laat verzoekende partij evenmin toe na te gaan of deze wel een positieve evenredigheid inhoudt tussen de laagste bieding en de hoogste score, zoals nochtans vereist in de rechtspraak van de Raad van State.

Voorts merkt zij op dat de verwerende partij geen enkele inzage geeft in de scores per scenario, zodat de verzoekende partij geenszins kan nagaan of het verschil tussen beide scenario's wel zo gering is als de verwerende partij in de gunningsbeslissing beweert en zij wel in alle redelijkheid kon “opteren” voor het gemiddelde.

Ten slotte wijst zij er op dat de verwerende partij ook geen enkele inzage geeft in de prijzen zelf, niet in de eenheidsprijzen, maar zelfs niet in de totaalprijzen. In de mate dat de verwerende partij meent dat deze prijzen onder de vertrouwelijkheid van de offertes vallen, diende zij dit te motiveren, minstens diende zij een samenvatting weer te geven of de prijzen die vertrouwelijk zouden zijn onleesbaar te maken. In dit verband merkt zij ook op dat de opdracht werd geraamd op een bedrag van 2.700.000 euro, btw niet inbegrepen, bedrag waar de verzoekende partij zich naar heeft gericht bij de opmaak van haar offerte, terwijl uit de gunningsbeslissing blijkt dat de opdracht nu wordt geraamd op een bedrag van 4.300.000 euro, btw niet inbegrepen. Het is onduidelijk waarom het geraamde bedrag is opgetrokken. Indien deze bijstelling het gevolg is van een actualisatie tijdens de onderhandelingen en de raming dus is opgeschoven richting de partijen waarmee werd onderhandeld, kan het volgens de verzoekende partij toch niet dat de gekozen inschrijver nog steeds het meeste aantal punten zou krijgen voor de prijs.

Voor zover als nodig, en in de mate dat uit het administratief dossier of de nota van de verwerende partij zou blijken dat voor de beoordeling van dit gunningscriterium in werkelijkheid rekening werd gehouden met verschillende subgunningscriteria, moet volgens de verzoekende partij ook worden vastgesteld dat dit een schending uitmaakt van artikel 107 van het koninklijk besluit Plaatsing dat stelt dat voor opdrachten die de Europese drempel bereiken, de gunningscriteria en subgunningscriteria en hun weging moeten worden bekendgemaakt in het bestek.

13. De verwerende partij repliceert dat de verzoekende partij alleszins geen belang heeft bij het middel omdat indien zij het maximum van de punten zou behalen voor dit middel, dit niets aan de rangschikking zou wijzigen. Ook indien het eerste en tweede middel ernstig zouden worden bevonden, wijzigt dit hypothetisch mogelijk enkel de rangschikking tussen de derde en de vierde inschrijver.

Wat het ernstig karakter van het middel betreft, merkt zij op dat de raamovereenkomst een complexe opdracht is waar de juiste modaliteiten en wijze van prijsbepaling niet vooraf in het bestek kunnen worden vastgelegd, maar enkel in overleg met de inschrijvers kunnen worden uitgewerkt. De prijs kon volgens haar dan ook niet in de eerste ronde met een mathematische precisie worden bepaald ingevolge een reeks parameters die tijdens volgende onderhandelingsrondes zal worden bepaald.

Bij de beoordeling van het criterium prijs werd volgens de verwerende partij getoetst op het feit of bepaalde inschrijvers veel met onderaannemers zouden werken en dan ook op dit deel “fee” zou worden aangerekend. Omdat zulks geen merkbare invloed gaf op de prijzen, werd volgens haar uitgegaan van het gemiddelde.

De beoordelingsmethodiek was volgens de verwerende partij volkomen voorzienbaar voor de inschrijvers en in de geest van het bestek. De stelling dat het onmogelijk is het prijscriterium te beoordelen, gaat evenmin op omdat iedere inschrijver elementen moest aangeven voor de prijsberekening. Op

grond van deze elementen werd volgens de verwerende partij een rangschikking opgesteld.

Beoordeling

14. Wat de exceptie van gebrek aan belang bij dit middel betreft, kan worden verwezen naar hetgeen eerder reeds werd opgemerkt onder randnummers 9 en 10 aangaande de exceptie van gebrek aan belang bij de vordering.

