

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 238.772 van 4 juli 2017
in de zaak A. 222.415/XII-8390**

In zake: de NV PRAXAIR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Paul Soens
kantoor houdend te 1932 Sint-Stevens-Woluwe (Zaventem)
Leuvensesteenweg 369
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de UNIVERSITEIT GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Luk De Schrijver
kantoor houdend te 9090 Melle
Brusselsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partijen:

1. de NV AIR LIQUIDE BENELUX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Annebelle Bruyndonckx en Michael Bulckaert
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 143/6
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. de NV AIR PRODUCTS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Geert Van Grieken
kantoor houdend te 1180 Brussel
Vossendreef 6/3
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Vande Castele

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 15 juni 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 18 mei 2017 van de verwerende partij waarbij de opdracht met betrekking tot de raamovereenkomst ‘levering van gassen’ (met kenmerk 160FF015) voor wat perceel 1 betreft wordt toegewezen aan Air Liquide Benelux en niet aan de [de nv Praxair], voor wat perceel 3 betreft wordt toegewezen aan Air Products en niet aan [de nv Praxair] en voor wat perceel 4 betreft wordt toegewezen aan Linde Gas Belgium en niet aan [de nv Praxair]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met verzoekschriften van 22 juni 2017 hebben de nv Air Liquide Benelux en de nv Air Products gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 juni 2017, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Floor Ketels, die *loco* advocaat Paul Soens verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Luk De Schrijver, die verschijnt voor de verwerende partij, advocaat Michael Bulckaert, die verschijnt voor de eerste tussenkomende partij, en advocaten Philippe Vande Castele en Sam Denijn, die *loco* advocaat Geert Van Grieken verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 levering van gassen. Het gaat om een opdracht tegen prijslijst. De gekozen gunningswijze is de open offerteaanvraag.

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

3.3. Het bijzonder bestek met referentienummer 16OFF015 is van toepassing op deze opdracht.

De opdracht bestaat blijkens het bestek uit vier percelen:

- Perceel 1: gassen in gasflessen;
- Perceel 2: cryogene gassen;
- Perceel 3: helium gasvormig;
- Perceel 4: helium cryogeen.

De inschrijvers mogen één of meer percelen kiezen waarvoor zij een offerte wensen in te dienen. Voor elk gekozen perceel wordt een afzonderlijke offerte ingediend. Een inschrijver mag in zijn offerte aangeven welke extra prijskorting hij toekent wanneer twee, drie of vier percelen aan hem worden gegund.

Bij het bestek is een inventarislijst in excel-bestandsformaat gevoegd.

Onder rubriek “draagwijdte van de offerte” bepaalt het bestek nog onder meer het volgende:

“Iedere vergissing, vergetelheid, onnauwkeurigheid of onduidelijkheid in het bijzonder bestek en de bijgevoegde documenten, die bij de inschrijver twijfel doet rijzen in functie van het opstellen van de offerte, of die het goede resultaat van de opdracht kan schaden of later aanleiding kan geven tot geschillen, moet onmiddellijk schriftelijk worden gesignaleerd.

Door het indienen van een offerte erkent de inschrijver een perfecte kennis te hebben van het risico of de toevalligheden die verbonden zijn met de uitvoering van de opdracht. Hij mag geen fout of onnauwkeurigheid aanvoeren die te wijten is aan een slechte kennis van de omvang van de prestatie om de overeenkomst in vraag te stellen of een wijziging ervan te vragen.

Indien de inschrijver geen opmerkingen heeft geformuleerd, is de interpretatie van de UGent doorslaggevend.”

3.4. Op 6 maart 2017 worden de offertes geopend. Vier inschrijvers hebben diverse offertes ingediend voor de vier percelen van de opdracht. De verzoekende partij dient enkel voor de percelen 1, 3 en 4 offertes in.

3.5. Op 18 mei 2017 neemt de verwerende partij de thans bestreden gunningsbeslissing, die ook meteen het gunningsverslag in zich draagt.

De vier inschrijvers worden allen toegelaten en geselecteerd. Uit het regelmatigheidsonderzoek blijkt dat geen enkele offerte als substantieel onregelmatig wordt geweerd. Wel wordt ten aanzien van de offertes van de verzoekende partij telkens een relatieve onregelmatigheid vastgesteld betreffende het niet-aanbieden van een “desktop delivery service”.

Vervolgens worden de offertes getoetst aan de hand van de gunningscriteria. Voor de drie percelen waarvoor de verzoekende partij een offerte heeft ingediend luidt de toetsing aan het prijs criterium als volgt:

“Perceel 1

Prijs (50 punten)

De inschrijver die het gunstigst beantwoordt aan dit criterium zal voor dit criterium het maximumaantal punten krijgen. De puntentoekenning zal per productnummer als volgt worden berekend:

(Gunstigste gegeven/gegeven van de te beoordelen inschrijver) * max. punten

De punten worden herleid naar een score op 50.

Air Products	Air Liquide	Linde Gas	Praxair
25,86	42,22	32,37	29,03

[Er volgen nog enkele gelijkaardige tabellen met licht variërende puntentoekenningen rekening houdende met kortingen van de diverse inschrijvers. Deze worden, aangezien ze hierna niet relevant zijn, niet hernomen.]

[...]

Perceel 3

Prijs (50 punten)

De beoordelingswijze van het criterium prijs is voor alle percelen dezelfde.

Air Products	Air Liquide	Linde Gas	Praxair
50,00	31,98	49,88	45,84

[Ook bij dit perceel volgen nog enkele gelijkaardige tabellen met licht variërende puntentoekenningen rekening houdende met kortingen van de diverse inschrijvers. Deze worden, aangezien ze hierna niet relevant zijn, niet hernomen.]

[...]

Perceel 4

Prijs (50 punten)

De beoordelingswijze van het criterium prijs is voor alle percelen dezelfde.

Air Products	Linde Gas	Praxair
33,08	50,00	37,75

[Ook bij dit perceel volgen nog enkele gelijkaardige tabellen met licht variërende puntentoekenningen rekening houdende met kortingen van de diverse inschrijvers. Deze worden, aangezien ze hierna niet relevant zijn, niet hernomen.]”.

De gunningsbeslissing geeft vervolgens een totaaloverzicht van de puntentoekenning.

Er wordt beslist om de opdracht te gunnen aan de nv Air Liquide Benelux voor perceel 1, de nv Air Products voor perceel 3 en de nv Linde Gas Belgium voor perceel 4.

Dit is de thans bestreden beslissing.

3.6. Met een aangetekend schrijven en een e-mailbericht van 31 mei 2017 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de gemotiveerde gunningsbeslissing.

IV. Tussenkoms

4. De nv Air Liquide Benelux en de nv Air Products blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moeten hun verzoeken tot tussenkoms worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. In haar nota betwist de verwerende partij de ontvankelijkheid van de vordering. Ook de tussenkomende partijen doen in hun verzoekschrift excepties gelden. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zouden alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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.

VII. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in een enig middel de schending aan van “de artikelen 5 en 25 van de wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten [...]; de artikelen 4, lid 1, 8° en 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 [...]; de artikelen 2 en 3 (in samenhang gelezen met de definities van artikel 1) van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen; de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het motiveringsbeginsel, dat

o.m. de vereiste omvat dat overheidsbeslissingen op in feite juiste en in rechte pertinente motieven dienen te zijn gesteund, en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

7.1. In wat als een eerste middelonderdeel mag worden beschouwd doet de verzoekende partij gelden dat het bestek een tegenstrijdigheid bevat in de omschrijving van het prijscriterium. Enerzijds wordt immers gesteld dat de score berekend wordt op grond van een totaalprijs, terwijl, anderzijds, de punten-toekenning per productnummer zal worden berekend. Dit laatste is volgens de verzoekende partij ook logisch, nu het een opdracht tegen prijslijst en niet tegen globale prijs betreft. Uit de bestreden beslissing kan evenwel niet worden afgeleid op welke wijze de verwerende partij tot de toegekende punten per inschrijver is gekomen. Er kan niet worden afgeleid wat de eenheidsprijs per productnummer is noch op welke wijze tot de toegekende punten is gekomen, nu ook geen opgave wordt gedaan van een globale prijs of enige andere prijs die gehanteerd werd bij de puntentoeckenning. Wanneer de opgegeven eenheidsprijzen louter zouden zijn opgeteld, dan volgt daaruit niet noodzakelijk dat de laagste opgetelde totaalprijs ook de goedkoopste en de economisch voordeligste zou zijn. Ten gevolge van het gebruik van eenheidsprijzen kan dit enkel worden uitgemaakt per product of door de toepassing van vermoedelijke hoeveelheden per product, waarna een totaalprijs voor alle producten wordt berekend. Dit is echter niet gebeurd, of kan alleszins niet worden achterhaald aan de hand van de bestreden beslissing.

De gehanteerde werkwijze heeft volgens de verzoekende partij tot gevolg dat voor het gunningscriterium prijs niet – althans niet met zekerheid – de economisch voordeligste offerte werd gekozen, maar ook dat geen objectieve vergelijking tussen de offertes mogelijk is. Aangenomen dient te worden dat het prijscriterium een absoluut objectief criterium is dat enkel betrekking kan hebben op de situatie waarin een totaalprijs in de offertes is vermeld of waarin de totaalprijs kan worden vastgesteld door toepassing van een op voorhand in het bestek bepaalde rekenkundige formule aan de hand van de gegevens vermeld in de offertes van de inschrijvers zonder dat aan de aanbestedende overheid enige beoordelingsvrijheid wordt gelaten. In de offertes is geen opgave gedaan van totaalprijzen. Evenmin bevat het bestek een rekenkundige formule die toelaat om

aan de hand van de gegevens vermeld in de offerte van de inschrijvers, een totaalprijs te berekenen.

7.2. In wat als een tweede middelonderdeel kan worden beschouwd wijst de verzoekende partij erop dat in de bestreden beslissing louter melding wordt gemaakt van de puntenscore “zonder dat de in ogenschouw genomen (eenheids)prijzen of totaalprijs worden vermeld”. Dit kan niet worden beschouwd als een afdoende motivering met betrekking tot de beoordeling en de vergelijking van de prijzen van de diverse offertes voor de verschillende percelen van de opdracht. De loutere mededeling van een puntenscore is des te kwalijker, aldus de verzoekende partij, nu uit geen enkel element blijkt op welke wijze de aanbestedende overheid te werk is gegaan om tot een bepaalde totaalprijs te komen en in de bestreden beslissing geen (eenheids)prijzen en zelfs geen totaalprijs per inschrijver per perceel is vermeld. De verzoekende partij is dan ook in de volkomen onmogelijkheid om de toegekende punten te verifiëren. De verwerende partij diende te motiveren op welke wijze het criterium ‘prijs’ precies werd ingevuld bij de vergelijking van de offertes, hetgeen erop neerkomt dat opgave diende te worden gedaan van de prijscomponenten waarmee bij de vergelijking rekening werd gehouden en hoe de berekeningen gemaakt werden. De verwerende partij heeft nagelaten een dergelijke opgave te doen, waardoor het voor de verzoekende partij onmogelijk is om na te gaan welke prijzen de verwerende partij in aanmerking heeft genomen. Voor de verzoekende partij is het dan ook onmogelijk om na te gaan of de bestreden beslissing wel op grond van de juiste feitelijke gegevens werd genomen.

Voorts wijst de verzoekende partij erop dat in de excel-lijst die de inschrijvers als inventaris dienden te hanteren, geen opgave van enige totaalprijs werd gevraagd – maar louter eenheidsprijzen per product – en dat deze excel-lijst zelfs op geen enkele wijze is beveiligd, waardoor deze na de indiening ervan wijzigingen kan ondergaan. Aldus heeft de verwerende partij niet de nodige zorgvuldigheid aan de dag gelegd bij de voorbereiding van het dossier.

Beoordeling

8. Het eerste middelonderdeel bevat een eerste grief, die steunt op de veronderstelling dat het bestek in de omschrijving van het prijscriterium een tegenstrijdigheid zou bevatten, aangezien er wordt verwezen naar een puntenberekening aan de hand van een totaalprijs, terwijl er tevens wordt gesteld dat de puntentoekenning per productnummer zal worden berekend.

Er dient te worden vastgesteld dat de huidige opdracht blijkens het bestek een opdracht tegen prijslijst betreft in de zin van artikel 2, 5°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing). Krachtens deze bepaling is een opdracht tegen prijslijst “de opdracht waarbij de eenheidsprijzen voor de verschillende posten forfaitair zijn en de hoeveelheden, voor zover er hoeveelheden voor de posten worden bepaald, vermoedelijk zijn of worden uitgedrukt binnen een vork”.

Het bestek bepaalt over de wijze van prijsbepaling:

“In de eenheidsprijzen van deze opdracht voor leveringen zijn, conform artikel 19 §2 K.B. 15.07.2011, inbegrepen, alle kosten, metingen en prestaties die inherent zijn aan de uitvoering van de opdracht, met uitzondering van de btw, hetzij desgevallend met name:
[Er volgt een opsomming van negen elementen]

De gecontracteerde ondernemer zal gassen leveren voor een volledig inclusief prijs per leveringsvorm, zoals aangegeven in het inventaris van dit bestek. De Universiteit Gent betaalt dus geen andere kosten dan de prijs voor de leveringsvorm aangegeven in het inventaris. De enige uitzonderingen hierop zijn:

- spoedkosten in het geval de Universiteit Gent om een spoedlevering vraagt.
- desk-top-delivery + aansluiting aan toestel ingeval de Universiteit Gent dit vraagt. Het gas wordt in het juiste ‘lokaal’ geleverd en aangesloten op het gewenste toestel.”

Het bestek geeft onder meer de volgende toelichting bij de inventaris die de inschrijvers dienen in te vullen:

“De tarieflijst dient zo opgebouwd te zijn dat de UGent het standaardtarief kan aflezen en de korting die aan de UGent wordt toegekend. Een all-in

tarief wordt geleverd conform artikel 1.5 in dit bestek [d.i. het voorgaande citaat].”

Wat betreft het gunningscriterium ‘prijs’ bepaalt het bestek ten slotte het volgende:

“De inschrijver dient het inventaris nauwkeurig alle velden in te vullen. De score wordt berekend op basis van de totaalprijs van de inventaris waarin alle kosten begrepen zijn, de leverancier wordt geacht in zijn eenheidsprijzen alle kosten en heffingen (all-in prijs) die op de levering wegen te hebben inbegrepen, met name alle kosten voor het ter plaatse franco leveren voor ‘achter de eerste deur’, inclusief verpakking, vervoer, laden, lossen, verzekering, vertolling, arbeidsuren, wissel-stukken, staangeld of huur van de fles, leeggoed en milieuheffing. Racks worden steeds zonder extra kost gekoppeld door de leverancier.

De Universiteit Gent betaalt dus geen andere kosten dan de prijs voor de leveringsvorm aangegeven in het inventaris. De enige uitzondering hierop zijn:

- spoedkosten in het geval de Universiteit Gent om een spoedlevering vraagt.
 - Desk-top-delivery + het bij levering koppelen van de gasfles aan toestel ingeval de Universiteit Gent dit vraagt. Hier wordt het gas in het juiste ‘lokaal’ geleverd en aangesloten op het gewenste toestel (of eventuele andere aansluiting).
- (deze worden beoordeeld onder hun gunningscriterium kwaliteit van de dienstverlening).

De gecontracteerde Ondernemer zal gassen leveren zoals aangegeven op de bestelbon. De goederen worden afgeleverd in de door Universiteit Gent aangewezen ruimten/locaties. Het dient in alle omstandigheden voor de UGent-Klant duidelijk te zijn welke kosten, waarvoor aangerekend worden.

Bij de offerte dient eveneens een volledige prijslijst gevoegd te worden van alle gassen die de leverancier kan bieden, met daarop de voor UGent geldende prijzen. De offerte vermeldt duidelijk de huidige prijs, het kortingspercentage en de uiteindelijke ALL-In prijs incl. kortingen van de specifiek opgegeven gassen.

Een leverancier kan een extra korting aanbieden die hij toekent wanneer hij meer dan één perceel binnenhaalt.

De inschrijver die het gunstigst beantwoordt aan dit criterium zal voor dit criterium het maximum aantal punten krijgen. De puntentoekenning zal verder als volgt worden berekend:

(gunstigste gegeven/gegeven van de te beoordelen inschrijver)*max. punten”.

Er kan nog worden opgemerkt dat het bestek slechts éénmaal melding lijkt te maken van een “totaalprijs” en dat is in het voorgaande citaat.

Deze vermelding van een “totaalprijs” dient echter te worden gelezen, in het licht van het gehele bestek en de aard van de opdracht, als een opdracht tegen prijslijst, namelijk een opdracht waarbij de focus ligt op de eenheidsprijzen. Uit de hiervoor aangehaalde passages van het bestek blijkt reeds op het eerste gezicht duidelijk dat de verwerende partij voor de huidige opdracht belang hecht aan het verkrijgen van zogenaamde “all-in” prijzen van de inschrijvers, namelijk eenheidsprijzen waar alle mogelijke kosten verbonden aan de levering van de betrokken gassen reeds in vervat zijn, behoudens de twee uitzonderingen waarin het bestek uitdrukkelijk voorziet.

Hoewel het begrip “totaalprijs”, buiten deze context genomen, misschien verwarring zou kunnen wekken, lijkt de vermelding van dit begrip in de omschrijving van het prijscriterium juist een verwijzing te betreffen naar het voornoemde all-in eenheidsprijzenconcept dat van de inschrijvers wordt verwacht in het kader van de huidige opdracht. Het lijkt in elk geval niet dat de verwerende partij bij het omschrijven van het prijscriterium de bedoeling had om af te wijken van haar keuze voor een opdracht tegen prijslijst en nu van de inschrijvers tezelfdertijd zou verlangen dat zij een totaalprijs per perceel in de eigenlijke zin van het woord zouden opgeven. In dit verband kan er op worden gewezen dat de bij het bestek gevoegde inventarissen, die de inschrijvers voor elk perceel dienden in te vullen, geen veld bevatten voor het opgeven van een dergelijke totaalprijs als dusdanig, dit is een prijs voor alle posten van het betrokken perceel van de opdracht. Geen enkele andere inschrijver lijkt overigens deze eenmalige vermelding van een “totaalprijs” te hebben opgevat in de zin zoals de verzoekende partij dat te dezen lijkt te doen.

9. Bijgevolg moet de vermelding “totaalprijs”, in de huidige stand van het geding, worden beschouwd als betrekking hebbend op de totale

eenheidsprijs per gevraagd product met inbegrip van alle mogelijke kosten en kortingen.

In die zin dient te worden vastgesteld dat het bestek *prima facie* niet de tegenstrijdigheid bevat die de verzoekende partij in dit middelonderdeel doet gelden.

De eerste grief van het eerste middelonderdeel dient dan ook als niet ernstig te worden verworpen.

10. De tweede grief die door de verzoekende partij in het eerste middelonderdeel wordt aangevoerd, namelijk dat uit de bestreden beslissing niet kan worden afgeleid op welke wijze de verwerende partij bij de prijsbeoordeling tot de toegekende punten per inschrijver is gekomen, mist reeds op het eerste gezicht feitelijke grondslag.

In de bestreden beslissing wordt immers uitdrukkelijk als volgt gemotiveerd:

“Perceel 1

Prijs (50 punten)

De inschrijver die het gunstigst beantwoordt aan dit criterium zal voor dit criterium het maximumaantal punten krijgen. De puntentoekenning zal per productnummer als volgt worden berekend:

(Gunstigste gegeven/gegeven van de te beoordelen inschrijver) * max. punten

De punten worden herleid naar een score op 50.”

Bij de beoordeling van de overige percelen vermeldt de gunningsbeslissing telkens: “De beoordelingswijze van het criterium prijs is voor alle percelen dezelfde.”

Uit de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij de punten ook daadwerkelijk op deze manier heeft berekend en daarbij *prima facie* niet onjuist te werk is gegaan, noch te werk is

gegaan op de wijze die de verzoekende partij wil doen uitschijnen in het verzoekschrift. Het lijkt aldus niet dat de verwerende partij, in weerwil van het bestek, toch een “totaalprijs” zou hebben berekend in de zin waarin de verzoekende partij dat begrip lijkt in te vullen. De verwerende partij lijkt integendeel wel degelijk tot de toegekende punten te zijn gekomen door toepassing van de op voorhand in het bestek bepaalde rekenkundige formule op de eenheidsprijzen vermeld in de offertes van de inschrijvers, telkens per gevraagd product, en heeft deze individuele puntenscores per product vervolgens samengeteld en herleid naar een globale score op 50. Het lijkt niet dat de verwerende partij daarbij enige niet geoorloofde beoordelingsvrijheid zou hebben aangewend, noch dat zij het gunningscriterium heeft toegepast of geïnterpreteerd op een wijze die de inschrijvers niet konden verwachten op zicht van het bestek. Er blijkt alleszins niet op het eerste gezicht dat de verwerende partij niet op rechtsgeldige wijze de economisch voordeligste offerte voor het gunningscriterium ‘prijs’ zou hebben bepaald.

De tweede grief van het eerste middelonderdeel dient aldus als niet ernstig te worden verworpen.

11. Het eerste middelonderdeel dient te worden verworpen.

12. In het tweede middelonderdeel doet de verzoekende partij gelden dat het louter vermelden van een puntenscore zonder de eenheidsprijzen niet kan worden beschouwd als een afdoende motivering.

De verwerende partij brengt daar in haar nota tegen in dat zij de eenheidsprijzen niet bekend mag maken in de motivering wegens de op haar rustende plicht tot vertrouwelijke behandeling van de offertes overeenkomstig artikel 11 van de in het middel vermelde wet van 15 juni 2006.

Uit de bestreden beslissing blijkt dat de verwerende partij daarin toelicht hoe zij tot de daarin vermelde puntenscores voor het prijscriterium is gekomen, namelijk door toepassing van de in het bestek opgenomen rekenformule en herleiding tot een score op 50 punten. Aldus dient te worden vastgesteld dat de

motivering in de bestreden beslissing verder gaat dan het louter vermelden van een puntentoeckenning, zonder meer. Zoals reeds vastgesteld bij de beoordeling van het eerste middelonderdeel lijkt uit het vertrouwelijk deel van het administratief dossier bovendien te moeten worden afgeleid dat de verwerende partij deze werkwijze ook daadwerkelijk heeft toegepast op de offertes.

De verzoekende partij legt in dit middelonderdeel dus in wezen de vraag voor aan de Raad van State, of de verwerende partij de eenheidsprijzen van de inschrijvers diende bekend te maken in de motivering van de bestreden beslissing. Het lijkt, in de huidige stand van het geding, dat deze vraag ontkennend dient te worden beantwoord. De verzoekende partij verduidelijkt niet waarom te dezen de eenheidsprijzen niet als bedrijfsgevoelige vertrouwelijke informatie zouden mogen worden aangemerkt. Zij heeft overigens haar eigen offerte als een vertrouwelijk stuk neergelegd en daarbij uitdrukkelijk gewezen op het feit dat de openbaarmaking daarvan – en dus onder meer van de daarin vervatte eenheidsprijzen – haar rechtmatige commerciële belangen en de eerlijke mededinging zou schaden. Aldus lijkt de verzoekende partij zelf het essentieel vertrouwelijk karakter van de betrokken eenheidsprijzen te bevestigen, minstens is haar argumentatie gevitieerd met een innerlijke tegenstrijdigheid. In dat licht kan dan ook worden vastgesteld dat, *prima facie*, de verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing niet onrechtmatig handelde door in de motivering ervan niet de eenheidsprijzen van alle inschrijvers voor alle percelen zonder meer vrij te geven, zoals de verzoekende lijkt aan te nemen in dit middelonderdeel. Dergelijke handelwijze zou op het eerste gezicht, zoals de verwerende partij doet gelden, niet verenigbaar zijn geweest met artikel 11 van de meer vermelde wet van 15 juni 2006.

De verzoekende partij betoogt in het tweede middelonderdeel nog dat de loutere mededeling van een puntenscore niet volstaat omdat uit geen enkel element blijkt op welke wijze de aanbestedende overheid te werk is gegaan om tot een bepaalde totaalprijs te komen en dat de verwerende partij diende te motiveren op welke wijze het criterium ‘prijs’ precies werd ingevuld bij de vergelijking van de offertes. Hieromtrent kan worden verwezen naar het onderzoek van het eerste middelonderdeel, waarbij reeds werd vastgesteld dat de verwerende partij te dezen juist geen gebruik heeft gemaakt van een totaalprijs per perceel en dat de toegepaste werkwijze bij de prijsvergelijking wel degelijk is opgenomen in de bestreden beslissing.

Ten slotte maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat de niet-beveiliging van het excel-bestand met de inventaris – waarvan zij overigens niet het bewijs levert – de wettigheid van de bestreden beslissing zou aantasten. Uit het vertrouwelijk deel van het administratief dossier blijkt alleszins op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij bij de beoordeling van de offertes rekening zou hebben gehouden met gewijzigde inventarissen, noch dat de verwerende partij zelf wijzigingen aan de inventaris zou hebben aangebracht. De onzorgvuldige handelwijze, die de verzoekende partij aan de verwerende partij verwijt, blijkt aldus niet uit het administratief dossier, minstens wordt deze niet afdoende aangetoond.

Ook het tweede onderdeel van het enig middel dient als niet ernstig te worden verworpen.

13. Het enig middel dient in zijn beide onderdelen te worden verworpen als niet ernstig.

VIII. Besluit en kosten

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

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

Het verzoek van de nv Air Products om de verzoekende partij “te veroordelen tot betaling van het rolrecht en een rechtsplegingsvergoeding van 700 €” wordt niet ingewilligd. Een tussenkomende partij dient in principe immers zelf de kosten van haar tussenkomt te dragen. De nv Air Products voert geen redenen aan waarom dat te dezen anders zou dienen te zijn. Voorts heeft de wetgever in artikel 30/1, § 2, laatste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State de tussenkomende partijen uitdrukkelijk uitgesloten van het verkrijgen van een rechtsplegingsvergoeding.

BESLISSING

1. De verzoeken van de nv Air Liquide Benelux en de nv Air Products tot tussenkomst worden ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op een rolrecht van 300 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 4 juli 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