

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 250.075 van 11 maart 2021
in de zaak A. 226.964/XII-8662**

in zake : de NV ALGEMENE ONDERNEMINGEN TIBERGYN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kristin Dewever en Aniek Van De Velde
kantoor houdend te 8720 Wakken,
Kasteeldreef 9,
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo en Ruben Dewulf
kantoor houdend te 1000 Brussel,
Keizerslaan 3,
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 14 december 2018, strekt tot nietigverklaring van de “beslissing van 10 oktober 2018 van het Vlaams Gewest, Agentschap Wegen verkeer, Wegen en verkeer West-Vlaanderen tot gunning van de opdracht [...] betreffende het leveren en aanbrengen van wegmarkeringen in district 315 Oostende aan Gaston Degroote nv voor een bedrag van 762.087,50 euro (excl. btw) en niet aan [de verzoekende partij]”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Inge Vos 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 23 februari 2021.

Staatsraad Pierre Barra heeft de stand van de zaken uiteengezet.

Advocaat Aniek Van de Velde, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Ruben Dewulf, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos 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 het leveren en aanbrengen van wegmarkeringen in het district 315 Oostende.

Deze opdracht heeft tot voorwerp de wegmarkeringen te realiseren (leveren en aanbrengen) en deze in goede staat te houden (onderhouden) op de primaire, secundaire en lokale wegen gedurende de looptijd van de opdracht in het district D315 Oostende.

De opdracht wordt geplaatst bij wijze van openbare procedure. Ze wordt geraamd op 677.320 euro (btw niet inbegrepen).

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 7 februari 2018.

3.3. De gunningscriteria worden in het bijzonder bestek met nummer 1M3D8J/17/57 als volgt omschreven:

“Art. 81. Gunningscriteria

De economisch meest voordelige offerte wordt vastgesteld rekening houdend met de beste prijs – kwaliteitverhouding. De evaluatie van de offertebedragen gebeurt met inbegrip van de BTW.

Criterium 1: het offertebedrag (50 punten)

Indien geen onderhoud na waarborg voorzien is, dan gebeurt de puntenberekening op basis van volgende formule:

$$S=P \times \left(1 - \frac{Pl}{Ph} \times \frac{Px-Pl}{Ph-Pl} \right)$$

In deze formule is:

S de score van de te bepalen inschrijver;

P het maximum aantal punten = 50;

Pl de prijs van de laagste regelmatige inschrijver;

Ph de prijs van de hoogste regelmatige inschrijver;

Px de prijs van de te bepalen inschrijver.

Criterium 2: Kwaliteitsgarantie (30 punten)

De kwaliteit van de aangeboden producten dient minstens te voldoen aan de technische eisen en kwaliteitseisen die de bestektekst en het standaardbestek 250 versie 4.0 opleggen en beschrijven. Behoudens deze minimale eisen, kan de inschrijver een product naar keuze aanbieden. Hij beschrijft in zijn offerte de technieken en vaardigheden die hij hanteert om kwaliteitsvolle resultaten te verzekeren en hoe en wanneer deze technieken zullen ingezet worden.

Bovendien worden tevens volgende elementen beoordeeld:

- een beoordeling door de inschrijver of de te vernieuwen markeringen al dan niet moeten verwijderd worden en op welke wijze;
- de wijze waarop hinder voor de weggebruiker beperkt wordt door de keuze van het aangeboden product;
- het aantal hermarkeringsbeurten die nodig zijn om de waarborgperiode te overbruggen.

De kwaliteit van de materialen en aangeboden producten moet blijken uit de beschrijving in bijlage 6.

Voor dit criterium wordt van de aannemer vereist dat hij minimaal 20/30 behaalt. Indien dit niet het geval is, zal de inschrijving als onregelmatig beschouwd worden.

Criterium 3: Plan van aanpak (aanpak en methodologie) (20 punten)

De inschrijvers dienen bij hun offerte een plan van aanpak te voegen, dat op een realistische en samenhangende wijze de uitvoering van de opdracht concretiseert. De manier waarop de opdracht uitgevoerd zal worden, dient duidelijk beschreven te worden rekening houdende met de instructies en randvoorwaarden zoals voorzien in deel B. Bijgevoegde artikels, bijgevoegd artikel nr.1.

Het plan van aanpak wordt eerst beoordeeld op volledigheid, met name er zal worden beoordeeld of het plan ingaat op alle in het bestek genoemde onderdelen.

De beoordeling vindt plaats op basis van onder meer de volgende in het plan beschreven aspecten:

De organisatie van het werk, onder meer aangaande:

- het personeel (aantal personen) dat gelijktijdig per ploeg ingezet zal worden;
- samenstelling van de ploegen met vermelding van de realistisch haalbare rendementen per ploeg per werkperiode van 8 uur voor de uitvoering van onderhoudswerken. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen handwerk en machine werk enerzijds en de verschillende soorten duurzame wegmarkeringen anderzijds.
- de manier van samenwerking met desgevallend in te schakelen onderaannemer(s), of de samenwerking tussen de partners binnen een tijdelijke vereniging;
- de manier van samenwerking met de aanbestedende overheid, inzonderheid op vlak van bereikbaarheid, wijze van overleg en projectorganisatie;
- de manier van uitvoering van nachtwerk;
- de wijze waarop optimale doorstroming wordt gewaarborgd (minder hinder);
- de wijze waarop overlast voor omwonenden langs de N-wegen wordt beperkt;
- de logica in de organisatie van het werk (bijv. dicht bij elkaar gelegen werken bundelen,...);
- beschrijving aanpak voorafgaande reiniging van het wegdek;
- beschrijving van werkwijze en aanpak van *a posteriori* keuringen (periodiciteit, regelmaat,...).

De inschrijver maakt een voldoende gedetailleerd plan van aanpak op, doch beperkt dit tot max. 10 blz. A4, eventueel aangevuld met relevant

grafisch materiaal en met één of meerdere A3-timings(faserings)plannetjes.

Het plan van aanpak maakt integraal deel uit van de goedgekeurde offerte, en dient bij de uitvoering steeds gevolgd te worden. De aanbestedende overheid behoudt zich evenwel ten allen tijde het recht voor om tussen te komen in de voorgestelde werkwijze uit het plan van aanpak en eventueel wijzigingen aan te brengen tijdens de uitvoering van de werken, zonder dat dit aanleiding geeft tot een wijziging van de prijzen.

Voor dit criterium wordt van de aannemer vereist dat hij minimaal 10/20 behaalt. Indien dit niet het geval is, zal de inschrijving als onregelmatig beschouwd worden .

De toewijzing zal gebeuren aan de inschrijver met het hoogste aantal punten op de som van de criteria 1, 2 en 3.

Indien blijkt dat er verschillende inschrijvers zijn die hetzelfde aantal punten behalen, zal die inschrijver gekozen worden die de hoogste score behaalt op het criterium 1.”

3.4. De opening van de inschrijvingen vindt plaats op 23 maart 2018. Vier inschrijvers dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij.

3.5. Met een aangetekende brief van 30 maart 2018 vraagt de verwerende partij overeenkomstig artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) aan alle inschrijvers om een prijsverantwoording te verstrekken betreffende de eenheidsprijzen voor de volgende posten: 4-5-6-10-11-12-13-14-21 en 25.

Alle inschrijvers verstrekken in antwoord op deze brief een prijsverantwoording. De verzoekende partij verstrekt deze verantwoording bij aangetekend schrijven van 16 april 2018.

3.6. Vervolgens vraagt de verwerende partij overeenkomstig artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 aan de verzoekende partij om een prijsverantwoording te verstrekken voor haar totaalprijs.

Met een aangetekende brief van 11 juni 2018 verstrekt de verzoekende partij een prijsverantwoording voor de door haar opgegeven totaalprijs, als volgt:

“(…) Het totaal offertebedrag is logischerwijs de som van alle posten. De posten 4, 5, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 21 en 25 werden reeds verantwoord in mijn aangetekend schrijven van 16/04/2018.

De overige posten liggen allemaal ruim boven mijn inschrijvingsprijzen van bestek 1M3D8J/15/41 ‘Markeringen D315 Westkust’.

Het zou mij zelfs ten zeerste verwonderen mocht mijn inschrijving onder jullie deskundig gemaakte raming liggen.

Het feit dat mijn inschrijving blijkbaar 15 % onder het gemiddelde van de andere inschrijvingen ligt, kan ik niet begrijpen. Ik kan enkel vermoeden dat mijn collega’s zich vergist hebben of dat zij door een te grote orderportefeuille een zeer hoge prijs hebben ingediend!

Ik raad je aan om de prijs van:

- Gaston De Groote nv te toetsen aan zijn lopend bestek ‘Markeringen district Pittem’
- Trafiroad nv te toetsen aan zijn lopend bestek ‘Markeringen autosnelwegen district Kortrijk’
- De Groote A en zoon bvba te toetsen aan zijn lopend bestek ‘Markeringen gewestwegen Kortrijk’.

Dit zijn allemaal soortgelijke bestekken.

Indien je deze oefening maakt zal je moeten vaststellen dat mijn inschrijving de enige is die een correcte prijs hanteert.”

3.7. In het kader van het prijsonderzoek vraagt de verwerende partij tweemaal het advies van de afdeling Algemene Technische Ondersteuning van het Departement Mobiliteit en Openbare Werken van de Vlaamse overheid (hierna: ATO). Deze adviezen worden verstrekt op 24 april 2018 en 15 juni 2018.

3.8. In het gunningsverslag worden onder punt ‘4. Regelmatigheid van de offertes (art. 83 Wet Overheidsopdrachten en art. 76 KB Plaatsing)’, de geselecteerde offertes als volgt gerangschikt (bedragen btw niet inbegrepen):

1. de nv Algemene Ondernemingen Tibergyn	721.295	euro
2. de nv De Groote Gaston	762.087,50	euro
3. de nv Trafiroad	942.847,71	euro

Onder punt '4.8. Prijsonderzoek' worden de eenheidsprijzen en de totaalprijzen beoordeeld. De prijsverantwoording voor de abnormaal lage totaalprijs van de verzoekende partij wordt als volgt onderzocht en niet aanvaard:

“Daar de totale offerteprijs van Algemene Ondernemingen Tibergyn nv 15,39 % lager ligt dan het rekenkundig gemiddelde wordt aan Algemene Ondernemingen Tibergyn nv een prijsverantwoording gevraagd cfr. Art. 36, § 4 van het kb van 18 april 2017.

Volgende wordt vastgesteld:

De verantwoording van Algemene Ondernemingen Tibergyn nv is zeer summier en concrete elementen die de afwijking t.o.v. het wettelijk gemiddelde zouden kunnen weerleggen, werden niet aangehaald:

- In eerste instantie verwijst Algemene Ondernemingen Tibergyn nv naar de verantwoording van de posten bij zijn vorig schrijven. Het totale aandeel van deze posten bedraagt ca 6 % en is onvoldoende representatief om de afwijking van het offertebedrag t.o.v. het wettelijk gemiddelde te kunnen verklaren.
- Daarnaast verwijst Algemene Ondernemingen Tibergyn nv naar het feit dat de inschrijvingsprijzen voor deze opdracht ruim boven de inschrijvingsprijzen van het bestek 1M3D8J/15/41 liggen. Deze redenering wordt als weinig zinvol gezien: het is niet omdat de eenheidsprijzen in een bepaalde opdracht gerechtvaardigd zijn, dat dit automatisch het geval is voor andere opdrachten. Bovendien worden verschillende eisen gesteld in het bestek (resultaatverbintenis versus middelenverbintenis) waardoor de eenheidsprijzen van beide opdrachten niet zonder meer vergelijkbaar zijn.
- Algemene Ondernemingen Tibergyn nv verwijst naar opdrachten die naar onze mening niet representatief zijn:
 - o Twee van de drie opdrachten waarnaar Algemene Ondernemingen Tibergyn nv verwijst, betreffen een middelenverbintenis, terwijl de voorliggende opdracht een resultaatverbintenis is
 - o De derde opdracht betreft wel een resultaatverbintenis, maar is specifiek voor autosnelwegen i.p.v. gewestwegen, waardoor de uitvoeringsomstandigheden (hoger rendement, minder handwerk, e.d.) anders zijn, hetgeen dan weer een impact heeft op de prijs

Rekening houdend met het bovenstaande wordt besloten dat de verantwoording van het offertebedrag van Algemene Ondernemingen Tibergyn nv onvoldoende onderbouwd is om de afwijking van 15,4 % t.o.v. het wettelijk gemiddelde te verklaren. Bijgevolg wordt de offerte

van Algemene Ondernemingen Tibergyn nv op prijstechnisch vlak als onregelmatig beschouwd.”

Onder punt ‘5. Evaluatie van de offertes’ worden de offertes getoetst aan de gunningscriteria.

Bij de toetsing aan het tweede criterium kwaliteitsgarantie, wordt per inschrijver een beschrijvende evaluatie opgenomen waarbij de in het bestek vermelde “elementen” worden betrokken. Wat de offerte van de verzoekende partij betreft, besluit het verslag:

“De offerte van Algemene Ondernemingen Tibergyn nv was op vlak van kwaliteit van producten en voorafgaandelijke verwijdering voldoende onderbouwd en aanvaardbaar. De elementen ‘Minder Hinder’ en ‘Hermarkering’ werden te minimaal geacht en bijgevolg onvoldoende geacht. De offerte [...] behaalt niet het vereiste puntenaantal op dit onderdeel.”

De offerte van de verzoekende partij wordt onregelmatig verklaard omdat ze geen 20 op 30 punten behaalt.

Ook wat het derde criterium plan van aanpak betreft, wordt in het verslag opnieuw per inschrijver een uitgebreide beschrijvende evaluatie opgenomen, waarbij de in het bestek opgesomde/vermelde “aspecten” worden geëvalueerd. Ten aanzien van de offerte van de verzoekende partij, besluit het verslag:

“Het plan van aanpak in de offerte van Algemene Ondernemingen Tibergyn nv was onvoldoende uitgewerkt. Ondanks de vermelding van de nodige ploegen is de visie over de werkorganisatie onvoldoende beschreven.”

De offerte van de verzoekende partij wordt onregelmatig verklaard omdat ze geen 10 op 20 punten behaalt.

Aldus wordt de offerte van de verzoekende partij niet opgenomen in de uiteindelijke rangschikking:

	Inschrijver	Criteria 1 (50 punten)	Criteria 2 (30 punten)	Criterium 3 (20 punten)	Totaal (100 punten)
1.	De Groote Gaston nv	47	30	18	95
2.	Trafiroad nv	36	20	13	69
3.	De Groote Deinze	20	21	15	56

Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan de nv De Groote Gaston voor een bedrag van 762.087,50 euro, btw niet inbegrepen.

3.9. Op 10 oktober 2018 beslist de verwerende partij om de opdracht overeenkomstig de motieven uit het gunningsverslag te gunnen aan de nv De Groote Gaston voor een bedrag van 762.087,50 euro, btw niet inbegrepen.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Het onderzoek naar de ontvankelijkheid van het beroep in de mate dat het gericht is tegen de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen, hangt te dezen samen met het onderzoek en het gegrond bevinden van het enig middel.

V. Vertrouwelijkheid van de stukken

5.1. Zowel de verzoekende partij als de verwerende partij vragen om een aantal stukken als vertrouwelijk te behandelen.

De verzoekende partij vraagt in haar memorie van wederantwoord en haar laatste memorie om de vertrouwelijkheid van de stukken 18 tot 30 van het administratief dossier, minstens gedeeltelijk, op te heffen. Het gaat om de offertes van de vier inschrijvers, de door de inschrijvers gegeven prijsverantwoordingen en de vragen om advies en verleende adviezen van ATO.

5.2. De behandeling van vertrouwelijke gegevens door de Raad van State in het kader van betwistingen inzake de gunning van overheidsopdrachten

wordt op de eerste plaats geregeld door artikel 26 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: rechtsbeschermingswet).

Overeenkomstig artikel 26 van de rechtsbeschermingswet komt het aan de Raad van State toe om het aangevoerde vertrouwelijk karakter van de betrokken stukken van het administratief dossier te beoordelen en daarbij de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en een eerlijk proces af te wegen tegen die van de bescherming van het zakengeheim. Het vertrouwelijk karakter van het betrokken stuk belet bovendien niet dat de Raad van State daarop acht mag slaan en deze gegevens bij zijn beoordeling mag betrekken.

Wat de genoemde afweging betreft, dient te dezen op de eerste plaats in aanmerking te worden genomen dat alle documenten waarvoor de verwerende partij om vertrouwelijke behandeling vraagt, elementen blijken te bevatten die verband houden met het zakengeheim van de inschrijvers, zodat de mededeling van deze informatie nadelig zou kunnen zijn voor rechtmatige commerciële belangen van deze inschrijvers. Wat de offertes betreft, dient overigens te worden vastgesteld dat de verzoekende partij zelf vraagt om de vertrouwelijke behandeling van haar offerte “gelet op de bedrijfsgevoelige informatie van de offerte”, zodat mag worden aangenomen dat dit tevens geldt voor de overige offertes.

Op de tweede plaats moet in overweging worden genomen dat, vanuit het oogpunt van het recht op eerlijk proces, de verzoekende partij kennis heeft van de motieven in het gunningsverslag op grond waarvan haar offerte wordt geweerd wegens abnormale totaalprijs. Zij heeft die motieven ook uitvoerig betwist in haar inleidend verzoekschrift en memorie van wederantwoord. Bijgevolg is er geen reden om de vertrouwelijkheid van de door de overige inschrijvers ingediende prijsverantwoordingen, die uitsluitend betrekking hebben op een aantal eenheidsprijzen, te lichten, te meer daar de

verzoekende partij hierover in haar verzoekschrift geen middel heeft ontwikkeld ondanks de weergave van het prijsonderzoek in het gunningsverslag. Anders dan zij laat uitschijnen, wordt in de motivering inzake de onregelmatigverklaring van haar offerte wegens abnormale totaalprijs ook geenszins verwezen naar de prijsverantwoordingen verstrekt door de overige inschrijvers.

In de mate dat de verzoekende partij nog aanvoert dat de beoordeling van de andere offertes bijkomend relevantie zou hebben voor de puntenberekening inzake het gunningscriterium prijs, valt eveneens op te merken dat zij dienaangaande geen middel heeft aangevoerd in haar verzoekschrift.

Ten slotte heeft de verzoekende partij geen belang bij de inzage van de adviezen van ATO, aangezien zij aan de hand van het gunningsverslag kennis heeft gekregen van de door de verwerende partij uit die adviezen overgenomen motieven. Zij maakt niet aannemelijk waarom de overige gegevens uit die adviezen, waarop de gunningsbeslissing niet steunt, voor haar dienstig kunnen zijn om haar recht op een eerlijk proces te waarborgen.

Het vertrouwelijk karakter van de betrokken stukken belet de Raad van State niet, gelet op de vereisten van een eerlijk proces, om de juistheid van de grieven na te gaan en te onderzoeken of deze al dan niet grond vinden in de bedoelde stukken, die volledig aan de Raad van State werden meegedeeld, en waarvan hij bijgevolg kennis kan nemen en deze in zijn beoordeling mag betrekken.

Ook blijkt het neerleggen van de volledige raming, wat de eenheidsprijzen betreft, niet nodig voor de oplossing van het geschil nu het tweede middelonderdeel geen betrekking heeft op prijzen en het eerste middelonderdeel slechts op de totaalprijs en niet op de eenheidsprijzen.

Op de vraag van de verzoekende partij in haar laatste memorie tot de opheffing van de offertes van de andere inschrijvers in het kader van het

tweede middelonderdeel om de ernst van de verwerende partij na te gaan bij de beoordeling van die offertes aan het tweede en derde gunningscriterium dient evenmin te worden ingegaan. Deze vraag kwam nog niet eerder in het debat aan bod en dient als niet tijdig te worden geweerd.

Er wordt aldus niet ingegaan op de vraag tot opheffing van de vertrouwelijkheid van de betrokken stukken.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 4, eerste lid, 81, §§ 1 en 2, en 84, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, van de artikelen 4, 8°, en 5, 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’, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, en van het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers, het transparantiebeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, de formele- en materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel en het zuinigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

7. In een eerste onderdeel geeft de verzoekende partij kritiek op de beoordeling en de verwerping van de door haar verstrekte prijsverantwoording van de totaalprijs.

Een afwijzing van een prijsverantwoording louter op grond van een beweerd beknopte en niet gedetailleerde prijsverantwoording is volgens haar op zich niet zorgvuldig aangezien ook een beknopte prijsverantwoording pertinent kan zijn en voldoende elementen kan aanreiken om de gegeven prijsverantwoording te aanvaarden.

De vergelijking met een eerdere overheidsopdracht kan deel uitmaken van de prijsverantwoording, en te dezen kan duidelijk worden vastgesteld dat de prijzen van de verzoekende partij hoger zijn dan deze in de vorige offerte. De overweging dat een vergelijking met het bestek 1M3D8J/15/41 weinig zinvol is, met de loutere verwijzing naar een resultaatsverbintenis *versus* middelenverbintenis overtuigt niet. De prijzen van de verzoekende partij zijn thans hoger. Bovendien werden in de vorige offerte, aangemerkt als een middelenverbintenis, eveneens concrete normen vermeld, die de verbintenis *de facto* ombuigen tot een resultaatsverbintenis.

De verzoekende partij verwijst naar haar brief van 11 juni 2018 waarin zij stelde dat het haar zou verwonderen indien haar offertebedrag onder de raming zou liggen. In het gunningsverslag is echter niets over de raming terug te vinden. Uit de brief van de verwerende partij van 22 november 2018 met vermelding van het globaal ramingsbedrag blijkt dat haar offerte boven dit bedrag ligt en er ook het meest bij aansluit, zodat er geen sprake kan zijn van abnormaal lage prijzen in functie van de raming. Het valt volgens haar dan ook niet te begrijpen waarom er op geen enkele manier een onderzoek werd gevoerd waarbij het bedrag van de raming werd betrokken, en hieromtrent niets werd opgenomen in de motivering van de bestreden beslissing, wat minstens een schending van de formelemotiveringsplicht uitmaakt. Voorts, zo vervolgt de verzoekende partij, had zij er in haar brief op gewezen dat het aangewezen was om net de offerteprijzen van de andere inschrijvers te controleren. Aangezien de andere inschrijvers significant afwijken van het bedrag van de raming is het volgens haar weinig zorgvuldig om dit gegeven niet af te toetsen.

Daarnaast wordt er volgens de verzoekende partij met de verwijzing naar enkele lopende bestekken geen rekening gehouden. Gelet op onder meer het bedrag van de raming, bevestigd door de prijzen geldend onder bestek 1M3D8J/15/41 en een aantal andere lopende bestekken, is het volgens haar duidelijk dat er een grotere abnormaliteit is bij de andere aannemers dan bij haar.

Het is volgens de verzoekende partij voorts onbegrijpelijk dat er prijsverantwoording werd gevraagd om dan finaal op het criterium van de

kwaliteitsgarantie te oordelen dat de verzoekende partij niet voldoet en niet het vereiste puntenaantal scoort.

Ten slotte roept de verzoekende partij het zuinigheidsbeginsel in. Daarbij wijst zij er nogmaals op dat haar prijs in de lijn van deze raming ligt zodat er geen sprake kan zijn van abnormale prijzen. Ook doet zij gelden dat de verwerende partij zich overigens geen vragen heeft gesteld over haar raming.

8. In een tweede onderdeel wijst de verzoekende partij er in de eerste plaats op dat in de gunningsbeslissing geen afdoende motivering is opgenomen. De gunningsbeslissing verwijst naar het gunningsverslag, dat slechts partieel werd overgemaakt bij brief van 16 oktober 2018. Het bestek, noch het gunningverslag vermelden hoe de minimumdrempel werd vastgelegd of toegepast en hoe de concrete puntenverdeling is gebeurd bij de beoordeling van de gunningscriteria kwaliteitsgarantie en plan van aanpak. Aldus laat de beslissing volgens haar na om de juridische en feitelijke overwegingen te vermelden die voldoende zouden moeten zijn om de beslissing te dragen en te controleren. Evenmin kan worden nagegaan of de motieven feitelijk juist en draagkrachtig zijn, zodat hiermee ook de materiële motiveringsplicht wordt geschonden.

Onder verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van 14 juli 2016, C-6/15 inzake TNS Dimarso voert zij voorts aan dat het gelijkheids- en transparantiebeginsel werd geschonden nu niet blijkt dat de beoordelingsmethode voorafgaand aan de opening van de offertes werd vastgesteld.

Het bestek vermeldt op geen enkele manier hoe de punten bij de gunningscriteria kwaliteitsgarantie (30 punten) en plan van aanpak (20 punten) worden vastgesteld en meer bepaald hoe de minimumdrempel (20/30 en 10/20) wordt berekend of wat bepalend is voor het beoordelen van de minimumdrempel.

Ook uit het gunningsverslag kan volgens haar geen methodiek worden afgeleid. Er is ook geen vergelijkende tabel of dergelijke met overzicht van de subgunningscriteria of ter berekening van de punten bij de onderscheiden (sub)gunningscriteria. Het is evenmin duidelijk hoe de minimumdrempel wordt

beoordeeld, wat des te meer van belang is. Het is voor de verzoekende partij zodoende niet mogelijk om na te gaan of er een eerlijke beoordeling van de diverse inschrijvers heeft plaats gevonden. Uit het antwoord van de verwerende partij van 22 november 2018 met toevoeging van het (integrale) gunningsverslag blijkt volgens haar ook dat de gelijkheid tussen de inschrijvers werd miskend. Zo blijkt dat inzake de offerte van de nv Trafiroad er ook wordt gesteld dat het element hermarkering niet werd uitgeschreven en ondermaats is terwijl deze inschrijver dan wel weer de minimumgrens lijkt te hebben gehaald. Hetzelfde geldt volgens haar voor het plan van aanpak; er wordt in algemene bewoordingen gesteld dat de terreinkennis van zowel de nv Trafiroad als de bvba De Groote Deinze de jury niet kon overtuigen en het element organisatie van het werk wordt als onvoldoende beoordeeld. Niettemin behaalt kennelijk enkel de offerte van verzoekende partij niet de minimumgrens waarbij het een raadsel is hoe de puntentelling is gebeurd om deze grens te beoordelen.

Voorts is volgens de verzoekende partij de motivering in het gunningsverslag, wat de gunningscriteria kwaliteitsgarantie en plan van aanpak betreft, formeel en materieel ontoereikend. Het bestek bepaalt dat de kwaliteit minstens dient te voldoen aan de technische vereisten en kwaliteitsvereisten die de bestekstekst en het standaardbestek 250 versie 4.0 opleggen en dat behoudens deze minimale vereisten, de inschrijver een product naar keuze mag aanbieden. De verzoekende partij beschrijft in haar offerte de technieken en vaardigheden die zij hanteert om kwaliteitsvolle resultaten te verzekeren en hoe en wanneer deze technieken zullen worden ingezet. In het verslag wordt hieromtrent echter geen evaluatie gelezen, terwijl haar offerte een positieve beoordeling had moeten krijgen. Het bestek vermeldt dat “bovendien volgende elementen worden beoordeeld”, wat volgens de verzoekende partij aangeeft dat niet enkel deze elementen worden beoordeeld, terwijl het gunningsverslag hiertoe wel beperkt is. In het gunningsverslag wordt enkel verslag gegeven omtrent deze elementen, die betrekking hebben op “de verwijdering van de te vernieuwen markeringen”, “de wijze van beperking hinder voor de weggebruiker door keuze van het aangeboden product”, en “het aantal hermarkeringsbeurten tijdens de waarborgperiode”. De eerste twee elementen worden als voldoende beoordeeld in hoofde van de verzoekende partij. Het derde element wordt als onvoldoende beschouwd en “hiervoor worden geen punten gegeven”. Hoe de punten onderling per element

worden verdeeld, is volgens de verzoekende partij een raadsel. Volgens het bestek wordt een bijlage verwacht inzake de kwaliteit van de materialen en aangeboden producten maar hoeveel punten hiervoor worden toegekend, kan niet worden afgeleid. Ook waar in het gunningsverslag wordt gesteld dat haar offerte zelfs geen 20 op 30 punten behaalt, ontbreekt het volgens de verzoekende partij elke transparantie. Eenzelfde conclusie geldt volgens haar wat de beoordeling van het gunningscriterium plan van aanpak betreft. Met betrekking tot de verzoekende partij wordt in het gunningsverslag aangevangen met de vermelding: “De inschrijver geeft een overzicht van de mogelijke ploegen (hand- en machinewerk, verf, thermo, 2 componenten), die ingezet kunnen worden, zowel op het vlak van personeel als materieel. Het mogelijke rendement wordt weergegeven in een tabel. Dit alles is meer dan voldoende weergegeven...”. Dit doet aldus vermoeden dat de offerte op dit element minstens regelmatig is of minstens tot punten moet leiden, waarbij de minimumdrempel wordt bereikt. Het is voor de verzoekende partij echter onmogelijk om te beoordelen welke concrete beoordelingsmethodiek betreffende dit gunningscriterium werd gehanteerd en dit in het bijzonder voor de beoordeling van de minimumgrens. Als deze er al is, kan evenmin worden beoordeeld of deze op gelijke wijze werd gehanteerd bij de andere inschrijvers.

9. Wat haar belang bij het middel betreft, verwijst de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord in de eerste plaats naar de vaste rechtspraak van de Raad van State aangaande het gekwalificeerd moreel belang waarover zij beschikt doordat onterecht aan haar offerte werd voorbijgegaan. Daarnaast doet zij gelden dat uit haar middel blijkt dat haar offerte onterecht onregelmatig werd verklaard zodat het middel een invloed heeft op de puntentoekenning en de rangschikking van de inschrijvers. Ten slotte wijst zij er ook op dat waar het tweede onderdeel betrekking heeft op de invoering van niet gekende subgunningscriteria, weging en beoordelingsmethode, het er wel degelijk toe strekt aan te tonen dat de opdracht aan geen enkele inschrijver op rechtsgeldige wijze mocht worden gegund.

Ten gronde laat de verzoekende partij, wat het eerste onderdeel betreft, gelden dat zij het wettelijk vermoeden van abnormaliteit waarmee haar offerte was behept heeft weerlegd door een duidelijke en adequate

prijsverantwoording te geven op 11 juni 2018. Zij herhaalt daarbij dat de verwerende partij deze prijsverantwoording niet of onvoldoende heeft onderzocht, niet ontmoet en niet beantwoord heeft. Zij benadrukt dat er een geheel aan elementen werd aangereikt, die dan ook elk op zich of minstens in hun geheel moeten worden beoordeeld. Zo maakt ook de verwijzing naar haar eerdere prijsverantwoording voor de individuele posten hier deel van uit. Ook de vergelijking met de eerdere overheidsopdracht mag deel uitmaken van de prijsverantwoording. Volgens de verzoekende partij blijkt duidelijk dat haar prijzen hoger zijn dan in de vorige offerte. In de mate dat de verwerende partij stelt dat de vergelijking met de prijzen van de andere inschrijvers en andere bestekken niet relevant zijn ingevolge het onderscheid tussen een resultaatsverbintenis en een middelenverbintenis, negeert volgens de verzoekende partij de verwerende partij de inhoud van haar eigen stukken. Zij stelt ook vast dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord met een bocht omheen het prijsverantwoordingselement van de raming gaat. De verzoekende partij vraagt dat de volledige raming zou worden neergelegd in het administratief dossier. Voorts is het volgens haar opmerkelijk dat andere inschrijvers kennelijk een aantal posten hebben verantwoord, doch dat hun niet gevraagd werd om hun totaalbedrag te verantwoorden, terwijl ook dit bedrag ruimschoots afweek van de raming. Zij voegt daar ook aan toe dat zo de verwerende partij van mening was dat de offerte onregelmatig was inzake “prijs”, zij enig nader onderzoek van de andere gunningscriteria in hoofde van de verzoekende partij had kunnen staken, hetgeen zij echter niet heeft gedaan, wat volgens haar een bijkomende onzorgvuldigheid uitmaakt. Ook stelt zij vast dat geen inhoudelijk repliek wordt geboden op de aangevoerde schending van het zuinigheidsbeginsel.

Wat het tweede onderdeel betreft, merkt de verzoekende partij nog op dat de argumentatie van de verwerende partij, dat er geen sprake zou zijn van subgunningscriteria, in strijd is met de daadwerkelijke beoordeling voor elk van de inschrijvers. Voorts merkt zij bijkomend op dat in het bestek de subgunningscriteria personeel / samenstelling van de ploegen apart worden vermeld, maar dat deze in het gunningsverslag kennelijk samen beoordeeld werden. Het is volgens de verzoekende partij niet duidelijk in welke mate dit een invloed heeft gehad op de bepaling van de scores en de (on)gelijke behandeling van de inschrijvers. De verzoekende partij heeft in haar plan van aanpak immers

een afzonderlijk punt gewijd aan het organigram en aan de samenstelling van de ploegen en machines. Ook de wegingscoëfficiënten van de diverse subgunningscriteria blijken niet uit het gunningsverslag en zijn logischerwijze vooraf niet bekend gemaakt. Zij voert aan dat dit wel degelijk een invloed heeft gehad op de weging van de gunningscriteria plan van aanpak en kwaliteitsgarantie, enerzijds, ten aanzien van het gunningscriterium prijs, anderzijds, waarbij de criteria plan van aanpak en kwaliteitsgarantie finaal zwaarder hebben doorgewogen dan het gunningscriterium prijs, terwijl het bestek voorziet dat prijs voor 50 % doorweegt.

Wat de beoordelingsmethode betreft, merkt zij op dat het aan de verwerende partij is om aan te tonen en het bewijs te leveren van (1) welke beoordelingsmethodiek zij heeft gehanteerd en (2) het precieze tijdstip waarop de beoordelingsmethode definitief vastlag. Dit blijkt volgens de verzoekende partij niet uit de voorliggende stukken, zodat volgens haar dient te worden uitgegaan van een onherroepelijk vermoeden van favoritisme. Volgens de verzoekende partij werd de beoordelingsmethodiek inzake kwaliteitsgarantie en plan van aanpak pas tijdens de beoordeling van de offertes vastgesteld. Zelfs indien de Raad van State zou oordelen dat de verwerende partij voldoende aantoonde dat haar beoordelingsmethode werd vastgesteld vóór de opening van de offertes is volgens de verzoekende partij evenmin voldaan aan de andere voorwaarden. Het invoeren van een minimumdrempel voor de criteria kwaliteitsgarantie en plan van aanpak zorgt er volgens haar immers voor dat de gunningscriteria kwaliteitsgarantie en plan van aanpak elk op zich kunnen primeren in de weging van de drie gunningscriteria. Aldus brengt het volgens de verzoekende partij een wijziging met zich mee van de weging van de in het bestek vastgestelde gunningscriteria. Bovendien leidt dit er volgens haar evenzeer toe dat zij haar offerte anders zou hebben opgemaakt met meer aandacht voor het tweede en derde criterium, aangezien deze *de facto* meer doorwegen dan het eerste criterium prijs. Voorts voert zij aan dat haar verwijzing naar de Dimarso-rechtspraak wel degelijk terecht was en dat zelfs indien deze rechtspraak niet onverkort van toepassing zou zijn, dan nog dient te worden vastgesteld dat geen besteksconforme toetsing is gebeurd. Tevens herhaalt zij dat de bestreden beslissing niet beantwoordt aan de materiële- en formelemotiveringsplicht en dat

zij belang heeft bij het aanvoeren van deze grief. Ook herhaalt zij dat met een *post factum* motivering geen rekening mag worden gehouden.

10. In haar laatste memorie betreffende het eerste middelonderdeel volhardt de verzoekende partij in haar stelling dat haar gegeven prijsverantwoording voor de totaalprijs niet zorgvuldig werd onderzocht. Zij herhaalt dat een beknopte prijsverantwoording pertinent kan zijn en zij de aanbestedende overheid voldoende elementen heeft aangereikt om de gegeven prijsverantwoording te aanvaarden.

Hierbij benadrukt zij aldus opnieuw dat de verwerende partij de volgende prijsverantwoordingselementen niet heeft ontmoet en haar standpunt hieromtrent niet afdoende heeft gemotiveerd. Tevens wijst zij erop dat in het auditorsverslag er niet afdoende wordt ingegaan op haar standpunt. Zij beklemtoont hierbij het volgende:

- haar eerdere prijsverantwoording voor enkele individuele posten is wel degelijk relevant samen genomen met de andere elementen van haar verantwoording;
- haar prijzen liggen ruim boven deze van de net beëindigde opdracht tot leveren en aanbrengen van markeringen in het district 315 Oostende – Westkust waarbij de werken aan de verzoekende partij werden gegund; dit bestek was wel degelijk in grote mate vergelijkbaar en relevant;
- de vergelijking met een eerdere overheidsopdracht mag deel uitmaken van de prijsverantwoording;
- de prijzen van de andere inschrijvers moeten worden afgetoetst aan een aantal voor hen lopende bestekken; het argument dat het zou gaan om een middelenverbintenis gaat niet op nu bij vergelijking van de beide bestekken dezelfde normen worden opgelegd;
- het offertebedrag van verzoekende partij ten bedrage van 872.766,95 euro ligt boven het bedrag van de raming van 819.557,20 euro en sluit ook het meest aan bij het bedrag van deze raming die in beginsel een objectief en relevant vergelijkingspunt vormt in het kader van het prijsonderzoek; hierop werd niet geantwoord in de motivering van de beslissing; bovendien, indien meerdere inschrijvers betekenisvolle afwijkingen

vertonen van de eenheidsprijzen en de totaalprijzen opgenomen in de raming moet zulks het bestuur ertoe aanzetten de raming zelf aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen; ook in het licht van het gelijkheidsbeginsel is het de aanbestedende overheid verboden om aan een inschrijver een prijsverantwoording te vragen en aan een andere niet, wanneer er duidelijk sprake is van een grotere abnormaliteit bij de andere inschrijvers.

Ten slotte herhaalt zij dat het van een “frappante” onzorgvuldigheid getuigt om eerst de offerte onregelmatig te verklaren inzake “prijs”, en vervolgens die toch in aanmerking te nemen bij het onderzoek van de andere gunningscriteria.

Wat het tweede onderdeel betreft, volhardt de verzoekende partij dat met betrekking tot het tweede en derde gunningscriterium subgunningscriteria werden gehanteerd die niet vooraf werden bekend gemaakt noch de beoordelingsmethodiek ervan, waarbij de offertes kennelijk ook punten kregen volgens deze criteria. Zij benadrukt hierbij dat zij het gebrek aan transparantie omtrent de minimumdrempel en de verdeling van de punten reeds aankaarte in het verzoekschrift, zodat zij op ontvankelijke wijze heeft aangevoerd dat ook de wegingscoëfficiënten van de diverse subgunningscriteria vooraf niet bekend werden gemaakt. Hetzelfde geldt volgens haar voor de bijkomende grief dat de subgunningscriteria personeel en samenstelling van de ploegen in het gunningsverslag samen beoordeeld worden alwaar deze in het bestek apart worden vermeld. Minstens mocht zij haar grieven hieromtrent nader in haar memorie van wederantwoord ontwikkelen, nu zij daarmee reageert op de beweringen van de verwerende partij in de memorie van antwoord dat er geen sprake zou zijn van subgunningscriteria en dat “zij zich niet van meet af aan wenste te verbinden door aan elk van de aspecten een wegingscoëfficiënt te vermelden”, “standpunt waar verzoekende partij slechts kennis van neemt naar aanleiding van de memorie van antwoord”.

Zij benadrukt dat evenmin voorafgaandelijk in het bestek was aangekondigd wat het criterium was voor de *de minimis* schaal van 20/30 inzake kwaliteit en 10/20 inzake plan van aanpak en dit zelfs niet af te leiden is uit het

gunningsverslag. Zij herhaalt dat het invoeren van een minimumdrempel voor het tweede en derde gunningscriterium er immers voor zorgt dat deze criteria elk op zich kunnen primeren in de weging van de drie gunningscriteria, wat aldus een wijziging met zich meebrengt van de weging van de in het bestek vastgestelde gunningscriteria.

Zij betwist hierbij dat de formulering ervan in het bestek afdoende zou zijn om tot een correcte beoordeling te kunnen komen in het licht van de gelijkheid van de inschrijvers en het transparantiebeginsel. Zij meent dat zij door deze beoordelingsmethodiek wel degelijk werd verschalkt, aangezien er aldus *de facto* geen weging meer toekomt aan het criterium prijs zodra bij één van de andere gunningscriteria de minimumdrempel niet wordt behaald, waarvan uit het bestek, noch uit het gunningsverslag blijkt hoe deze wordt beoordeeld.

Beoordeling

Eerste onderdeel

11. Overeenkomstig artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 dient de aanbestedende overheid een prijzenbevraging uit te voeren voor elke offerte waarvan het totale offertebedrag minstens vijftien procent onder het gemiddelde bedrag ligt van de door de inschrijvers ingediende offertes. Dat dit wettelijk vermoeden van abnormaliteit bestond wat de offerte van de verzoekende partij betreft, wordt niet betwist.

De aanbestedende overheid beschikt bij de toepassing van artikel 36, § 3, van het voornoemde koninklijk besluit in beginsel over een beoordelingsruimte om de in het kader van de toepassing van die bepaling gegeven prijsverantwoording al dan niet te aanvaarden. De Raad van State mag zich, gesteld voor de toetsing van een dergelijke beoordeling, niet in de plaats stellen van het bestuur en zelf de beoordeling van de prijsverantwoording overdoen. Het komt hem enkel toe om desgevraagd de beoordeling op haar rechtmatigheid te toetsen.

Een vraag tot prijsverantwoording is een ernstige aangelegenheid en een om prijsverantwoording gevraagde inschrijver dient te weten dat hij het risico loopt dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard. Hij mag zich niet beperken tot vaagheden en algemeenheden, maar dient zijn vermoedelijk abnormaal lage totaalprijs specifiek, concreet onderbouwd en zo volledig mogelijk gestaafd te verantwoorden.

12. Op de eerste plaats wordt met de verwerende partij vastgesteld dat de door de verzoekende partij opgegeven verantwoording voor de schijnbaar abnormale totaalprijs summier en weinig concreet is.

Voorts toont de verzoekende partij niet aan waarom de verwerende partij met haar oordeel om het eerste verantwoordingselement inzake de eerdere verantwoording van de eenheidsprijzen voor een aantal posten niet te aanvaarden, omdat het totale aandeel van deze posten slechts ongeveer 6 % bedraagt, buiten de perken van de zorgvuldigheid zou zijn getreden. Dit element zoals aangebracht in de prijsverantwoording blijkt inderdaad onvoldoende als concrete verklaring voor de abnormaal lage totaalprijs van de verzoekende partij. Deze vaststelling in de bestreden beslissing wordt overigens door de verzoekende partij in haar verzoekschrift niet als dusdanig betwist. De opmerking in haar laatste memorie dat dit element echter dient te worden samen genomen met de andere verantwoordingselementen, doet geen afbreuk aan het voormelde motief dat dit element met betrekking tot slechts enkele verantwoorde eenheidsprijzen op zich geen verklaring biedt voor de abnormaal lage totaalprijs .

Wat het tweede verantwoordingselement betreft, waarbij verwezen wordt naar de inschrijvingsprijzen van het bestek 1M3D8J/15/41, maakt de verzoekende partij evenmin concreet aannemelijk op welke wijze dit haar te dezen abnormaal lage totaalprijs kan verantwoorden. Het in de bestreden beslissing benoemde onderscheid tussen de beide bestekken, namelijk dat het in het geding zijnde bestek een resultaatverbintenis betreft terwijl het voornoemde bestek op een middelenverbintenis betrekking heeft, vindt bevestiging in de

neergelegde stukken. De loutere bewering dat in het bestek 1M3D8J/15/41 concrete normen werden opgenomen die “de verbintenis *de facto* ombuigen tot eveneens een resultaatsverbintenis” is te vaag om de uitdrukkelijke bewoordingen in de respectieve bestekken tegen te spreken. De verzoekende partij poogt dit euvel in haar laatste memorie te verhelpen maar zulks gebeurt dus niet tijdig in het debat.

Ook wat het derde verantwoordingselement betreft, waarbij de verzoekende partij verwijst naar prijzen van andere inschrijvers naar aanleiding van andere opdrachten, wijst de verwerende partij in de bestreden beslissing telkens op de verschilpunten met onderhavige opdracht, waardoor niet blijkt dat de vergelijkbaarheid met deze opdrachten is aangetoond. Bovendien wordt de verwerende partij in de prijsverantwoording slechts op algemene wijze “aangeraden” om de totaalprijzen van de andere inschrijvers te onderzoeken, terwijl het wettelijke vermoeden van abnormaliteit van de totaalprijs en het verplicht onderzoek in hoofde van de verwerende partij ingevolge artikel 36, § 4, van voormeld koninklijk besluit, uitsluitend rust op de offerte van de verzoekende partij.

De verzoekende partij brengt geen enkel op de huidige opdracht toegespitst of becijferd element naar voren in de verantwoording van haar totaalprijs en beperkt zich in essentie tot de loutere bevestiging van haar naar eigen zeggen “correcte prijs” door verwijzing naar een eerdere opdracht en de stelling dat eerder de prijzen van de andere inschrijvers hoog liggen en dienen te worden onderzocht.

In de mate dat de verzoekende partij betoogt dat de verwerende partij ten onrechte zou zijn voorbij gegaan aan de raming, valt op te merken dat het voormelde artikel 36, § 4, slechts verwijst naar “elke offerte waarvan het totale offertebedrag minstens vijftien procent onder het gemiddelde bedrag van de door de inschrijvers ingediende offertes ligt”, zonder verwijzing naar de raming. Een verwijzing naar de raming op zichzelf kan de afwijking ten opzichte van het

wettelijk gemiddelde bijgevolg niet verklaren. Overigens blijkt dat ATO in zijn eerste advies van 22 mei 2018 het accuraat karakter van de raming ook in vraag heeft gesteld zodat de kritiek van de verzoekende partij dat de raming niet werd onderzocht, niet terecht is. In ieder geval maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat er krachtens enige bepaling of beginsel een verplichting bestaat om een raming in ieder geval bij het prijsonderzoek te betrekken.

De verzoekende partij slaagt er aldus niet in aan te tonen dat de verwerende partij te dezen op onrechtmatige wijze zou hebben besloten dat de prijsverantwoording van de verzoekende partij voor haar abnormaal lage totale offerteprijs onvoldoende was om de schijn van abnormaliteit weg te nemen die ingevolge de toepassing van artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, van rechtswege over haar totaalprijs hing.

13. Voor zover de verzoekende partij ook nog de schending van het zuinigheidsbeginsel aanvoert, kan dit beginsel bezwaarlijk inhouden dat een opdracht toch zou moeten worden gegund aan een lagere inschrijver wanneer die een substantieel onregelmatige offerte blijkt te hebben ingediend.

Voor zover de verzoekende partij kritiek heeft op het door de verwerende partij gevoerde nader onderzoek van de offerte van de verzoekende partij wat de andere gunningscriteria betreft, terwijl zij deze al onregelmatig had bevonden inzake prijs, valt niet in te zien waarom dit een onzorgvuldigheid in hoofde van de aanbestedende overheid zou inhouden.

14. Het eerste middelonderdeel is niet gegrond.

Tweede onderdeel

15. Met de verwerende partij wordt vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partij als substantieel onregelmatig werd verworpen, zowel omwille van een niet-verantwoorde abnormaal lage totaalprijs als omwille van het niet-behalen van de minimumscore voor het tweede en voor het derde

gunningscriterium. Elk van die drie motieven op zich genomen reeds volstaat om de beslissing tot onregelmatigverklaring van de verzoekende partij te dragen.

Aangezien uit de beoordeling van het eerste onderdeel is gebleken dat het motief waarbij de offerte van de verzoekende partij als substantieel onregelmatig werd verworpen omwille van een niet-verantwoorde abnormaal lage totaalprijs overeind blijft, heeft de verzoekende partij geen belang meer bij haar kritiek op de twee overige motieven zoals aangebracht in het tweede onderdeel in de mate dat, zelfs gegrond, deze kritiek niet meer tot de vaststelling kan leiden dat haar offerte ten onrechte als substantieel onregelmatig werd verworpen.

16. In de mate dat in het tweede onderdeel wordt aangevoerd dat de beoordelingsmethodiek van de gunningscriteria kwaliteitsgarantie en plan van aanpak, en de subcriteria niet voorafgaand aan de opening van de offertes zouden zijn vastgesteld, betreft dit middel echter een besteksonregelmatigheid die van aard is om de gehele gunningsprocedure aan te tasten, waarbij de verzoekende partij wel nog over het vereiste belang beschikt.

Het gegrond bevinden van het middelonderdeel zou er immers toe kunnen leiden dat de gehele gunningsprocedure moet worden hernomen waardoor de verzoekende partij aldus opnieuw kans zou maken een nieuwe offerte in te dienen en de opdracht gegund te krijgen.

17. 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 beoordelingsruimte van de aanbestedende overheid om de volgens haar best geschikte beoordelingsmethode te kiezen, zij het dat die bevoegdheid 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.

Als subcriteria moeten worden beschouwd gegevens die dienstig zijn om in het aangeboden een onderscheid te maken en die aldus een maatstaf bij een beoordeling van een gunningscriterium zijn. Om een subcriterium te kunnen onderscheiden van de in het kader van de motiveringsplicht vereiste vermelding van gunstige of minder gunstige elementen die de beoordeling van een gunningscriterium ondersteunen, moet het gaan om een voorafgaand aan de toetsing bedacht gegeven waarmee de inschrijvingen min of meer stelselmatig worden vergeleken of om een enigszins planmatige toetsing.

18. Het bestek bevat te dezen geen omschrijving van een bijzondere beoordelingsmethode wat de gunningscriteria kwaliteitsgarantie en plan van aanpak betreft, behoudens wat de zogenaamde minimumdrempel betreft, namelijk minimaal 20/30 behalen voor het gunningscriterium kwaliteitsgarantie en minimaal 10/20 behalen voor het gunningscriterium plan van aanpak.

Uit het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij per inschrijver een uitvoerige beschrijvende evaluatie in woorden geeft van deze twee gunningscriteria, waarbij telkens melding wordt gemaakt van een aantal concrete beoordelingselementen of aspecten die in het bestek bij die beide criteria zijn omschreven. Ook al is in het bestek sprake van “tevens” en “onder meer” blijkt niet dat aan nog andere elementen dan deze zouden zijn betrokken bij de beoordeling. Aan de inschrijvers wiens offerte niet onregelmatig werd bevonden, is een quoterings gegeven op 30 en respectievelijk 20 punten, zonder nadere opsplitsing. Met de verwerende partij wordt vastgesteld dat dit niet de toepassing betreft van een specifieke of bijzondere beoordelingsmethode, doch wel de loutere toetsing aan de gunningscriteria, zoals verduidelijkt in het bestek.

Hieruit kan aldus niet worden afgeleid dat er te dezen zou zijn gebruikgemaakt van een pas na de opening van de offertes vastgestelde beoordelingsmethode, noch van een systematische toetsing aan niet vooraf bekende subcriteria met eigen niet vooraf bekendgemaakte wegingscoëfficiënten. Bovendien blijkt in elk geval niet dat de verwerende partij bij de beoordeling gebruik zou hebben gemaakt van elementen die niet vooraf in het bestek werden bekendgemaakt en aldus niet bij de inschrijvers bekend waren.

Hierbij mag nog worden opgemerkt dat de verzoekende partij vanuit het bestek op de hoogte was van de beoordelingselementen, de weging van elk gunningscriterium, namelijk prijs (50 punten), kwaliteit (30 punten) en plan van aanpak (20 punten), en de minimumdrempel bij deze twee laatste (20/30 en 10/20), en dus ook dat “er aldus *de facto* geen weging meer toekomt aan het criterium Prijs zodra bij één van de andere gunningcriteria de minimumdrempel niet wordt behaald”. Zij was op die manier er wel degelijk van op de hoogte dat “deze *de facto* meer doorwegen dan het eerste criterium Prijs” zodat zij niet ernstig kan beweren dat zij “haar offerte anders zou hebben opgemaakt mét méér aandacht voor het tweede en derde criterium”.

Het feitelijk uitgangspunt van dit onderdeel van het middel, namelijk dat achteraf een (specifieke) beoordelingsmethode zou zijn toegepast en subcriteria met eigen weging zouden zijn gehanteerd, die niet voorafgaand aan de opening van de offertes door de verwerende partij werden bekendgemaakt of vastgesteld, faalt.

Met haar in de memorie van wederantwoord ontwikkelde grief dat de beweerde “subcriteria” personeel - samenstelling van de ploegen in het bestek apart worden vermeld, maar dat deze in het gunningsverslag kennelijk samen werden beoordeeld, toont zij evenmin aan dat geen besteksconforme toetsing zou zijn gebeurd, nu haar premisse dat deze elementen door de verwerende partij zouden zijn gehanteerd als subcriteria met een eigen vooraf niet bekendgemaakte weging niet kan worden bijgevalen.

19. Het tweede middelonderdeel is deels onontvankelijk, deels ongegrond.

Besluit

20. Het middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van elf maart tweeduizend eenentwintig, 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