De exceptie van gebrek aan belang bij het middel dient te worden verworpen.

15. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, 8°, *juncto* artikel 5, 9°, van de wet van 17 juni 2013 stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op “wanneer ze een opdracht gunt, ongeacht de procedure”, die “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” bevat.

De draagwijdte van de formelemotiveringsverplichtingen 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 toestaan te achterhalen waarom aan de offertes een bepaald aantal punten wordt toegekend, zodat achteraf elke inschrijver kan nagaan of de puntentoekenning rechtmatig is gebeurd.

16. In het bestek wordt het gunningscriterium “prijs” (50%) als volgt omschreven:

“Het gunningscriterium prijs zal worden beoordeeld aan de hand van

- Fee op onderaannemingen
- Fee op het op te leveren materiaal en plaatsing
- Regiekost op volgende onderdelen
 - Projectleiding
 - Werfleiding
 - Gespecialiseerde technieken

- o Efec & hvac
- o Arbeider”.

17. De beoordeling van het eerste gunningscriterium “prijs”, dat een weging van 50 % van de punten vertegenwoordigt, luidt als volgt:

“Prijs

Het gunningscriterium prijs wordt beoordeeld aan de hand van

- Fee op onderaannemingen
- Fee op het op te leveren materiaal en plaatsing
- Regiekost op volgende onderdelen
 - o Projectleiding
 - o Werfleiding
 - o Gespecialiseerde technieken
 - o Efec & hvac
 - o Arbeider”

Het is onmogelijk om vooraf cijfers te plakken op het bedrag van wat de inschrijver zelf doet, op de omvang van de onderaannemingen of op de regiekost voor coördinatie voor project- en werfleiding.

Daarom werden de bedragen en percentages die de inschrijvers opgeven, gebruikt in twee scenario’s, gaande van heel veel onderaanneming tot heel veel eigen inbreng.

Onderstaande score’s zijn een gemiddelde van die scenario’s. Het is opmerkelijk dat de resultaten van beide scenario’s weinig verschillen en duidelijk in dezelfde lijn liggen.

- Bruns 50/50
- Meyvaert 43/50
- Potteau 48/50
- Nüssli 40/50”.

18. Met deze beoordeling lijkt echter niet afdoende formeel gemotiveerd hoe tot de score van 43/50 is gekomen voor de verzoekende partij, noch tot de scores voor de offertes van de overige inschrijvers.

Zo lijkt immers louter de omschrijving van het gunningscriterium “prijs” zoals aangegeven in het bestek te worden herhaald. Vervolgens wordt de score van iedere inschrijver weergegeven, zonder vermelding van de “prijzen” (“fee”, regiekost) per post, noch eventuele totaalprijzen die in beschouwing werden genomen voor de vergelijking.

19. In de eerste plaats is aldus niet duidelijk welke beoordelingsmethodologie de verwerende partij heeft gehanteerd om tot deze puntenscores te komen. Er is slechts op zeer algemene wijze sprake van “twee scenario’s, gaande van heel veel onderaanneming tot heel veel eigen inbreng” en van het nemen van een “gemiddelde van die scenario’s”, zonder dat blijkt welke methode de aanbestedende dienst heeft gehanteerd om de offertes *in concreto* te beoordelen en te rangschikken.

Dergelijke verduidelijking omtrent de gehanteerde beoordelingsmethode, evenals de concrete beoordeling van de offertes met toepassing ervan, is overigens op het eerste gezicht evenmin terug te vinden in het administratief dossier.

Evenmin blijkt of de puntentoekenning te dezen louter steunt op de toepassing van een mathematische formule, hetgeen het ontbreken van een beschrijvende evaluatie bij een kwantitatief criterium mogelijks zou kunnen verantwoorden, dan wel of een andere beoordelingsmethodiek werd gehanteerd.

20. Uit de opmerking in de bestreden beslissing “twee scenario's, gaande van heel veel onderaanneming tot heel veel eigen inbreng” lijkt op het eerste gezicht overigens veeleer te kunnen worden afgeleid dat de beoordeling van het gunningscriterium “prijs” niet louter het gevolg was van de toepassing van een mathematische formule en dat de verwerende partij bij de beoordeling van dit criterium simulaties heeft gemaakt op grond van twee verschillende scenario’s met erg veel onderaanneming, enerzijds, en erg veel eigen inbreng, anderzijds, zonder in de gunningsbeslissing nadere gegevens op te nemen omtrent deze scenario’s die leiden tot de basis voor de prijsvergelijking.

De verwerende partij lijkt alsdan bij het bepalen van dergelijke scenario’s onmiskenbaar een beoordelingsvrijheid te hebben gehad die een stuk ruimer is dan het louter toepassen van een mathematische formule.

Om de punten gegeven op dit criterium te begrijpen, en om te kunnen nagaan of deze puntentoekenning rechtmatig is verlopen, diende de

bestreden beslissing bij gebrek aan relevante besteksbepalingen bijkomende uitleg te verschaffen over deze scenario's en over hoe de berekeningen werden gemaakt.

Aangezien het bestek zelf geen beoordelingsmethodologie vermeldt, lijkt dergelijke werkwijze evenmin “volkomen voorzienbaar voor de inschrijvers”, zoals de verwerende partij doet uitschijnen.

Ook het motief in de bestreden gunningsbeslissing dat de resultaten van beide scenario's weinig zouden verschillen en duidelijk in dezelfde lijn liggen, vindt geen ondersteuning in het neergelegde administratief dossier zodat dit niet verifieerbaar is voor de verzoekende partij, het auditoraat en de Raad.

21. Uit de gunningsbeslissing blijkt voorts ook niet op welke concrete gegevens de verwerende partij zich heeft gesteund om tot deze puntentoekenning voor het gunningscriterium “prijs” te komen. Dit lijkt evenmin te kunnen worden afgeleid uit het administratief dossier, zowel het niet-vertrouwelijke als het vertrouwelijke gedeelte, zoals het werd neergelegd.

22. Op grond van de motivering in de gunningsbeslissing lijkt de verzoekende partij bijgevolg zelfs haar eigen score niet te kunnen begrijpen.

23. Het verweer van de verwerende partij dat de raamovereenkomst een complexe opdracht is waar de juiste modaliteiten en wijze van prijsverantwoording niet vooraf in het bestek kunnen worden vastgesteld, is mogelijks van aard om het beroep op de onderhandelingsprocedure met bekendmaking te verantwoorden, doch ontheft de verwerende partij geenszins van de verplichting tot formele motivering van de gunningsbeslissing.

Zelfs indien er wordt van uitgegaan dat de door de inschrijvers opgegeven “fees” en regiekosten voor alle beoordelingselementen vermeld in het bestek vertrouwelijk zijn, hetgeen door de verwerende partij noch in de bestreden gunningsbeslissing, noch in de nota wordt aangevoerd, lijkt dit een ruimere motivering waarbij rekening wordt gehouden met het vertrouwelijk karakter van bepaalde gegevens, niet in de weg te staan. Hierbij moet ook worden bedacht dat

de verzoekende partij minstens het recht heeft inzicht te krijgen in de beoordeling van haar eigen offerte.

24. Het eerste onderdeel van het eerste middel is in de besproken mate dan ook ernstig aangezien de daarin beoogde formelemotiveringsverplichtingen lijken te zijn geschonden.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

25. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 107 van het koninklijk besluit Plaatsing, het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur en de formelemotiveringsplicht.

De verzoekende partij wijst erop dat het tweede gunningscriterium “Kwaliteit” wordt onderverdeeld in twee subgunningscriteria, zijnde “Globale aanpak” (35%) en “Marktkennis en lijst van preferred partners” (15%).

Het is volgens haar onduidelijk welke elementen in de woordelijke motivering in de bestreden gunningsbeslissing betrekking hebben op “aanpak” en welke op “partners”, zodat alleen reeds om die reden de formelemotiveringsplicht is geschonden.

Voorts is het haar geheel onduidelijk waarom zij slechts een score van 13,5/35 op “aanpak” krijgt toebedeeld, terwijl bijvoorbeeld inschrijver Nüssli waarvan de offerte in de woordelijke motivering nochtans zeer zwak scoort, toch 25/35 krijgt voor dit subgunningscriterium. Op geen enkele wijze blijkt wat het verschil van 11,5 punten rechtvaardigt.

Er blijkt volgens de verzoekende partij dan ook niet dat zij op gelijke voet is behandeld als inschrijver Nüssli.

De verzoekende partij meent belang te hebben bij dit middel omdat, zelfs in het geval dat de verzoekende partij slechts eenzelfde score zou zijn toebedeeld als inschrijver Nüssli, zij als derde gerangschikte met een score van 80/100 een reële kans zou hebben gehad om tot de onderhandelingen te worden uitgenodigd en zij dus haar kansen op het verkrijgen van de opdracht zou hebben vergroot.

26. De verwerende partij betwist opnieuw het belang van de verzoekende partij bij dit middel omdat indien het gegrond wordt bevonden, de verzoekende partij zelf aangeeft niet meer punten te kunnen hebben dan inschrijver Nüssli. In dat geval heeft zij nooit de kans om als eerste gerangschikt te worden.

Voorts merkt zij op dat de kritiek van de verzoekende partij zich beperkt tot de punten van de derde gerangschikte die evenmin tot de volgende onderhandelingsronde werd toegelaten.

De kritiek is volgens de verwerende partij bovendien onterecht omdat deze inschrijver enkel negatief scoorde voor vaagheid, timing en planning en zwijgzaam was over de wijze van samenwerking zodat er een vrees was dat input van Diva eerder beperkt zou zijn. Inschrijver Nüssli “had goede partners en een goede kennis”.

Uit de motivering van de gunningsbeslissing blijkt volgens de verwerende partij daarentegen dat de verzoekende partij enkel ‘milestones’ uit het bestek neemt voor planning, uitleg geeft over projectmethodiek en overleg doch werkt met zoveel partners dat vlotte coördinatie niet mogelijk is. Enkel voor vitrines en schrijnwerkerij was de offerte volgens de verwerende partij goed. De gevraagde aanpak voor grafische element, filmmateriaal (AV), facsimile en repro was vaag of ontbreekt.

Volgens de verwerende partij is zulks aldus een duidelijke motivering en tracht de verzoekende partij tracht zich een rad voor de ogen te draaien door ervan uit te gaan dat zij mogelijk evenveel punten kan behalen dan de derde gerangschikte terwijl zij op dit criterium zeer slecht presteerde en dank zij een goede offerte voor vitrines en schrijnwerkerij toch nog 13,5/35 haalde.

Wat de kritiek betreft, dat de verzoekende partij niet kan uitmaken of de motivering betrekking heeft op de aanpak en de partners, repliceert de verwerende partij dat de motivering duidelijk is omdat er twijfel is over de aanpak omwille van de veelheid aan partners en wat partners betreft, wordt duidelijk gesteld dat het team niet echt ervaren is omdat de betrokkenen uit diverse sectoren komen. Voorts werd het gelijkheidsbeginsel volgens haar geenszins geschonden aangezien de verzoekende partij op gelijke wijze werd behandeld als de drie andere inschrijvers.

Beoordeling

27. Wat de exceptie van gebrek aan belang bij dit middel betreft, kan worden verwezen naar hetgeen eerder reeds werd opgemerkt aangaande de exceptie van gebrek aan belang bij de vordering.

In tegenstelling tot wat de verwerende partij aanvoert in haar nota lijkt voorts de kritiek van de verzoekende partij in het hier besproken middel niet beperkt tot de punten die werden toebedeeld aan de derde gerangschikte inschrijver. Zij voert immers ook op algemene wijze aan dat het onduidelijk is welke elementen in de woordelijke motivering betrekking hebben op “aanpak” en welke op “partners”.

De exceptie van gebrek aan belang bij het middel dient te worden verworpen.

28. Het tweede gunningscriterium lijkt bij uitstek een kwalitatief inhoudelijk gunningscriterium. De aard van dit criterium lijkt er dan ook toe te leiden dat in beginsel een puntentoekenning niet volstaat als afdoende formele motivering.

29. Het gunningscriterium “kwaliteit” wordt in het bestek als volgt nader omschreven:

“kwaliteit	50%
o globale aanpak	35%

- o marktkennis en lijst van preferred partners 15%”.

Het gunningscriterium kwaliteit zal worden beoordeeld aan de hand van

- een nota over de algemene aanpak/methode van het project waarbij onderstaande zaken zeker aan bod komen:
 - o Planning + volgorde van de verschillende onderdelen
 - o suggestielijst van preferred partners (verschillende onderaannemingen/marktkennis
 - o Technische aandachtspunten
 - o Aangeven wat je zelf doet en wat niet
 - o Teamvoorstelling van de concrete personen die het project zullen uitvoeren
 - o (profielen/CV's projectleider, werfleider die de kwaliteit aangeven, etc...)
 - o Referentie vitrinekasten en werkwijze of plan van aanpak materiaalomschrijving vitrine voor delicaat en te beveiligen stuk met interne verlichting en klimatisatie.
 - o Plan van aanpak voor grafisch element bv. kleeftletters op muur
 - o Plan van aanpak voor te realiseren filmmateriaal bv. met een aangeduide juwelier en geboekte acteurs
 - o Plan van aanpak voor het maken van facsimile en reproducties
 - o Onderhoudsplan en contractvoorstel voor het algemeen technische luik (multimedia,verlichting/ beveiliging..)
 - o Plan van aanpak voor de presentatie (art handling) van enerzijds juwelen en
 - o anderzijds grote schilderijen, sculpturen en meubels”.

De beoordeling van dit gunningscriterium in de bestreden gunningsbeslissing luidt:

“Bruns volgt een duidelijk stappenplan, met een goed uitgewerkte timing. Bruns heeft heel veel van de nodige competenties zelf in huis en moet eigenlijk enkel voor AV beroep doen op partners. Het team is ervaren, reeds lang in dienst bij Bruns of andere bedrijven uit de sector. De aanpak voor vitrines, grafische elementen, facsimile en repro is concreet, met aandacht voor technische details. Van in het begin wordt rekening gehouden met onderhoud

De voorgestelde partners voor AV zijn van hoog niveau,

Voor art handling na te gaan hoe samenwerking loopt: en of voldoende creativiteit aanwezig is.

Score aanpak 27/35

Score partners 13,5/15

Meyvaert herneemt als planning enkel de milestones uit het bestek en werkt met een zeer grote lijst van preferred partners. De offerte behandelt in detail projectmethodiek en overleg, wat gezien het aantal partners zeker nodig is. Het blijft echter zeer twijfelachtig of met zoveel partners een vlotte coördinatie mogelijk is. Het team is niet echt ervaren in het kader van deze opdracht, verscheidene mensen komen uit andere sectoren. Enkel voor vitrines en schrijnwerkerij zit het wel echt goed. De gevraagde aanpak voor grafische elementen, AV, facsimile en repro blijft zeer vaag of ontbreekt. Bij de voorgestelde partners zitten er ongetwijfeld zeer goede, maar het zijn er veel te veel.

Score aanpak 13,5/35

Score partners 12/15

Potteau werkt een ambitieuze planning uit, misschien moeilijk haalbaar maar wel volledig gericht op 7 december. Potteau werkt zeer intensief met twee partners (mee in regie of is dat onderaanneming?) Het team is ervaren, weinig verloop. De aanpak voor grafiek, AV en facsimile is goed onder controle door één van de kernpartners. De partner voor art handling roept wel wat vragen op.

Score aanpak 30/35

Score partners 12/15

Nussli blijft heel vaag over de timing en de planning. Nussli heeft goede partners, maar geeft helemaal niet aan hoe de samenwerking verloopt. Blijkbaar ligt alles nog open en moet beslist worden als de opdracht binnen is. Nussli zegt alles te kunnen, heeft goede partners maar neemt geen engagement. Als Nussli de opdracht zou uitvoeren, is de input vanuit Diva eerder beperkt. Dit gaat voorbij aan het opzet van de opdracht als raamovereenkomst waarin de opdrachtgever samen met de opdrachtnemer op zoek gaat naar de beste prijs/kwaliteitsverhouding binnen het budget

Score aanpak 25/35

Score partners 12/15”.

30. Te dezen bevat de gunningsbeslissing, wat de beoordeling van het gunningscriterium “kwaliteit” betreft, dat op zijn beurt onderverdeeld wordt in twee subcriteria, met elk een afzonderlijke weging, per inschrijver een beschrijvende waardering voor het gehele gunningscriterium “kwaliteit”, gevolgd door de toegekende puntenscores voor de subcriteria “globale aanpak” (35%) en “Marktkennis en lijst van preferred partners” (15 %).

Daarbij lijken diverse motieven die verwijzen naar partners op het eerste gezicht betrekking te kunnen hebben op beide criteria. Het lijkt dan ook niet duidelijk of de verwerende partij deze motieven in aanmerking heeft genomen

om tot de puntenscore te komen voor het eerste subgunningscriterium, het tweede subgunningscriterium, dan wel voor de beide criteria. Ook lijkt niet duidelijk te zijn welke motieven specifiek betrekking hebben op het aspect marktkennis, vervat in het tweede subgunningscriterium.

In het licht van het voorgaande lijkt te moeten worden besloten dat te dezen geen klare band vaststaat tussen, eensdeels, de in woorden uitgedrukte beoordelingen, en, anderdeels, de punten gegeven bij elk subgunningscriterium.

31. Bovendien blijkt op het eerste gezicht op grond van de motieven weergegeven in de bestreden gunningsbeslissing, evenmin waarom aan inschrijver Nüssli een score voor aanpak van 25/35 wordt toegekend, terwijl de verzoekende partij slechts een score van 13,5/35 behaalt.

De motivering met betrekking tot de offerte van de verzoekende partij bevat een aantal positieve en een aantal negatieve beoordelingen. De motivering met betrekking tot de offerte van inschrijver Nüssli, lijkt daarentegen, behoudens de erkenning dat zij over goede partners beschikt, hetgeen dus veeleer betrekking lijkt te hebben op het tweede subgunningscriterium, in essentie negatieve beoordelingen te bevatten in de zin dat deze inschrijver heel vaag blijft over de timing en planning, niet aangeeft hoe de samenwerking met de partners verloopt, geen engagement neemt en niet laat blijken veel plaats te laten voor overleg en samenwerking met Diva.

Op het eerste gezicht blijkt uit de formele motivering in de bestreden beslissing dan ook niet wat het puntenverschil van 11,5 punten op het eerste subgunningscriterium voor beide inschrijvers rechtvaardigt.

32. Ook het tweede middel lijkt dus ernstig in de mate dat een schending van de formelemotiveringsplicht wordt aangevoerd.

VII. Besluit en kosten

33. Aangezien het eerste onderdeel van het eerste middel en het tweede middel in de besproken mate ernstig werden bevonden, dient het tweede

onderdeel van het eerste middel, dat betrekking heeft op de beweerde onmogelijkheid om het prijscriterium te beoordelen en de beweerde wijziging van het gunningscriterium prijs, in de huidige stand van het geding vooralsnog niet te worden onderzocht.

34. De verzoekende partij vordert tevens de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing in de mate dat de opdracht niet aan haar wordt gegund.

Zij maakt echter niet aannemelijk dat te dezen het uitzonderlijke geval voorligt waarin de Raad van State daartoe zou moeten besluiten, meer bepaald dat de gunning aan haarzelf diende te zijn toegekend, zonder dat de verwerende partij daaromtrent nog enige keuze had.

De ingeroepen middelen, ook het ernstig bevonden middel-onderdeel en middel, hebben die draagwijdte niet aangezien ze in essentie enkel kritiek lijken in te houden op de formele motivering van de bestreden gunningsbeslissing en een beweerde wijziging van het gunningscriterium prijs.

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

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van het besluit van het directiecomité van het Autonoom Provinciebedrijf Museum voor Edelsmeedkunst, Juwelen en Diamant van 6 april 2017 houdende de gunning van de “raamovereenkomst voor de inrichting (Total Fit Out) van DIVA [...] aan Bruns bv te Bergeijk, Nederland”, voor een bedrag van 4.500.000 euro, btw niet inbegrepen.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 mei 2017,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest