

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.869 van 14 maart 2013
in de zaak A. 207.909/XII-7235**

In zake: de BVBA HAGELAND EDUCATIEF
met maatschappelijke zetel te 3294 Molenstede (Diest)
Herrestraat 17-19

tegen:

het Autonoom Gemeentebedrijf
STEDELIJK ONDERWIJS ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 februari 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 25 januari 2013 van de raad van bestuur van het Autonoom Gemeentebedrijf Stedelijk Onderwijs Antwerpen waarbij de opdracht met betrekking tot “raamcontract leveren en plaatsen kleutermeubilair” wordt gegund aan bvba Top Buro.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 maart 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Zaakvoerder Jozef Baert, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Stephanie Taelman, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. Het autonoom gemeentebedrijf Stedelijk Onderwijs Antwerpen schrijft een overheidsopdracht uit voor het leveren en plaatsen van meubilair voor kleuterscholen. De opdracht wordt gegund middels een algemene offerteaanvraag.

De opdracht wordt geraamd op een bedrag van 250.000,00 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 24 juli 2012 en in het Europees Publicatieblad van 27 juli 2012.

3.3. In het bestek SO/2011/004 wordt een beschrijving opgenomen van de te leveren items:

“I.7. Beschrijving van de items uit de prijsopgave

De items dienen zoveel mogelijk te voldoen aan onderstaande beschrijving.

I.7.1. Tafels

[...]

I.7.2. Stoelen

[...]

I.7.3. Banken

[...]

I.7.4. Andere items uit de prijslijst

Magneetwanden, spiegelwand, kasten. Deze items zijn minder gedetailleerd omschreven. Prijs in te dienen volgens de omschrijving uit de inventarislijst.

[...]”.

Met betrekking tot de gunningscriteria wordt in het bestek bepaald:

“[...]

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Prijs	45
	Regel van drie; score offerte = (prijs laagste offerte/prijs offerte)*gewicht van het criterium prijs	
2	Kwaliteit	45
	Beoordeling van de technische kwaliteit, veiligheid, duurzaamheid, ergonomie, functionaliteit, pedagogische en didactische waarde, assortiment, accessoires De leverancier met de beste score op kwaliteit krijgt het maximum van de punten, de volgende in verhouding.	
3	Leveringsvoorwaarden en waarborgtermijn	5
	De leveringsvoorwaarden zoals leveringstermijn en eventuele kosten verbonden aan levering en plaatsing evenals de waarborgtermijnen en –voorwaarden moeten duidelijk worden omschreven en maken deel uit van de offerte. De leverancier met de beste score krijgt het maximum van de punten, de volgende in verhouding	
4	Algemene korting op catalogusprijzen	5
	Regel van drie; Score offerte= (prijs laagste offerte/prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs	

Aan elk criterium werd een gewicht toegekend. Op basis van de afweging van al deze criteria rekening houdende met het gewicht dat er aan werd toegekend, zal de opdracht gegund worden aan de volgens deze afweging voordeligste inschrijver”.

3.4. De openingszitting vindt plaats op 19 september 2012. Er worden negen offertes ingediend:

	NAAM	ADRES
1	Baert	Essenestraat 16 te 1740 Ternat
2	Hageland	Herrestraat 17 te 3294 Molenstede
3	Top Bureau bvba	Brusselsepoortstraat 90 te 9000 Gent
4	DOX	Antwerpsesteenweg 499 te 2500 Lier
5	Presibel	Veldenstraat 14 te 2470 Retie
6	Structur	Winkelom 77 te 2440 Geel
7	Gbe	Pastoor Claesenstraat 1, te 2440 Geel
8	Bidakta	Blindestraat 1, 8750 Zwevezele
9	Schille	Utrechtseweg 32, Postbus 14, 3400 AA IJsselstein (Nl)

3.5. Op 2 oktober 2012 stuurt verwerende partij aan de inschrijvers een e-mailbericht met de mededeling dat er een testopstelling zal plaatsvinden in de eerste week van november. Er wordt gesteld:

“De testopstelling moet AG SO toelaten om de functionele vereisten opgenomen in de gunningscriteria beter te beoordelen. Hier willen we benadrukken dat enkel de items uit het inventarisformulier zijn toegelaten en zullen worden geëvalueerd”.

Slechts zes inschrijvers nemen deel aan de testopstelling.

3.6. Op 22 november 2012 wordt een gunningsverslag opgesteld, op grond waarvan op 30 november 2012 de raad van bestuur van het Autonoom Gemeentebedrijf Stedelijk Onderwijs Antwerpen beslist de opdracht te gunnen aan bvba Top Buro.

3.7. Na intrekking van voorgaande beslissing wordt op 3 januari 2013 een nieuw gunningsverslag opgesteld. Alle offertes worden administratief en technisch conform geacht. In het gunningsverslag worden de gunningscriteria met betrekking tot verzoekende partij en de gekozen inschrijver als volgt beoordeeld:

“[...]”

Nr.	Naam	Motivering	Score
-----	------	------------	-------

Gunningscriterium nr. 1: Prijs Beoordeling op 45 punten Regel van drie; Score offerte= (prijs laagste offerte/prijs offerte)*gewicht van het criterium prijs			
2 [...]	Hageland	(€398.125,00/€398.125,00)*45=45	45
3	Top Buro bvba	(€398.125,00/487.647,50)*45=36,74	36,74
Gunningscriterium nr. 2: Kwaliteit Beoordeling op 45 punten Beoordeling van de technische kwaliteit, veiligheid, duurzaamheid, ergonomie, functionaliteit, pedagogische en didactische waarde, assortiment, accessoires. De leverancier met de beste score op kwaliteit krijgt het maximum van de punten, de volgende in verhouding.			
3 [...]	Top Buro bvba		45
2	Hageland		35,37
Motivering: zie bijlage			
Gunningscriterium nr. 3: Leveringsvoorwaarden en waarborgtermijn Beoordeling op 5 punten De leverancier met de beste score krijgt het maximum van de punten, de volgende in verhouding.			
3 [...]	Top Buro bvba		4
2	Hageland		2,5
Motivering: zie bijlage			
Gunningscriterium nr. 4: korting op catalogus Beoordeling op 5 punten De leverancier met de beste score krijgt het maximum van de punten, de volgende in verhouding.			
2 [...]	Hageland		1,88
3	Top Buro bvba		1,88
Motivering: zie bijlage			

Finale rangschikking regelmatige offertes (gerangschikt volgens totale score en prijs excl. btw)

Nr.	Naam	Score	Prijs excl. btw
3	Top Buro bvba	87,50	€487.647,50
2	Hageland	84,75	€398.125,00
[...]			

In tegenstelling tot het vorige gunningsverslag, wordt nu met betrekking tot het gunningscriterium ‘kwaliteit’ niet enkel een puntentabel opgenomen maar wordt tevens aan het gunningsverslag een bijlage toegevoegd met een motivering van de beoordeling in woorden.

“[...]

TOP BURO 44.88 p [...]	Zeer degelijke meubels. Opbergkasten met verstelbare schabben. De opbergkast met bakjes functioneert zonder glijders en hierdoor praktischer. De deuren van de kasten draaien 270°. De poten van stoelen en poten zijn stevig verankerd. Zeer veel aanbouw- en uitbreidingsmogelijkheden. Divers assortiment, items worden aangeboden in verschillende kleuren. Maatwerk is mogelijk.
HAGELAND 35.37 p	Technische kwaliteit van het materiaal is goed. Stevige verankering van de tafelpoten en afgeronde hoeken aan de tafels. Ruime aanbouwmogelijkheden en veel kleurvariëteit. Negatieve punten zijn dat de stoelen enkel gelijmd waren, de magneetwand niet langs beide kanten bruikbaar is, de deur van de kast niet 270° kan draaien, de stapelbare bank blijkbaar een prototype was dat nog verder moest worden ontwikkeld.

[...]”.

In het gunningsverslag wordt volgende besluit opgenomen:

“Op grond van de kwalitatieve selectie van de inschrijvingen, het administratief en technisch nazicht van de offertes en de vergelijking van de offertes gemaakt in de voorgaande punten, stelt de ontwerper voor om de opdracht te gunnen aan de firma met de economisch meest voordelige regelmatige (rekening houdend met de gunningscriteria) offerte, zijnde de firma Top Buro bvba, [...], tegen de eenheidsprijzen vermeld in de offerte van deze inschrijver”.

3.8. Op 25 januari 2013 neemt de raad van bestuur van het Autonoom Gemeentebedrijf Stedelijk Onderwijs Antwerpen de te dezen bestreden beslissing waarbij de opdracht opnieuw aan bvba Top Buro wordt gegund.

3.9. Bij aangetekend schrijven van 28 januari 2013 wordt verzoekende partij er van in kennis gesteld dat de opdracht wordt gegund aan de bvba Top Buro.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. Verwerende partij werpt in haar nota drie excepties op.

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

V. De schorsingsvoorwaarden

6. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

7. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 ‘tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting

8. Verzoekende partij voert in haar verzoekschrift aan:

“In dit dossier werd gegund op basis van een aantal criteria, waaronder kwaliteit.

Vooraf op het vlak van deze beoordeling hebben we twijfels over de gegrondheid, degelijkheid en objectiviteit van de toekenning van de punten”.

Vervolgens brengt zij volgende motivering aan voor haar vordering tot schorsing:

“We stellen echter vast dat er vooral in het gunningscriterium nr. 2 ‘kwaliteit’ een aantal manifeste fouten en onduidelijkheden staan.

Het gaat hierbij vooral over de punten die toegekend worden aan Top Buro, aan wie gegund wordt en de punten die toegekend worden aan Hageland.

Top Buro haalt 99,73% van de punten.

Dus nagenoeg idem als de allerbeste in kwaliteit (DOX).

Topburo verliest slechts 0,12 punten op 45 of 0,26 punten op 100.

Nochtans

1. De bij de testopstelling geëiste bank met leuning, metalen onderstel, stapelbaar, werd door Top Buro niet opgesteld. Wel een volledig houten bankje, niet stapelbaar. Het niet beantwoorden aan de testopstelling levert voor de firma Eibe (zie uw motivatie) strafpunten op, dus blijkbaar toch van belang, maar niet voor Top Buro. Onze vraag: pas bij Top Buro dezelfde puntenaftrek toe als bij Eibe.
2. Strafpunten voor Hageland: de stoeltjes zouden enkel gelijmd zijn. Dit is manifest en bewijsbaar onjuist: bij de stoelen die gepresenteerd werden in de testopstelling is het kader gelijmd EN geschroefd. Dit kan eveneens nagegaan worden op basis van onze leveringen 113020 van 18/07/2012 in de Stedelijke Kleuterschool ‘De Kameleon’ ... of van onze levering 114932 van 23/08/2012 aan de Stedelijke Kleuterschool ‘De Musjes’, ... of nog vele andere leveringen aan stadsscholen. Onze vraag: neem deze strafpunten bij Hageland weg.[...]
3. Strafpunten voor Hageland: wegens ‘prototype’ van bankje: ondanks het feit dat Hageland tegemoet komt aan de eisen van de testopstelling, wat flexibiliteit bewijst, in tegenstelling met Top Buro, krijgt Hageland

toch een negatieve beoordeling: niet het product wordt bestraft, wel het feit dat Hageland de inspanning heeft gedaan tegemoet te komen aan een eis van de testopstelling. Het op de testopstelling gepresenteerde bankje was inderdaad een prototype, maar wel stapelbaar en wel met metalen onderstel zoals geëist in het lastenboek. Overigens bewijst deze bestraffing het belang dat de keuring toekende aan dit bankje. Maar dus helemaal niet lastens Top Buro die naast de kwestie (zie punt 1) opstelde. Onze vraag: neem de strafpunten bij Hageland weg en waardeer de gedane inspanning.[...]

4. Strafpunten voor Hageland: de magneetwand zou niet dubbelzijdig bruikbaar zijn: in het lastenboek werd voor de artikels 9 en 11 gevraagd: 'Met magneetwand van gekleurd plaatstaal van ca 80 cm(§b) x 130 cm (h) x 4 cm 'respectievelijk vrijstaand en op wielen. Van dubbelzijdig bruikbaar is in het lastenboek geen sprake. Dit mag dan ook niet tot een negatieve beoordeling leiden. Hageland bood hier naar keuze het magnetische witte of groene beschrijfbaar bord aan uit het 'Trendy' assortiment van de fabrikant Conen. Dit dus helemaal conform en zelfs beter dan het gevraagde in het lastenboek (vraag was enkel: 'magnetisch') Top Buro bood uit deze zelfde reeks (zoals wij bij de testopstelling) ook van de fabrikant Conen, de niet-beschrijfbaar magneetwand in plaatstaal aan. (catalogus pagina 1083) De magneetwand in het aanbod van Hageland is inderdaad niet dubbelzijdig, wat onterecht, want ongevraagd, als negatief punt aangehaald wordt. De meerwaarde waarbij de magneetwand eveneens als schrijfbord voor krijt of whiteboardstiften gebruikt kan worden wordt onterecht genegeerd. In ieder geval kan Hageland uit hetzelfde assortiment van de fabrikant Conen de onbeschrijfbaar magneetwanden in plaatstaal leveren. Onze vraag: neem deze strafpunten bij Hageland weg. Beoordeel Topburo op het aspect van onbeschrijfbaarheid van zijn opstelling of neutraliseer dit element vanwege het evenwicht tussen beide aanbiedingen.[...]
5. Pluspunten voor Top Buro: want opbergkast zonder glijders. In de testopstelling van Hageland werden 3 kasten met bakken getoond, bij alle 3 de kasten functioneerden de bakjes eveneens zonder glijders. Onze vraag: neutraliseer wegens zelfde aanbieding. [...]
6. Pluspunten voor Top Buro: want opbergkasten met verstelbare schabben. Maar Hageland idem. Onze vraag: neutraliseer wegens zelfde aanbieding.[...]
7. Pluspunten voor Top Buro: want de deuren van de kasten draaien 270° open: dit klopt volgens ons alleen voor de HOGE kasten uit de collectie van Top Buro (fabrikant Conen). De lage kasten uit het assortiment van Top Buro (fabrikant Conen) draaien ook slechts 180° open (verifieerbaar in de Conen/Top Buro-catalogus). Bovendien heeft Hageland eveneens hoge kasten in het assortiment (van fabrikant Conen) die deuren hebben die 270° opendraaien, zie catalogus Hageland pagina 372. Dit was trouwens geen vraag van het lastenboek. Was dit wel vermeld geweest dan hadden wij uiteraard de Conen

kasten, idem als Top Buro aangeboden. Onze vraag: neutraliseer wegens zelfde aanbieding.[...]

8. Pluspunten voor Top Buro: maatwerk is mogelijk. Maatwerk is ook bij Hageland mogelijk in alle voorgestelde meubelreeksen. Onze vraag: neutraliseer wegens zelfde aanbieding [...]”.

Beoordeling

9. De kritiek in het middel kan op het eerste gezicht worden teruggebracht tot een schending van het beginsel van de materiële-motiveringsverplichting, in samenhang met een schending van het gelijkheidsbeginsel. Het middel lijkt te kunnen worden onderverdeeld in acht onderdelen, in overeenstemming met de acht punten van kritiek, die ook door verwerende partij in haar nota werden besproken.

10. De materiële - motiveringsverplichting vereist dat voor elke administratieve beslissing rechtens aanvaardbare motieven bestaan met een voldoende feitelijke grondslag, dat het werkelijk bestaande feiten moet betreffen die door het bestuur met de nodige zorgvuldigheid worden vastgesteld. Zo hiervan al niet op afdoende wijze blijkt van gegeven moet worden in het besluit zelf lijkt de mogelijkheid tot controle hierop te vereisen dat die grondslag blijkt uit het administratief dossier.

Bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria beschikt de aanbestedende overheid over een grote beoordelingsvrijheid en de Raad van State mag zich niet in de plaats van het bestuur stellen en de rangschikking wijzigen. Zulks houdt echter niet in dat het oordeel van de aanbestedende overheid zou zijn onttrokken aan het wettigheids-toezicht van de Raad van State. Aldus kan de Raad desgevraagd onder meer nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven, nagaan of de inschrijvers gelijk werden behandeld en of verwerende partij de grenzen van een redelijke beoordeling niet te buiten is gegaan.

11. Uit het gunningsverslag, de bijgevoegde motivering, de evaluatieverslagen van de individuele leden van de evaluatiecommissie en de puntentabel met verdeling van de punten per evaluatie, alle opgenomen in het administratief dossier, lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden afgeleid dat te dezen met betrekking tot het gunningscriterium “kwaliteit” de offertes op een globale manier werden beoordeeld betreffende de technische kwaliteit, veiligheid, duurzaamheid, ergonomie, functionaliteit, pedagogische en didactische waarde, assortiment en accessoires. Die beoordeling gebeurde onder meer aan de hand van een testopstelling en aan de hand van de catalogus. Daartoe heeft elk van de vijf leden van het evaluatieteam aan de hand van een aantal pluspunten en minpunten met betrekking tot de kwaliteit van de aangeboden producten bij de testopstelling, een rangschikking gemaakt van de offertes betreffende de testopstelling enerzijds en betreffende de catalogus anderzijds. Vervolgens lijken aan de rangschikking een aantal punten te zijn toegekend. De eerste gerangschikte kreeg 100 punten, de tweede 88, de derde 76, de vierde 64, de vijfde 52 en de zesde 40. Vervolgens werden deze punten voor de vijf evaluatieformulieren dan opgeteld, herrekend naar een gemiddelde over de vijf evaluaties en vervolgens herberekend op grond van de weging van het criterium. Een aantal van de door de leden van de evaluatiecommissie opgetekende pluspunten en minpunten werden vervolgens opgenomen in de motivering als bijlage bij het gunningsverslag.

Zoals verwerende partij terecht lijkt te stellen, leidt deze werkwijze ertoe dat de offertes op “globale” wijze werden beoordeeld door de juryleden. Het lijkt aldus op het eerste gezicht niet zo te zijn dat de diverse motieven opgenomen in de bijlage bij het gunningsverslag, namelijk de vermelding van pluspunten en minpunten voor elke offerte, op zich terug te brengen zijn tot een bepaalde score die in plus of in min aan een offerte werd toegekend.

12. Gelet hierop lijkt verzoekende partij slechts een *prima facie* vaststelbare schending van de materiële motivering te kunnen aantonen wanneer zij verduidelijkt waarom op grond van de globale beoordeling met positieve en negatieve elementen per offerte zoals weergegeven in de bijlage bij het

gunningsverslag, het verschil in punten tussen de offertes niet te verantwoorden is, doordat de aanbestedende overheid bij de beoordeling bijvoorbeeld is uitgegaan van verkeerde gegevens.

13. Te dezen kreeg verzoekende partij voor het tweede gunningscriterium ‘kwaliteit’ 35,37 van de 45 toe te bedelen punten. In de bijlage met motivering van de beoordeling wordt omtrent de offerte van verzoekende partij vermeld:

“Technische kwaliteit van het materiaal is goed. Stevige verankering van de tafelpoten en afgeronde hoeken aan de tafels. Ruime aanbouwmogelijkheden en veel kleurvariëteit. Negatieve punten zijn dat de stoelen enkel gelijmd waren, de magneetwand niet langs beide kanten bruikbaar is, de deur van de kast niet 270° kan draaien, de stapelbare bank blijkbaar een prototype was dat nog verder moest worden ontwikkeld”.

De gekozen inschrijver kreeg voor dit gunningscriterium een score van 44,88 punten. Er is aldus een puntenverschil te noteren op dit criterium van 9,51 punten op een totaal van 45 punten. De punten toegekend aan de gekozen inschrijver werden als volgt gemotiveerd:

“Zeer degelijke meubels. Opbergkasten met verstelbare schabben. De opbergkast met bakjes functioneert zonder glijders en hierdoor praktischer. De deuren van de kasten draaien 270°. De poten van stoelen en poten zijn stevig verankerd. Zeer veel aanbouw- en uitbreidingsmogelijkheden. Divers assortiment, items worden aangeboden in verschillende kleuren. Maatwerk is mogelijk”.

Op het eerste gezicht valt aldus reeds vast te stellen dat met betrekking tot de offerte van de gekozen inschrijver geen enkel negatief element in aanmerking werd genomen en deze offerte op verschillende vlakken als erg positief werd beoordeeld. Met betrekking tot de offerte van verzoekende partij werden daarentegen een aantal negatieve punten vermeld.

Voorafgaand kan ook reeds worden opgemerkt dat in de mate dat verzoekende partij betoogt dat zij wil weten hoeveel strafpunten haar werden aangerekend voor de negatieve elementen, zij aanstoot lijkt te nemen aan het ontbreken van een exact meetbaar beoordelingskader. Zij toont echter niet *prima facie* aan hoe het niet kenbaar maken van dergelijk beoordelingskader op zich en noodzakelijk inhoudt dat een gunningsbeslissing niet steunt op voldoende draagkrachtige motieven en dus de materiële-motiveringplicht schendt. In de mate dat zij een verplichting tot het kenbaar maken van een exact meetbaar beoordelingskader zou afleiden uit andere rechtsregels of - beginselen, blijkt dit niet uit het middel. Blijkbaar werden te dezen de offertes door de jury in het licht van de gunningscriteria zoals omschreven in het bestek tegen elkaar afgewogen en werd op die grondslag een score toegekend. Verzoekende partij toont in de huidige stand van het geding niet aan hoe dit te dezen onverenigbaar is met de ingeroepen materiële-motiveringsplicht. In ieder geval wordt niet aangetoond dat dit geen objectieve beoordeling mogelijk maakte of niet toeliet de voordeligste offerte te bepalen. Het feit dat deze beoordeling enige subjectiviteit kan inhouden, volstaat niet om op het eerste gezicht anders te besluiten.

14. Voorts sluit de Raad van State zich voor de beoordeling van de concrete grieven aan bij de bevindingen in het mondeling advies van het auditoraat ter terechtzitting, die in essentie als volgt kunnen worden weergegeven:

Eerste onderdeel: kritiek inzake de testopstelling van de stapelbare bank

In haar nota wijst verwerende partij erop dat het middel op dit punt feitelijke grondslag mist. Verzoekende partij steunt haar middel op het feit dat de gekozen inschrijver geen stapelbare bank met metalen onderstel zou hebben voorgesteld bij de testopstelling. Verwerende partij betwist deze stelling in haar nota. Zij wijst er op dat geen van de evaluatoren in de evaluatieformulieren heeft opgemerkt dat de proefopstelling met de stapelbare bank niet werd uitgevoerd voor de gekozen inschrijver. Voorts brengt zij in het administratief dossier een aantal stukken bij, namelijk een orderbevestiging van de leverancier van de stapelbare bank, een leveringsbon en een factuur waaruit blijkt dat de stapelbare bank voorafgaand aan de proefopstelling op 13 november 2012 werd geleverd aan de gekozen inschrijver.

De stukken in het administratief dossier lijken op het eerste gezicht de stelling van verwerende partij op voldoende wijze te ondersteunen zodat het eerste onderdeel van het middel op het eerste gezicht feitelijke grondslag lijkt te missen.

Tweede onderdeel: kritiek inzake de beoordeling dat de stoelen van verzoekende partij enkel gelijmd zouden zijn

Verzoekende partij voert aan dat in het gunningsverslag ten onrechte wordt gesteld dat de stoelen die zij aanbiedt slechts gelijmd zouden zijn, terwijl deze stoelen ook geschroefd zijn.

Verzoekende partij brengt echter op het eerste gezicht geen duidelijk bewijs bij op grond waarvan het de Raad van State mogelijk is *prima facie* vast te stellen de bestreden beslissing op dit punt zou uitgaan van verkeerde feiten. Verzoekende partij verwijst weliswaar naar andere leveringen die zij reeds gedaan zou hebben voor kleuterscholen, zonder dat zij daaromtrent enig stuk voorlegt waaruit dan zou moeten blijken dat deze stoelen geschroefd zijn, laat staan dat daaruit ipso facto zou moeten worden afgeleid dat ook de stoelen die zij in het kader van de testopstelling voor huidige opdracht aanbod, identiek dezelfde stoelen betroffen en hiermee zou kunnen worden aangetoond dat deze ook geschroefd zijn zodat het gunningsverslag op dit punt van manifest verkeerde informatie zou uitgaan.

Nochtans mag van een partij in het kader van een uiterst dringende procedure worden verwacht dat zij haar middelen derwijze uiteenzet en onderbouwt dat de ernst ervan op grond van een *prima facie* onderzoek kan worden vastgesteld. Wanneer een verzoekende partij een middel steunt op een foutieve feitenvinding door de aanbestedende overheid, kan worden verwacht dat zij alle nodige bewijsstukken voorlegt waaruit op voldoende duidelijke wijze de ernst van haar middel blijkt.

Verwerende partij voert in haar nota aan dat één van de evaluatoren op het evaluatieformulier heeft aangegeven dat de stoelen van verzoekende partij (Hageland) enkel gelijmd zijn en dat deze zich hierbij vragen stelt omtrent de duurzaamheid, wat in het bestek als een beoordelingselement wordt weergegeven.

Op het eerste gezicht lijkt de Raad bij zijn onderzoek rekening te moeten houden met de gegevens in het administratief dossier, zoals de evaluatieverslagen opgesteld door de evaluatoren en waarin wordt vermeld dat de stoelen die door verzoekende partij werden aangeboden tijdens de

testopstelling gelijmd waren, nu op het eerste gezicht geen overtuigende stukken of andere bewijzen voorliggen die het tegendeel aantonen.

In de huidige stand van het geding lijkt dan ook te moeten worden aangenomen dat het middel op dit punt feitelijke grondslag mist.

Derde onderdeel: kritiek inzake beoordeling “prototype” van bankje

Verzoekende partij uit in haar verzoekschrift kritiek op het feit dat zij minder punten kreeg omdat zij een prototype bankje opstelde bij de testopstelling, terwijl dit volgens haar juist zou wijzen op haar flexibiliteit.

Verzoekende partij lijkt aldus niet te betwisten dat de bank die door haar werd opgesteld inderdaad een prototype betrof.

Eén van de evaluatoren van verwerende partij oordeelde omtrent deze opstelling: “niet alle gevraagde items werden getoond/ een aantal teststukken waren duidelijk nog niet in productie en waren slechts “eerste ontwerpen”.

In haar nota licht verwerende partij ter zake toe dat het voor verwerende partij uitermate belangrijk is dat de producten die werden gedemonstreerd tijdens de testopstelling dezelfde producten zijn dan degene die uiteindelijk worden geleverd. Zij verwijst daarvoor naar het bestek waar in artikel I.14 omtrent de demonstratie wordt bepaald dat de inschrijver zich ermee akkoord verklaart bij eventuele vraag van de opdrachtgever de producten welke hij heeft aangeboden te demonstreren. Verwerende partij geeft aan dat zij geen garantie heeft dat de kwaliteit van een aangeboden prototype dezelfde kwaliteit is als de kwaliteit van het afgewerkte product dat uiteindelijk wordt geleverd. Het is ook niet zeker dat verzoekende partij de gevraagde producten op tijd zou kunnen leveren nu deze nog in productie bleken op het moment van de testopstelling.

Mede gelet op het verweer in de nota toont verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan dat de negatieve beoordeling door verwerende partij van het gegeven dat de door verzoekende partij opgestelde bank slechts een prototype betrof de grenzen van een redelijke beoordeling te buiten zou gaan.

Vierde onderdeel: kritiek omtrent de negatieve beoordeling van de magneetwand

Ten aanzien van de magneetwanden werd in het bestek bepaald dat deze dienden te worden aangeboden volgens de omschrijving in de inventarislijst. In de inventaris werd omtrent de magneetwanden volgende omschrijving opgenomen:

“Nr.9 vrijstaande magneetwand van gekleurd plaatstaal van ca. 80 cm (b) x 130 cm (h) x 4 cm

Nr. 11 magneetwand van gekleurd plaatstaal van ca. 80 cm (b) x 130 cm (h) x 4 cm”.

Het bestek liet het aldus over aan de keuze van de inschrijvers een dubbelzijdige dan wel een enkelzijdige magneetwand aan te bieden.

Het feit dat in het bestek niet werd bepaald dat de magnetische wand dubbelzijdig diende te zijn, lijkt er op het eerste gezicht niet aan in de weg te staan dat de aanbestedende overheid bij de beoordeling en vergelijking van de offertes het dubbelzijdig gebruik wel als een positieve eigenschap kan beoordelen die een betere beoordeling rechtvaardigt. Bijgevolg lijkt zij dus ook het enkelzijdig gebruik als een negatief punt te kunnen beoordelen in de vergelijking van de offerte met offertes die wel een dubbelzijdig gebruik aanbieden. Op het eerste gezicht komt het ook aan de aanbestedende overheid toe te oordelen welk belang zij hecht aan het dubbelzijdig gebruik, dan wel de mogelijkheid om het bord ook als whiteboard te gebruiken. Verzoekende partij toont niet aan dat dit element niet relevant kan zijn om de kwaliteit van de magneetborden te beoordelen en dat deze beoordeling zich als onverwacht voordoet. Het lijkt op het eerste gezicht dan ook niet te gaan om een nieuw criterium maar om een concreet motief waarom de kwaliteit van de ene offerte beter wordt geacht dan de andere.

Zoals verwerende partij ten slotte terecht opmerkt, kon zij bij de beoordeling van de offertes enkel rekening houden met de producten zoals ze in de offerte werden aangeboden en doet het voor de beoordeling van de wettigheid van de bestreden beslissing niet ter zake dat verzoekende partij nu aanvoert dat zij ook de dubbelzijdige magneetwand kan aanbieden, aangezien hiervan geen sprake lijkt te zijn in haar offerte.

Vijfde en zesde onderdeel: kritiek op de positieve beoordeling dat de gekozen inschrijver een opbergkast zonder glijders en met verstelbare schabben aanbiedt

Verzoekende partij wijst er op dat zij op dit punt ongelijk werd behandeld aangezien de gekozen inschrijver extra punten zou hebben gekregen voor een opbergkast zonder glijders en met verstelbare schabben, terwijl verzoekende partij deze ook aanbiedt en hiervoor geen extra punten ontving. De gekozen inschrijver zou hiervoor aldus ten onrechte pluspunten hebben gekregen.

In de eerste plaats moet met verwerende partij worden vastgesteld dat verzoekende partij niet de moeite neemt duidelijk een stuk voor te leggen waaruit het de Raad van State mogelijk is op het eerste gezicht vast te stellen dat verzoekende partij in haar testopstelling een kast opstelde zonder glijders en met verstelbare schabben.

Verder blijkt zoals reeds gezegd uit het administratief dossier dat de offertes van de inschrijvers met betrekking tot het gunningscriterium 'kwaliteit' in hun geheel werden beoordeeld aan de hand van positieve en negatieve punten, zonder dat elk plus- of minpunt afzonderlijk beschouwd gelijk lijkt te staan met een specifiek aantal toegekende dan wel afgetrokken punten. De motivering opgenomen in de bestreden beslissing en het gunningsverslag laat dan ook niet toe af te leiden of en hoeveel punten aan de offerte van de gekozen inschrijver zouden zijn toegekend omdat deze een opbergkast zonder glijders aanbood. Uit het loutere feit dat dit element bij de beoordeling van de offerte van verzoekende partij niet uitdrukkelijk werd vermeld in de beoordeling lijkt op het eerste gezicht ook niet zomaar te kunnen worden afgeleid dat dit bij verzoekende partij niet positief werd beoordeeld. Verzoekende partij toont dan ook geen schending van de gelijke behandeling van de inschrijvers aan.

Zevende onderdeel: kritiek op de negatieve beoordeling dat de deuren van de kasten die ze aanbiedt geen 270° opendraaien terwijl dit bij de gekozen inschrijver wel het geval zou zijn

Daar waar verzoekende partij betwist dat de lage kasten die door de gekozen inschrijver worden aangeboden tevens 270° zouden kunnen opendraaien verduidelijkt verzoekende partij niet wat zij bedoelt met "hoge kasten". Verwerende partij lijkt er op het eerste gezicht terecht op te wijzen dat het bestek, betreffende de kasten met deuren en zonder opbergvakken, slechts kasten vroeg van 190 cm hoog, zodat de kasten met deuren die

aangeboden worden dus alle 190 cm hoog lijken te zijn en er geen verschil lijkt te bestaan in hoge en lage kasten. Voor zover verzoekende partij aldus bedoelt dat de hoge kasten, de kasten van 190 cm hoogte betreffen (nummer 13 in de inventaris) en de lage kasten, de kasten van ca 100 cm hoogte (nummer 12 in de inventaris), kan worden vastgesteld dat de gekozen inschrijver voor de lage kasten, namelijk de kasten met opbergvakken, net als verzoekende partij kasten zonder deuren aanbiedt. Verzoekende partij toont op het eerste gezicht dan ook niet aan dat de kasten met deuren die door de gekozen inschrijver worden aangeboden geen deuren zouden hebben die 270° draaien en dat de motivering van het gunningsverslag op dit punt zou falen. Bovendien geeft verzoekende partij ook zelf aan dat in het assortiment van Conen, waaruit de gekozen inschrijver de kasten aanbiedt, kasten zijn opgenomen met deuren die 270° draaien. Het feit dat in het bestek niet vereist was dat de deuren van de kasten 270° konden draaien, sluit niet uit dat dit aspect toch gunstig wordt beoordeeld bij de vergelijking van de offertes. Zoals verwerende partij terecht lijkt aan te geven, vormt dit een aspect van veiligheid. Verzoekende partij toont niet aan waarom de aanbestedende overheid in alle redelijkheid hiermee geen rekening mocht houden bij de beoordeling van de kwaliteit van de kasten.

Zoals gezegd, kon de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de offertes enkel rekening houden met de producten zoals ze in de offerte werden aangeboden en doet het voor de beoordeling van de wettigheid van de bestreden beslissing niet ter zake dat verzoekende partij nu aanvoert dat zij ook kasten kon aanbieden met deuren die 270° draaien.

Achtste onderdeel: kritiek op de positieve beoordeling van de offerte van de gekozen inschrijver omdat maatwerk mogelijk is

Zoals reeds bij de bespreking van de vorige onderdelen werd aangegeven, kan de aanbestedende overheid op het eerste gezicht bij de beoordeling van de kwaliteit van de offertes elementen in rekening brengen en als positief onderscheidend beschouwen die in redelijk verband staan met het betreffende gunningscriterium zonder dat deze elementen expliciet vermeld werden als vereiste in het bestek.

In zijn offerte heeft de gekozen inschrijver aangegeven dat “specifieke maatwerkoplossingen worden door de klant in samenwerking met onze binnenhuisarchitect uitgewerkt”. Dit werd ook nogmaals toegelicht bij de testopstelling.

Zoals reeds gezegd geldt ook hier dat de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de offertes enkel rekening kan houden met de gegevens die haar werden verstrekt in de offerte en doet het voor de beoordeling van de wettigheid van de bestreden beslissing niet ter zake dat verzoekende partij nu aanvoert dat ook zij maatwerk kon aanbieden.

Verzoekende partij lijkt op het eerste gezicht aldus niet aan te tonen dat de aanbestedende overheid ten onrechte een aantal aspecten van haar offerte negatief heeft beoordeeld, noch toont zij aan dat de eenzijdig positieve beoordeling van de offerte van de gekozen inschrijver de perken van de redelijkheid te buiten gaat, dan wel steunt op verkeerde gegevens.

Verzoekende partij maakt dan ook niet met de vereiste ernst aannemelijk dat de motieven van de bestreden beslissing niet draagkrachtig zijn.

In de mate dat verzoekende partij met deze grieven niet alleen zou bedoelen dat de motivering niet voldoende draagkrachtig is, maar ook niet voldoet aan de formele motiveringsplicht, blijkt dit niet voldoende duidelijk uit het middel. Verzoekende partij toont overigens ook niet aan dat zij op grond van de meegedeelde motivering niet in staat was terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de bestreden beslissing te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt. Integendeel betwist zij in het verzoekschrift uitvoerig de deugdelijkheid van deze motieven, blijkt zij dus deze motieven te kennen en heeft zij bijgevolg ook geen belang bij dit middel in de mate dat dit toch zou worden geacht te steunen op de formele-motiveringsplicht, waarvan het primaire doel bereikt lijkt, namelijk de betrokkene de kans te bieden zich tegen de motieven in rechte te verweren.

VII. Besluit

15. Bijgevolg is het enige middel, zoals dit uit het verzoekschrift kan worden afgeleid en besproken werd in het advies van het auditoraat, in zijn geheel niet ernstig, en dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 maart 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest