

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 247.070 van 18 februari 2020
in de zaak A. 221.482/XII-8313**

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

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Defensie

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 31 maart 2017, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van 24 januari 2017 van de bevoegde ordonnateur van het Ministerie van Defensie om de opdracht ‘Meerjarige overeenkomst (2017-2018) tegen prijslijst betreffende de levering van zuivel, oliën & vetten, bake-off-, diepvries- en aardappelproducten aan de cateringdiensten van Defensie’ op basis van het bestek MRMP-S/AC Nr 17SC100 aan de bvba Java te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 237.623 van 10 maart 2017 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

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

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 november 2019.

Staatsraad Patricia De Somere heeft de stand van de zaak uiteengezet.

Advocaat Barteld Schutyser, die verschijnt voor de verzoekende partij en onderluitenant Pieter-Jan Tuts, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

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

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

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

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bestek met referentie MRMP-S/AC Nr 17SC100, en wordt gegund bij wijze van een open offerteaanvraag.

Onder punt “2. De overheidsopdracht, g. Type van prijsvaststelling en gebruik van percelen, (1) Inzake de prijsvaststelling” wordt in het bestek bepaald:

“Deze overheidsopdracht is een opdracht tegen prijslijst:

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

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

(c) De Leidende Ambtenaren zijn verplicht een aantal producten te verwerven in het kader van deze overeenkomst. Deze producten werden gegroepeerd in vijf groepen als volgt:

- DEEL A: zuivel, oliën & vetten
- DEEL B: bake-off producten
- DEEL C: diepvriesproducten
- DEEL D: koekjes
- DEEL E: aardappelproducten

Daarnaast kan elke kwartiermess ook andere producten uit andere productgroepen die de contractant in zijn gamma aanbiedt afnemen binnen de voorwaarden van het contract.”

Onder punt “7. Gunningscriteria, a. Keuze van de economisch voordeligste offerte, (1) gunningscriteria van rang 1 met hun ponderatie”, worden voor de vier percelen als criteria bepaald: de prijs voor 60% en de logistieke waarde voor 40%. Voorts wordt onder “(2) gunningscriteria van rang 2 met hun ponderatie”, bepaald:

“(a) Prijs

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

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

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

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

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

Blijkens Aanhangsel 1 “Inventaris” aan de Bijlage A van het bestek dienen de inschrijvers voor 102 omschreven producten -onderverdeeld in sub-productgroepen- uit de vijf productgroepen te bevestigen of deze al dan niet in hun gamma zijn opgenomen, en voorts “Alle nuttig geachte informatie of opmerkingen: Referentie in de catalogus, artikelnummer, merk, label, enz.” op te geven.

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

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

3.6. Op 22 november 2016 wordt de opdracht gegund aan de bvba Java. In de zaak bekend onder het rolnummer A 220.913/XII-8270 vordert de verzoekende partij de schorsing van de tenuitvoerlegging van deze gunningsbeslissing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

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

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

Onder punt “4. Analyse van de offertes, c. Evaluatie van de regelmatige offertes, (4) Prijsvergelijking”, wordt gesteld:

“[...]

(b) Abnormale prijzen

(i) Offertes en bedragen in aanmerking genomen

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

(ii) Eenheidsprijzen of globale prijzen

o Analyse:

De aangeboden prijzen zijn ingediend in een omgeving van mededinging. Op basis van de gegevens bekomen tijdens de marktprospectie en gezien de vergelijking van de offertes hierboven, kunnen we de aangeboden prijzen als normaal en aanvaardbaar beschouwen.

o Besluit

Alle firma’s hebben een regelmatige offerte ingediend.

(iii) Totale prijzen Prijs (EURO, excl BTW

SOLUCIOUS Percelen 1, 2, 3 en 4:	9.971,58
BIDVEST Percelen 1, 2, 3 en 4:	9270,57
JAVA Percelen 1, 2, 3 en 4:	2.148,17

[...]

(5) Eindrangschikking van de offertes

(a) Resultaten van de evaluatie (zie onderstaande tabel): De som van **VT*** (tabel in Par

4 c (3) (a) en Vp* (tabel in Par 4 c (4) (c)).

*VT = Behaalde punten rekening houdend met de weging van de gunningscriteria inzake de logistieke waarde

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

Firma	/	Perceel	Eindcijfer			
			Perceel 1	Perceel 2	Perceel 3	Perceel 4
BIDVEST FLANDERS N.V.			64,99	64,99	64,99	64,99
JAVA BVBA			67,08	67,08	67,08	67,08
SOLUCIOUS N.V.			65,33	65,33	65,33	65,33 "

3.8. Op 24 januari 2017 beslist de verwerende partij om de opdracht opnieuw te gunnen aan de bvba Java.

Dit is de bestreden beslissing.

3.9. Bij arrest nr. 237.623 van 10 maart 2019 wordt de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van deze beslissing verworpen.

IV. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

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

diensten', *juncto* de artikelen 4, eerste lid, 8°, en 5, 9°, van de voormelde wet van 17 juni 2013.

Zij betoogt daartoe:

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

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

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

Eerste middelonderdeel

Uiteenzetting

6. In haar toelichting bij het eerste middelonderdeel in het inleidend verzoekschrift, benadrukt de verzoekende partij dat overeenkomstig artikel 13, § 1, en artikel 15, van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten 2011, het gunningscriterium “prijs” moet worden vergeleken op grond van een prijs die naar een inventaris moet verwijzen en dat deze betrekking moet hebben op het volledige voorwerp van de opdracht – en dus niet slechts op een deel ervan – waarin de diverse posten worden opgenomen, waarbij voor iedere post de hoeveelheid of wijze van prijsvaststelling wordt vermeld met inachtneming van de betrekkelijke waarde van die post of posten ten opzichte van het totale offertebedrag.

Te dezen bestaat de inventaris uit 102 algemeen omschreven “sub-productgroepen”, waarvan 80 producten of artikelen in de prijsvergelijking werden meegenomen. Naar zeggen van de verwerende partij zouden 9 “sub-productgroepen” op het moment van de evaluatie niet bij iedere inschrijver in het gamma hebben gezeten, en 13 “sub-productgroepen” werden niet opgenomen om tot een korf van 80 producten te komen. Bovendien, zo stelt de verzoekende partij, kunnen onder elk van de 102 “sub-productgroepen” meerdere producten of

artikelen vallen en is het zelfs niet eens duidelijk welke producten of artikelen uit de 102 “sub-productgroepen” bij de prijsvergelijking in acht zullen worden genomen. Het valt volgens de verzoekende partij niet uit te sluiten dat de verwerende partij in de prijsvergelijking een bepaald product heeft genomen (bijvoorbeeld magere yoghurt van het huismerk), maar dat zij tijdens de uitvoeringsfase toch een duurder product binnen dezelfde sub-productgroep (bijvoorbeeld magere yoghurt van het merk “Danone”) zou aankopen terwijl de prijs voor dit laatste product niet is vergeleken. Ook hierdoor is aangetoond dat de producten meegenomen in de prijsvergelijking niet noodzakelijk representatief zijn voor het voorwerp van de opdracht. Ten slotte, vervolgt de verzoekende partij, zijn in het totale gamma van 6000 producten of artikelen talrijke die niet in de 102 “sub-productgroepen” voorkomen terwijl de verwerende partij wel het recht verkrijgt deze aan te kopen.

Uit dit alles volgt, volgens de verzoekende partij, dat de prijsvergelijking door de verwerende partij geen betrekking heeft op het volledige voorwerp van de opdracht, maar slechts op een uiterst kleine fractie van wat de verwerende partij wenst te kunnen aankopen. In tegenstelling tot de in het middel aangehaalde bepalingen, is er geen inventaris die alle posten opneemt, waarbij de vermoedelijke hoeveelheid of de wijze van prijsvaststelling wordt vermeld, met inachtneming van de betreffende waarde van de posten ten opzichte van het totale bedrag. Er werden geen vermoedelijke hoeveelheden of vorken in de inventaris vermeld, zodat elk artikel een waarde zou hebben. Ook een artikel dat niet in de steekproef van 80 producten is opgenomen, heeft geen waarde en heeft bij het nemen van de beslissing geen rol gespeeld.

Een dergelijke handelwijze houdt in dat het gunningscriterium prijs, dat toch op 60% van de punten staat, er niet of niet met de rechtens vereiste zekerheid toe strekt de offerte aan te wijzen die als de economisch meest voordelige offerte te beschouwen is.

Ten slotte vraagt de verzoekende partij, indien de Raad van State van oordeel is dat het middel niet gegrond is, de volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie):

“Moeten artikel 67, 1ste, 2de en 4de lid van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, gelezen in het licht van het gelijkheids-, niet-discriminatie en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel, aldus worden uitgelegd dat, in het kader van de beoordeling van een gunningscriterium prijs voor een opdracht voor leveringen, zij er zich tegen verzetten dat de aanbestedende dienst de prijzen voor het verrichten van aankopen uit een gamma van minstens 6.000 producten uitsluitend vergelijkt aan de hand van de prijzen voortkomend uit een steekproef die slechts op 80 van die 6.000 producten betrekking heeft?”

7. In de memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij dat zij niet inziet hoe, zoals de verwerende partij beweert, het houden van een steekproef “de enige haalbare vergelijkingsmethode” is, noch hoe dit verenigbaar is met het proportionaliteitsprincipe. Meer bepaald ziet zij niet in hoe het feit dat “het gamma van 6000 artikelen van de verschillende inschrijvers verschillen (bijvoorbeeld merkproducten versus huismerken) kan vertonen” dit gamma “in haar geheel niet vergelijkbaar” zou maken. De enige representatieve “steekproefgrootte” is volgens de verzoekende partij deze waarin alle producten uit het gamma aangeboden door de inschrijvers met elkaar worden vergeleken.

8. In de laatste memorie blijft de verzoekende partij erbij dat de inventaris slechts op zeer algemene, onvolledige en zelfs abstracte wijze het voorwerp weerspiegelt van wat de verwerende partij wenst aan te kopen en dat ze niet op correcte wijze toelaat de artikelen, de prijzen en de hoeveelheden te bepalen op grond waarvan de offertes worden vergeleken. Te dezen, zo stelt zij vast, heeft de aanbestedende overheid drie posten beoordeeld die niet voorkwamen in de inventaris en ook minstens 5920 posten niet beoordeeld die wel finaal kunnen worden besteld. Met verwijzing naar het arrest van 2 februari 2018, nr. 240.653, inzake de asbl SPMT-ARISTA, meent zij dat dit bij de

beoordeling van de prijzen, wanneer er geen vermoedelijke hoeveelheden werden bepaald, kan leiden tot het gegeven dat niet de economisch meest voordelige offerte wordt gekozen ingevolge een door de overheid gecreëerde onvergelykbaarheid.

Zij betoogt voorts dat de vergelijkbaarheid, bijvoorbeeld wat het verschil tussen huis- en merkproducten betreft, op twee verschillende manieren kan worden gegarandeerd:

“- Ofwel legt de verwerende partij, nu de opdracht een opdracht volgens prijslijst is, onder de vorm van een inventaris een dwingend kader op waarin de producten die kunnen worden aangekocht zijn opgenomen en, wat de prijs ervan betreft, kunnen worden vergeleken. De verwerende partij kan daarbij telkens voor dezelfde producten zowel een merkproduct als een huisproduct vaststellen.

- Ofwel laat de verwerende partij maar één product toe maar beoordeelt zij de (eventuele) verschillen tussen merkproducten en huisproducten in het kader van een kwalitatief gunningscriterium.”

De verzoekende partij betwist ten slotte dat haar prejudiciële vraag reeds werd beantwoord in de arresten waarnaar in het auditorsverslag wordt verwezen:

“Het eerste middelonderdeel in kwestie gaat immers niet over *a posteriori* vaststellen van wegingscoëfficiënten, subcriteria of een beoordelingsmethode, maar gaat over de wettigheid van het gunningscriterium an sich en de vraag of dit in casu (i) aan de inschrijver toelaat de economisch meest voordelige offerte in te dienen en (ii) aan de overheid om daadwerkelijk de economisch meest voordelige offerte te kiezen.”

Zij herformuleert haar vraag als volgt:

“Moeten overweging 46 in samenlezing met artikel 53 van Richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, gelezen in het licht van artikel 67, 1ste, 2de en 4de lid van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, en in het licht van het gelijkheids-, niet-discriminatie en het

daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel, aldus worden uitgelegd dat, in het kader van de beoordeling van een gunningscriterium prijs voor een opdracht voor leveringen, zij er zich tegen verzetten dat de economisch meest voordelige offerte wordt gekozen wanneer de aanbestedende dienst de prijzen voor het verrichten van aankopen uit een gamma van minstens 6.000 producten uitsluitend vergelijkt aan de hand van de prijzen voortkomend uit een steekproef die slechts op 80 van die 6.000 producten betrekking heeft?”

Beoordeling

Exceptie

9. De verwerende partij ontwikkelt in haar laatste memorie een argumentatie bij het eerste middelonderdeel, inhoudend dat de door de verzoekende partij geuite bezwaren in verband met de beoordelingsmethodiek van het gunningscriterium “prijs” laattijdig worden aangebracht en dus niet ontvankelijk zijn. Volgens de verwerende partij was het procédé van de steekproef aan de verzoekende partij reeds bekend vanuit het bestek en uit een vroegere opdracht waaraan zij deelnam en verzuimde zij van de vermeende onrechtmatigheid kennis te geven aan de verwerende partij.

Deze argumentatie die als een exceptie van niet-ontvankelijkheid kan worden beschouwd, wordt in elk geval niet bijgevalen omdat deze pas in de laatste memorie is aangebracht terwijl niets erop wijst dat zulks niet in de memorie van antwoord had kunnen gebeuren.

De exceptie wordt wegens haar laattijdigheid verworpen.

Ten gronde

10. Wanneer de aanbestedende overheid beslist de opdracht te gunnen bij offerteaanvraag, dient die, overeenkomstig artikel 25 van de wet overheidsopdrachten 2006, te worden gegund aan de inschrijver die de regelmatige offerte heeft ingediend die de economisch voordeligste is vanuit het

oogpunt van de aanbestedende overheid, rekening houdende met de gunningscriteria.

Deze door een aanbestedende dienst vastgestelde gunningscriteria moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht, mogen de aanbestedende overheid geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven, moeten uitdrukkelijk zijn vermeld in het bestek of in de aankondiging van de opdracht en moeten de fundamentele beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie eerbiedigen.

Overeenkomstig artikel 13, § 1, van het koninklijk besluit overheidsopdrachten 2011 kiest de aanbestedende overheid inzake de prijs van de opdracht voor één van de prijsvaststellingen vermeld in artikel 2, 4° tot 7°. Overeenkomstig artikel 2, 5°, van het koninklijk besluit overheidsopdrachten 2011 is de “opdracht tegen prijslijst”, waarvoor de verwerende partij te dezen heeft gekozen, “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. De posten worden verrekend op basis van de werkelijk bestelde en gepresteerde hoeveelheden”. Artikel 2, 9°, van het voormelde koninklijk besluit definieert voorts de inventaris als volgt: “het opdrachtdocument waarin de prestaties van een opdracht voor leveringen of diensten over verschillende posten worden gefractioneerd en waarbij voor iedere post de hoeveelheid of de wijze van prijsvaststelling wordt vermeld”.

Overeenkomstig artikel 15 van het voormelde koninklijk besluit “[worden] de eenheidsprijzen en de globale prijzen voor iedere post van de samenvattende opmeting of van de inventaris [...] opgegeven met inachtneming van de betreffende waarde van die posten ten opzichte van het totale offertebedrag. Al de algemene en financiële kosten alsmede de winst worden, in verhouding tot hun belangrijkheid, verdeeld over de onderscheiden posten”.

11. De beoordelingsmethode betreft de wijze waarop bij de evaluatie van de offertes de beoordelingselementen vervat in de gunningscriteria worden nagegaan en gewaardeerd in het licht van de toe te kennen scores. Het behoort tot de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid om de volgens haar best geschikte beoordelingsmethode te kiezen, zij het dat die vrijheid beperkt wordt door de beginselen van behoorlijk bestuur en door hetgeen zijzelf in haar bestek heeft bepaald. De Raad van State mag niet in de plaats van het bestuur de beoordelingsmethode bepalen maar mag desgevraagd de gebruikte methode op haar rechtmatigheid toetsen, meer bepaald betreffende de mate waarin ze de gelijke beoordeling van de offertes eventueel zou uitsluiten en dus het bepalen van de meest voordelige offerte onmogelijk zou maken. De gekozen beoordelingsmethode is immers geenszins vrijblijvend en kan bepalend zijn voor de uitkomst van de evaluatie aan de hand van het betrokken gunningscriterium.

De toepassing van het prijscriterium door het vergelijken van prijzen aan de hand van een steekproef die niet op het totale prijsaanbod betrekking heeft maar slechts op de eenheidsprijzen van een selectie van producten, mag niet tot gevolg hebben dat de selectie het voorwerp van de opdracht niet weerspiegelt en het vereiste verband tussen het prijscriterium en het voorwerp van de opdracht wegneemt.

12. Te dezen zijn de methode om de prijsvergelijking te verrichten aan de hand van een steekproef, en het tijdstip ervan, terug te vinden in de bepalingen van het bestek, zoals weergegeven *sub* 3.3.

Blijkens het bestek omvat deze “steekproef” van de 102 artikelen in de inventaris “merkproducten en producten van huismerken die representatief zijn voor de vijf food productgroepen van deze opdracht [...] en die vaak worden gebruikt in de RHDDinstallaties/kwartiermesses”.

De betrokken inventaris van de 102 artikelen bevat de vijf hoofdproductgroepen, en per productgroep diverse subproductgroepen –

bijvoorbeeld voor ‘zuivel, oliën en vetten’: eieren, melk, yoghurt natuur, yoghurt fruit, dessert chocolademousse, dessert pudding/crème, dessert rijstpap, dessert verse kaas, boter, bakmargarine, smeermargarine, room en kaas – met telkens één of meerdere gevraagde producten. De inschrijvers dienden in de tweede kolom te bevestigen of dit artikel in hun gamma was opgenomen en in een derde kolom de nuttig geachte informatie daarover in te vullen, zoals het artikelnummer, de referentie in de catalogus en het merk.

De toegepaste “evaluatiekorf” bevat voor elke inschrijver een selectie van dezelfde 80 courante artikelen uit de inventaris van de 102 artikelen gevoegd in Aanhangsel 1 “inventaris” aan de bijlage A bij het bestek. Die 102 producten van de inventaris zijn dus wel op voorhand meegedeeld. De 80 gekozen producten zijn vervolgens die producten van de inventaris waarbij al de inschrijvers bevestigd hebben dat dit product in hun gamma is opgenomen en waarbij zij verwijzen naar vergelijkbare voorbeelden van dergelijke producten in hun gamma.

13. Uit het dossier blijkt aldus dat de verwerende partij conform het bestek koos voor de kwalitatief vergelijkbare producten die door de inschrijvers gemeenschappelijk werden aangeboden. Op de niet-gemeenschappelijke producten en de kwalitatief niet-vergelijkbare producten -dit zijn 22 producten- na, heeft de aanbestedende overheid bij de selectie van de 80 artikelen als grond van de prijsvergelijking, rekening gehouden met de artikelen die de inschrijvers zelf hadden ingevuld op de inventaris bijgevoegd aan de bijlage A van hun offerte.

Die 80 producten werden vergeleken op grond van de eenheidsprijzen geboden via de website van de respectievelijke inschrijvers op 21 september 2016, waarbij rekening werd gehouden met een wegingscoëfficiënt en de aangeboden kortingspercentages. Zoals blijkt uit de motieven van de gunningsbeslissing, weergegeven *sub* 3.7., is het bedrag dat gebruikt werd voor de berekening van het cijfer toegekend aan het criterium “prijs” de som van de

verschillende subtotalen per artikel, waarbij het subtotaal per artikel bestaat uit de vermenigvuldiging van elke eenheidsprijs (per artikel en eventueel herrekend voor de juiste gevraagde eenheid: kg, liter, stuk) met een wegingcoëfficiënt die overeenkomt met het vooropgestelde verbruik van het artikel. De kritiek van de verzoekende partij dat geen minimale of maximale hoeveelheden of zelfs vermoedelijke hoeveelheden worden vermeld, wordt precies opgevangen door gebruik te maken van de voormelde wegingscoëfficiënt die overeenkomt met het vooropgestelde verbruik van het artikel, en die de verzoekende partij op zich niet betwist, zodat deze kritiek faalt.

De omstandigheid dat de verwerende partij tijdens de uitvoeringsfase eventueel ook andere producten uit het gamma zal aankopen die niet in de prijsvergelijking werden meegenomen, spreekt niet tegen dat die 80 producten courant en representatief zijn, en bijgevolg een selectie van de economisch voordeligste offerte mogelijk maken.

Omgekeerd maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat het volledige gamma van de inschrijvers volledig beantwoordt aan de courante noden van de aanbestedende overheid, laat staan dat een onderlinge vergelijkbaarheid van de volledige gamma's sowieso tot de mogelijkheden behoort.

De verzoekende partij toont dan ook niet aan dat de 102 producten van de inventaris uit de vijf food productgroepen en de daaruit 80 geselecteerde producten niet representatief zouden zijn voor de opdracht, en bijgevolg geen weerspiegeling zouden zijn van het voorwerp van de volledige opdracht en niet van aard zouden zijn om de economisch voordeligste offerte te bepalen. Zij geeft evenmin aan welke steekproef dan wel representatief zou zijn. De loutere bewering dat “de enige representatieve ‘steekproefgrootte’” deze is “waarin alle producten uit het gamma aangeboden door de inschrijvers met elkaar worden vergeleken”, is weinig overtuigend. Zij geeft geen concrete voorbeelden aan van welke producten uit het gamma buiten de 80 geselecteerde, minstens

even vaak worden gebruikt in de kwartiermesses en dus zeker hadden moeten worden opgenomen in de inventaris.

14. De grieven van de verzoekende partij komen aldus in de gegeven omstandigheden voor als niet bewezen.

Het eerste middelonderdeel wordt niet aangenomen.

15. De verzoekende partij vraagt de Raad van State om, indien zoals te dezen het middelonderdeel niet wordt aanvaard, een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie.

Voor de beoordeling van die vraag wordt verwezen naar de beoordeling van het tweede middelonderdeel, waar ze samen zal worden besproken met de tevens bij dat middelonderdeel verzochte prejudiciële vraag.

Tweede middelonderdeel

Uiteenzetting

16. In haar toelichting bij het tweede middelonderdeel in het inleidend verzoekschrift, betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij door de 80 producten, minstens de (objectieve) keuzemethode voor deze 80 producten op grond waarvan de prijsvergelijking zou gebeuren slechts “tijdens de evaluatie”, dus na opening van de offertes, vast te stellen, zij zichzelf een nagenoeg volledige, willekeurige keuzevrijheid heeft gegeven waardoor de gelijkheid tussen de inschrijvers niet wordt gewaarborgd, minstens een risico bestaat op schending van het gelijkheids-, niet-discriminatie-, en transparantiebeginsel.

De betrokken besteksbeplating is dermate vrijblijvend gelibelleerd dat favoritisme van de ene of andere inschrijver bij de definitieve

productenkeuze niet kan worden uitgesloten. Met verwijzing naar de “Dimarso rechtspraak” van het Hof van Justitie benadrukt de verzoekende partij dat het loutere risico op een ongelijke behandeling van de inschrijvers of favoritisme volstaat om te kunnen spreken van een intrinsieke onwettigheid van het gunningscriterium. Overigens werd, volgens de verzoekende partij, voor drie subproductgroepen andere, duurdere producten in de prijsvergelijking opgenomen dan degene die door de verzoekende partij in de inventaris waren opgenomen. De omstandigheid dat de 80 producten of artikelen slechts definitief werden bepaald nadat de aanbestedende overheid de inhoud van de offertes kent, zet aldus volgens haar de deur open voor een ongelijke behandeling van de inschrijvers: “het valt [...] niet uit te sluiten dat, met het oog op het bevoordelen van één van de inschrijvers, net die 80 producten werden uitgekozen om zo de uiteindelijke rangschikking te beïnvloeden, waardoor de andere inschrijvers geen eerlijke kans kregen om de opdracht aan hen gegund te zien.” Bovendien, zo vervolgt zij, werd nergens op voorhand de manier waarop de verwerende partij zou omgaan met een “sub-productgroep” waarvoor de ene inschrijver een merkproduct opgaf en de andere inschrijvers een huismerk, meegegeven, noch blijkt dit uit het gunningsverslag.

Ten slotte vraagt zij ook hier een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie die zou moeten luiden als volgt:

“Moeten artikel 67, 1ste, 4de en 5de lid van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, gelezen in het licht van het gelijkheids-, niet-discriminatie en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel, aldus worden uitgelegd dat, in het kader van de beoordeling van een gunningscriterium prijs voor een opdracht voor leveringen, zij er zich tegen verzetten dat de aanbestedende dienst de prijzen voor een gamma van minstens 6.000 producten vergelijkt aan de hand van een steekproef die slechts op 80 van die 6.000 producten betrekking heeft, wanneer de inschrijvers op voorhand geen kennis hebben van de 80 producten die de basis vormen voor de steekproef maar de aanbestedende dienst die producten slechts na de opening van de offertes, dit wil zeggen op een ogenblik dat zij kennis van de inhoud van die offertes heeft, aanwijst?”

17. In de memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij nog dat, enerzijds, het niet gemotiveerd schrappen van 13 artikelen van de inventaris, en, anderzijds, het verweer in de memorie van antwoord dat “de keuze voor de 80 artikelen gebeurd [is] op basis van een vergelijking met andere inschrijvers” en dat het geven van de motieven op grond waarvan tot de korf van 80 producten is gekomen “impliceert dat bepaalde commerciële gegevens van andere inschrijvers zouden moeten worden gedeeld”, net de vrees voor ongelijke behandeling bevestigt.

18. In de laatste memorie blijft de verzoekende partij erbij dat het bestek behept is met een zeer groot risico op manipulatie of favoritisme doordat er van de 102 productgroepen slechts 80 producten daadwerkelijk worden beoordeeld, deze 80 producten ook pas tijdens de evaluatie van de offertes worden bepaald en voor minstens 13 van de 22 producten niet wordt aangetoond dat deze producten niet gemeenschappelijk en niet kwalitatief vergelijkbaar zouden zijn en de andere producten uit de inventaris wel.

Voorts betwist zij dat het arrest van de Raad van State van 19 februari 2019, nr. 243.734, vergelijkbaar zou zijn met de huidige zaak, “waar 80 willekeurige producten tijdens de evaluatie werden bepaald, zonder dat enig aanknopingspunt in het bestek kan worden gevonden omtrent de wijze waarop die 80 producten zouden worden gekozen.”

De verzoekende partij betwist eveneens dat deze werkwijze binnen de aangekondigde beoordelingsmethodiek valt. “Er werd in het bestek net aangegeven dat er 100% rekening ging gehouden worden met de inventaris”.

Volgens haar is er ook geen aantoonbare aanvaardbare reden voorhanden waarom de verwerende partij niet op voorhand kon vaststellen welke 80 producten konden worden bepaald of meegedeeld, en zelfs niet kon aangeven hoe deze producten op een objectieve manier zouden worden uitgekozen: “het gegeven dat ‘verwerende partij niet wist of de producten wel vergelijkbaar

zouden zijn’, is geen zulke ‘aantoonbare’ reden om niet op voorhand aan te geven op welke objectieve manier de producten zouden worden gekozen. Het is immers de taak van elke aanbestedende overheid om op een objectieve manier de verschillen tussen offertes te beoordelen.”

Ten slotte vraagt de verzoekende partij de Raad van State de volgende prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen:

“Moeten overweging 46 in samenlezing met artikel 53 van Richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, gelezen in het licht van artikel 67, 1ste, 2de en 4de lid van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, en in het licht van het gelijkheids-, niet-discriminatie en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel, aldus worden uitgelegd dat, in het kader van de beoordeling van een gunningscriterium prijs voor een opdracht voor leveringen, zij er zich tegen verzetten dat de aanbestedende dienst”:

- 1) “de prijzen voor een gamma van minstens 6.000 producten vergelijkt aan de hand van een steekproef die slechts op 80 van die 6.000 producten betrekking heeft, wanneer de inschrijvers op voorhand geen kennis hebben van de 80 producten die de basis vormen voor de steekproef, noch van de manier waarop de 80 producten zullen worden bepaald of van de wijze waarop het belang van elk van deze producten gewogen wordt, en de aanbestedende dienst die producten slechts na de opening van de offertes, dit wil zeggen op een ogenblik dat zij kennis van de inhoud van die offertes heeft, aanwijst?”
- 2) “de prijzen voor een gamma van 120 sub-productgroepen vergelijkt aan de hand van een steekproef die slechts op 80 van die 120 sub-productgroepen betrekking heeft, wanneer de inschrijvers op voorhand geen kennis hebben van de 80 producten die de basis vormen voor de steekproef, noch van de manier waarop de 80 producten zullen worden bepaald of van de wijze waarop het belang van elk van deze producten gewogen wordt, en de aanbestedende dienst die producten slechts na de opening van de offertes, dit wil zeggen op een ogenblik dat zij kennis van de inhoud van die offertes heeft, aanwijst?”

En

- 3) “Moeten overweging 46 in samenlezing met artikel 53 van Richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten,

gelezen in het licht van artikel 67, 1ste, 2de en 4de lid van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, in het licht van het gelijkheids-, niet-discriminatie en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel, en in het licht van de rechtspraak van Uw Hof in het arrest C-6/15, aldus worden uitgelegd dat, de loutere ‘onvergelijkbaarheid’ van producten een ‘aantoonbare reden’ vormt om de beoordelingsmethode vast te stellen na de indiening van de offertes”.

Beoordeling

19. De verzoekende partij vecht in dit tweede middelonderdeel aan dat de verwerende partij niet op voorhand, dus vóór de opening van de offertes, aangaf op grond van welke 80 producten de prijs zou worden vergeleken en zelfs niet hoe deze producten op een objectieve manier zouden worden uitgekozen. Verwijzend naar het arrest van het Hof van Justitie van 14 juli 2016, nr. C-6/15, *nv TNS Dimarso*, is er volgens haar hiervoor ook geen aantoonbare aanvaardbare reden voorhanden.

20. Te dezen heeft de verwerende partij, zoals reeds vastgesteld bij de beoordeling van het eerste onderdeel, in het bestek de grenzen bepaald voor de steekproef van de 80 te beschouwen artikelen. In tegenstelling tot waar de verzoekende partij van uitgaat, werd de methode daartoe wel degelijk vastgesteld en bekendgemaakt in het bestek: daaruit blijkt dat voor de toepassing van het prijscriterium het te beschouwen bedrag voor de vergelijking van de offertes blijkens het bestek gevormd wordt door rekening te houden met de eenheidsprijzen van 80 van de 102 in de inventaris opgenomen producten, die door de inschrijvers gemeenschappelijk worden aangeboden en “courante producten” en “kwalitatief met elkaar vergelijkbare producten” zijn. De verzoekende partij beweert dan ook ten onrechte dat er geen aanknopingspunt in het bestek kan worden gevonden omtrent de wijze waarop die 80 producten zouden worden gekozen. Deze komen voor 100% uit de inventaris, bijlage A van het bestek, die de inschrijvers dienden in te vullen. De verzoekende partij toont alvast niet aan, wat de voor haar gekozen producten betreft, dat deze niet courant

zouden zijn.

Deze grenzen weerspreken dat de verwerende partij zich een absolute keuzevrijheid heeft verschaft bij de toepassing van het prijs criterium. Deze grenzen zijn bovendien controleerbaar op de naleving ervan. De 80 producten van de evaluatiekorf van de verzoekende partij komen uit de door haar ingevulde inventaris, zoals zij kan vaststellen op grond van de haar meegedeelde bijlage D bij het gunningsverslag, zijnde de op haar toegepaste evaluatiekorf van producten en prijzen, waarvan getuige de opmerkingen die de verzoekende partij maakt bij de selectie van drie producten, waarbij andere artikelnummers dan die opgegeven in haar inventaris, zijn opgenomen in de evaluatiekorf.

Deze handelwijze valt dus binnen de in het bestek zelf aangekondigde beoordelingsmethodiek.

In het licht van het arrest Dimarso van het Hof van Justitie, waarnaar de verzoekende partij verwijst, blijkt uit het voorgaande dat te dezen niet de (objectieve) keuzemethode voor de 80 producten op grond waarvan de prijsvergelijking zou gebeuren slechts “tijdens de evaluatie”, dus na opening van de offertes, werd vastgesteld, zoals de verzoekende partij aanvoert in dit middelonderdeel. In dat licht is de kwestie van de “aantoonbare reden”, zoals aan de orde in het arrest Dimarso, hier niet aan de orde. Overigens wordt met de verwerende partij aangenomen dat deze niet de 80 concrete producten van de steekproef op voorhand kon meedelen “omdat zij niet wist of deze 80 artikelen vergelijkbaar zouden zijn”. De vergelijkbaarheid van deze artikelen kon immers verschillen al naargelang het aantal inschrijvers, het aantal aangeboden artikelen of ook welke artikelen zouden worden aangeboden per categorie van producten (merkproducten en/of huisproducten). De verwerende partij maakt aannemelijk dat de 80 concrete producten van de steekproef dan ook maar konden worden gekozen uit het gamma dat door de inschrijvers gemeenschappelijk werd aangeboden en dit op grond van de aan hun inschrijving toegevoegde inventaris

van 102 producten. De verzoekende partij toont niet aan dat dit geen “aantoonbare reden” zou betreffen die verhindert dat de uiteindelijke keuze niet vóór de opening van de offertes kon worden vastgesteld.

21. Bij het eerste en tweede middelonderdeel formuleerde de verzoekende partij prejudiciële vragen betreffende artikel 67, eerste, tweede en vierde lid, van de Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’, die zij in de laatste memorie echter herformuleert naar een toetsing van overweging 46 samengelezen met artikel 53 van de oudere Richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 van het Europees Parlement en de Raad ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’.

22. Het Hof van Justitie heeft in meerdere arresten krijtlijnen uiteengezet in de problematiek van het nader specificeren of structureren van vooraf ter kennis gebrachte gunningscriteria en de vaststelling van de beoordelingsmethode. De betrokken prijskorf bij het prijscriterium is te dezen een dergelijke methode. Het komt in eerste instantie aan de nationale rechter toe om aan de hand van die krijtlijnen de zaak te beoordelen. Een prejudiciële vraag is pas noodzakelijk wanneer de voormelde krijtlijnen onvoldoende decisief blijken voor de in het geding zijnde situatie.

In het arrest van 21 juli 2011, nr. C-252/10 P, *Evropaïki Dynamiki*, stelt het Hof van Justitie met verwijzing naar het arrest *Lianakis* dat de wettigheid van het gebruik van subcriteria en hun overeenstemmend gewicht steeds moet worden onderzocht in het licht van het gelijkheidsbeginsel en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel (overweging 32). Het arrest verduidelijkt voorts dat het Hof van Justitie geen totaal en absoluut verbod heeft vastgesteld op het nader specificeren van vooraf ter kennis gebrachte gunningscriteria en om deze een gewicht toe te kennen. Bijgevolg is het voor een aanbestedende overheid mogelijk om na het verstrijken van de termijn voor

indienen van de offertes alsnog wegingscoëfficiënten vast te stellen voor subcriteria die in essentie beantwoorden aan de criteria die voorafgaand aan de inschrijvers ter kennis werden gebracht, onder drie voorwaarden, te weten dat deze vaststelling achteraf, ten eerste geen wijziging brengt in de in het bestek vastgelegde gunningscriteria voor de opdracht, ten tweede geen elementen bevat die, indien zij bij de voorbereiding van de offertes bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden en ten derde, niet discriminerend werkt jegens één van de inschrijvers.

Het Hof van Justitie merkt daarbij uitdrukkelijk op dat een evaluatiecomité dient te beschikken over een zekere vrijheid om zijn taak te vervullen. Dienovereenkomstig mag het, zonder de gunningscriteria die in het bestek of de aankondiging waren vooropgesteld te wijzigen, zijn eigen werk inzake het onderzoek en de analyse van de ingediende offertes “structureren”.

In het reeds vermelde arrest van 14 juli 2016, nr. C-6/15, nv TNS Dimarso, verduidelijkt het Hof van Justitie in overweging 27 dat “noch artikel 53, lid 2, van richtlijn 2004/18 noch enige andere bepaling ervan [...] de aanbestedende dienst een verplichting op[legt] om de methode aan de hand waarvan hij de offertes in concreto zal beoordelen en rangschikken op basis van de criteria voor de gunning van de opdracht en het relatieve gewicht ervan, die vooraf zijn vastgesteld in de desbetreffende aanbestedingsdocumenten, via een bekendmaking in de aankondiging van de opdracht of het bestek ter kennis te brengen van de potentiële inschrijvers”. “Een dergelijke algemene verplichting” volgt volgens het Hof van Justitie – overweging 28 – “evenmin uit de rechtspraak van het Hof”.

Wel wijst het Hof er in overweging 31 op dat “[v]olgens de in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginselen inzake de gunning van opdrachten [...] de methode die de aanbestedende dienst hanteert om de offertes in concreto te beoordelen en te rangschikken in beginsel niet na de opening van de offertes door deze dienst [kon] worden vastgesteld, dit om elk risico van

favoritisme uit te sluiten. Indien deze methode echter om aantoonbare redenen niet vóór deze opening kan worden vastgesteld, [...] kan de aanbestedende dienst niet worden verweten dat hij deze pas heeft vastgesteld nadat hij, of zijn beoordelingscommissie, kennis heeft genomen van de inhoud van de offertes”.

“Hoe dan ook” mag volgens het Hof – overweging 32 – “het feit dat de aanbestedende dienst de beoordelingsmethode na de bekendmaking van de aankondiging van de opdracht of het bestek vaststelt, gelet op de beginselen inzake de gunning van opdrachten en op hetgeen in de punten 24 en 25 van het [...] arrest is vastgesteld, niet tot gevolg hebben dat de gunningscriteria of het relatieve gewicht ervan worden gewijzigd”.

23. Bij haar vragen gaat de verzoekende partij, zoals reeds hiervoor vastgesteld en ook bij de beoordeling van het eerste middelonderdeel, er onterecht vanuit dat er geen enkel “aanknopingspunt in het bestek kan worden gevonden omtrent de wijze waarop die 80 producten zouden worden gekozen”.

Wat de vierde voorgestelde vraag betreft – de derde bij het tweede middelonderdeel – gaat de verzoekende partij er opnieuw onterecht vanuit dat de beoordelingsmethode pas werd vastgesteld na de indiening van de offertes: het resultaat werd en kon niet vooraf worden vastgesteld maar het aanknopingspunt voor de steekproef van de 80 artikelen werd in het bestek meegedeeld: namelijk “80 courante producten” uit de inventaris van 102 producten die “gemeenschappelijk worden aangeboden door alle inschrijvers” en die “kwalitatief met elkaar vergelijkba[a]r[...]” zijn.

Ten slotte is de uitbreiding van haar prejudiciële vragen met de grief dat de wijze waarop het belang van elk van deze producten wordt gewogen, niet vooraf werd vastgesteld of meegedeeld, niet ontvankelijk. De Raad van State ziet immers niet in waarom deze verbijzondering van de grief niet reeds in het inleidend verzoekschrift kon worden geformuleerd.

Er is derhalve geen noodzaak tot het stellen van de voorgestelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

Derde middelonderdeel

Uiteenzetting

24. In de toelichting bij het derde middelonderdeel in het inleidend verzoekschrift, betoogt de verzoekende partij dat de bestreden beslissing niet, minstens niet op afdoende wijze is gemotiveerd. Zij meent dat om de punten gegeven voor het prijscriterium te begrijpen, en om te kunnen nagaan of deze puntentoekenning rechtmatig is verlopen, het gunningsverslag voor elk van de inschrijvers een oplijsting en bijkomende uitleg over de gekozen producten had moeten bevatten. Nu zij niet weet op grond van welke posten, hoeveelheden en bedragen de verwerende partij tot het totaalbedrag is gekomen, kan zij zelfs haar eigen score niet begrijpen.

Volgens haar toont dit gebrek aan motivering opnieuw aan dat het prijscriterium steunt op een volkomen ontransparante, willekeurige beoordeling door de verwerende partij; “dit alles geldt des te meer nu verzoekende partij in het huidige gunningsverslag, zonder enige motivering, plots 1.093,73 euro duurder blijkt te zijn dan in het initiële gunningsverslag.”

25. In de memorie van wederantwoord betwist de verzoekende partij dat haar grief een vraag naar “de motieven van de motieven” zou bevatten; “het betreft een vraag naar de motieven die tot de uiteindelijke scores op het prijscriterium hebben geleid.” Het verweer in de memorie van antwoord dat “de keuze voor de 80 artikelen gebeurd [is] op basis van een vergelijking met andere inschrijvers” en dat het geven van de motieven op grond waarvan tot de korf van 80 producten is gekomen “impliceert dat bepaalde commerciële gegevens van andere inschrijvers zouden moeten worden gedeeld”, bevestigt volgens haar net de vrees dat de korf van die 80 producten met schending van het

gelijkheidsbeginsel werd bepaald en een formele motivering is dan ook des te belangrijk.

26. In de laatste memorie blijft de verzoekende partij erbij dat, zelfs al wordt een inzicht geboden in de selectie van de 80 artikelen die werden beoordeeld, dan nog niet vaststaat waarom net die producten werden uitgekozen noch aangetoond waarom minstens 13 van de 22 producten uit de inventaris, die niet werden beoordeeld, niet gemeenschappelijk en niet kwalitatief vergelijkbaar zouden zijn en de andere producten uit de inventaris wel. Zij kon al helemaal niet weten welke weging of ponderatie aan elk product zou worden gegeven. Dit alles blijkt ook niet uit het gunningsverslag.

Beoordeling

27. Naar luid van artikel 4, eerste lid, 8°, van de wet van 17 juni 2013, stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op wanneer ze de opdracht gunt, ongeacht de procedure.

De bestreden beslissing moet teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsplicht 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 terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

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.

28. Anders dan wat de verzoekende partij betoogt, komt de gemotiveerde gunningsbeslissing aan dit vereiste afdoende tegemoet door, wat de

offerte van de verzoekende partij betreft, in “bijlage D” ook de resultaten van het gunningscriterium “prijs” te voegen waaruit zij kan afleiden hoe de aanbestedende overheid haar totaalprijs heeft berekend.

De omstandigheid dat de bedoelde bijlage enkel betrekking heeft op haar eigen score, doet geen afbreuk aan het gegeven dat deze, samen genomen met de gemotiveerde gunningsbeslissing, de verzoekende partij een afdoende inzicht biedt in de 80 geselecteerde producten, de toegepaste wegingscoëfficiënt, en de totaalprijzen van de andere inschrijvers. De verzoekende partij toont voorts niet aan dat de selectie van de 80 beschouwde artikelen nader diende te worden toegelicht alleen al omdat deze selectie, zoals bij de bespreking van het tweede middelonderdeel opgemerkt, een logische invulling blijkt van wat in het bestek is aangekondigd.

De verwerende partij licht in de memorie van antwoord toe dat de eenheidsprijzen van elke inschrijver niet aan de andere inschrijvers zijn meegedeeld “omdat deze vertrouwelijke commerciële informatie bevatten”. De verzoekende partij toont niet aan dat deze beoordeling dat de detailprijzen en vooral de aangeboden kortingspercentages van de inschrijvers vertrouwelijk zijn, onrechtmatig zou zijn. Voorts valt op te merken dat de Raad van State van deze vertrouwelijke informatie kennis kan nemen en deze in zijn controle betrekken. Die controle laat niet toe te besluiten, zoals de verzoekende partij aanvoert, “dat de korf van die 80 producten met schending van het gelijkheidsbeginsel werd bepaald”.

29. De verzoekende partij kan ten slotte geen argumentatie puren uit de gunningsbeslissing van 22 november 2016, die gelet op de intrekking ervan, moet worden geacht nooit te hebben bestaan.

30. Het derde middelonderdeel wordt evenmin aangenomen.

31. Het enig middel is in al zijn onderdelen niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van achttien februari tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest, kamervoorzitter,

Pierre Barra, staatsraad,

Patricia De Somere, staatsraad,

bijgestaan door

Silja Doms, griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest