



Datum van inontvangstneming : 16/02/2015

512.

C-6/15 - ①

02F

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

ARREST

nr. 229.723 van 6 januari 2015
in de zaak A. 204.650/XII-6931

In zake:

de NV TNS DIMARSO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Flamey
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

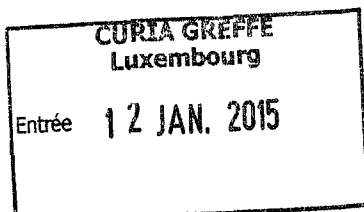
tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre en Annelies Verduyckt
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86 C b113
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 14 juni 2012, strekt tot de nietigverklaring van "het besluit van de Vlaamse Overheid Agentschap Wonen - Vlaanderen bij monde van de Vlaamse Minister van Energie, Wonen, Steden en Sociale Economie dd. 11 april 2012 waarbij de overheidsopdracht 'Woonsurvey 2012': survey naar de woning en de woonconsument in Vlaanderen volgens bestek nr. AWB/VS/501-5-112 wordt gegund aan Ipsos Belgium nv en waarbij ter financiering van de opdracht een bedrag van 1.400.000 euro BTW inbegrepen wordt vastgelegd op de basis allocatie".

‡AGBPKBDCG-BBIGIJV‡



Ingeschreven in het register van het Hof van Justitie onder nr. <u>981.485</u>	
Luxemburg	13. 01. 2015
Fax/E-mail: _____	De Griffier, voor deze
Neergelegd op: <u>12.01.15</u>	<u>Van Feneir</u> Maria Manuela Ferreira Hoofdadministrator

XII-6931-127

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.

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 21 oktober 2014.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bert Van Weerdt, die loco advocaat Peter Flamey verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Annelies Verduyckt, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft 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. In het arrest nr. 219.515 van 29 mei 2012, waarbij de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing is verworpen, worden de feiten als volgt weergegeven:

“3.1. Verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor aanneming van diensten uit met als voorwerp ‘Woonsurvey 2012: survey naar de woning en de woonconsument in Vlaanderen’. Het doel van de opdracht

is het uitvoeren van een grootschalige survey naar de woning en de woonconsument in Vlaanderen.

Als gunningswijze wordt gekozen voor de algemene offerteaanvraag.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 27 januari 2012 en tevens in het Publicatieblad van de Europese Unie van 31 januari 2012.

3.3. Het toepasselijke bestek AWB/VS/501-5-112 vermeldt de volgende gunningscriteria:

'1. Kwaliteit van de offerte (50/100)

De kwaliteit van de voorbereiding, organisatie en uitvoering van het veldwerk, de codering en de eerste gegevensverwerking. De vooropgestelde prestaties moeten zo gedetailleerd mogelijk omschreven worden. Uit de offerte moet duidelijk blijken dat de opdrachtnemer in staat is om de integrale opdracht (minimaal 7.000 steekprofeenheden/maximaal 10.000 steekprofeenheden) uit te voeren binnen de voorziene uitvoeringstermijn van 12 maanden.

2. Prijs (50/100)

De kostprijs voor de uitvoering van de opdracht inzake de basissteekproef (7.000 steekprofeenheden) en de kostprijs per schijf van 500 extra ter beschikking gestelde adressen (bedragen inclusief BTW)'.

3.4. Er worden vier offertes ingediend, meer bepaald door nv TNS Dimarso, nv Ipsos Belgium, nv New Information & Data en nv Significant GfK.

3.5. In het verslag inzake de kwalitatieve selectie van 22 maart 2012 wordt vastgesteld dat alle noodzakelijke documenten werden afgeleverd en dat is voldaan aan de gestelde minimale vereisten inzake technische bekwaamheid. Besloten wordt dat de vier offertes aldus in een volgende fase inhoudelijk beoordeeld kunnen worden.

3.6. In het gunningsverslag – volgens de inventaris van het administratief dossier – van 23 maart 2012, wordt de wijze van beoordeling door de beoordelingscommissie als volgt toegelicht:

'Vervolgens ging de commissie over tot de beoordeling van de offertes. De 4 offertes werden geëvalueerd en met elkaar vergeleken op basis van de hogergenoemde criteria. In eerste instantie werden de offertes besproken en beoordeeld aan de hand van het criterium 'kwaliteit'. Elke offerte kreeg hierbij unaniem een welbepaalde score (hoog – voldoende – laag). In tweede instantie volgde het criterium prijs.

Op basis van deze scores werd een definitieve eindrangschikking opgemaakt'.

De inhoudelijke beoordeling van de offertes in het gunningsverslag luidt als volgt:

'Criterium 1: kwaliteit van de offerte (50/100)

De offerte van TNS Dimarso voldoet integraal aan de bepalingen van het bestek. De voorbereidingsfase is goed uitgewerkt. Er wordt duidelijk toegelicht hoe de programmatie zal verlopen. De interactie met de opdrachtgever wordt sterk benadrukt. De organisatie en opvolging van het veldwerk is goed gestructureerd (met o.a. beschikbaarheid van beveiligde webomgeving). Er is voorzien in een verregaande kwaliteitscontrole (w.o. 100% non-response). In de offerte wordt uitgebreid ingegaan op het aspect rapportering. De offerte scoort HOOG op het criterium kwaliteit.

De offerte van Ipsos Belgium voldoet eveneens integraal aan de besteksbepalingen. De verschillende aspecten in het kader van de voorbereidings- en organisatiefase zijn goed uitgewerkt. De opvolging van het veldwerk gebeurt op een gestructureerde en duidelijke wijze (de offerte verwijst tevens naar een klachtenbehandelingsprocedure). De offerte voldoet ook aan de besteksbepalingen inzake uitvoering. Er wordt in detail aangegeven hoe de kwaliteitscontrole van het veldwerk zal verlopen (met o.a. een groot aantal controles ter plaatse). De offerte wordt HOOG gequoteerd.

De offerte van New Information & Data bevat meerdere aandachtspunten en wordt om die reden als ontoereikend ervaren. De vooropgestelde prestaties voldoen aan de besteksbepalingen maar worden niet gedetailleerd omschreven. Deze bemerking geldt voor diverse aspecten van zowel de voorbereidingsfase als de organisatie- en uitvoeringsfase. Het aspect programmatie wordt onvoldoende toegelicht. Er is niet voorzien in een helpdeskfunctie. Er worden ook vraagtekens geplaatst bij de haalbaarheid van het inschakelen van energiedeskundigen. De offerte wordt bijgevolg LAAG gequoteerd.

De offerte van Significant GfK voldoet volledig aan de bepalingen uit het bestek. De voorbereidingsfase (cf. pilootfase) is goed uitgewerkt. De programmatie wordt duidelijk toegelicht. Ook de organisatie- en opvolgingsaspecten worden duidelijk omschreven. In de offerte wordt sterk ingegaan op samenwerking met opdrachtgever. De offerte krijgt de score HOOG voor dit criterium.

Overzicht:

offerte	Criterium 1 - kwaliteit
TNS Dimarso	HOOG
Ipsos Belgium	HOOG
New Information & Data	LAAG
Significant GfK	HOOG

Criterium 2: prijs (50/100)

Overzicht:

In onderstaand overzicht worden de prijzen weergegeven voor de uitvoering van de basisopdracht (7.000 steekprofeenheden) enerzijds, en voor de uitvoering per schijf van 500 extra gerealiseerde interviews anderzijds (bedragen inclusief BTW):

offerte	Criterium 2(a) – Prijs (incl. BTW) basissteekproef (N=7.000)	Criterium 2(b) – Prijs (incl. BTW) Schijf van 500 extra steekproeven
TNS Dimarso	€ 987.360,00	€ 69.575,00
Ipsos Belgium	€ 913.570,00	€ 55.457,00
New Information & Data	€ 842.607,70	€ 53.240,00
Significant GfK	€ 975.520,15	€ 57.765,40

EINDRANGSCHIKKING:

RANG	offerte	Criterium 1	Criterium 2(a)	Criterium 2(b)
1	Ipsos Belgium	HOOG	€ 913.570,00	€ 55.457,00
2	Significant GfK	HOOG	€ 975.520,15	€ 57.765,40
3	TNS Dimarso	HOOG	€ 987.360,00	€ 69.575,00
4	New Information & Data	LAAG	€ 842.607,70	€ 53.240,00

3. Conclusie

Gelet op de bevindingen van de beoordelingscommissie en de bovenstaande eindrangschikking, stelt de afdeling Woonbeleid — als opdrachtgevende overheid voor om de opdracht ‘Woonsurvey 2012: survey naar de woning en de woonconsument in Vlaanderen’ (besteknr. AWB/VS/501-5-112) te gunnen aan Ipsos Belgium n.v.’

3.7. Op 11 april 2012 beslist de Vlaamse minister van Energie, Wonen, Steden en Sociale Economie om de opdracht te gunnen aan nv Ipsos Belgium. Daarbij wordt er uitdrukkelijk op gewezen dat het gunningsverslag integraal deel uitmaakt van de beslissing en dat de motivering en het besluit ervan geheel worden onderschreven.

3.8. Met een aangetekend schrijven - volgens de inventaris van het administratief dossier - van 13 april 2012, deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat haar offerte niet werd gekozen. Als bijlage wordt een kopie gevoegd van de gunningsbeslissing en het gunningsverslag.”

IV. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. De verzoekende partij brengt het middel als volgt aan:

“Enig middel, genomen uit de schending van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, artikel 115 van het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken op zich genomen en richtlijnconform geïnterpreteerd, het transparantiebeginsel zoals afgeleid uit art. 28, 49 en 56 VWEU, de formele motiveringsplicht zoals neergelegd in art. 65/5 W. 24.12.1993, art. 115 van het bestek, het ‘patere legem’-beginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur en uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag;

Doordat het bestreden besluit om tot de eindrangschikking te komen de offertes blijkt beoordeeld te hebben aan de hand van de niet in het bestek vermelde weging ‘hoog-voldoende-laag’ voor wat betreft het criterium van de kwaliteit van de offertes, en aan de hand van de opgegeven prijscomponenten voor wat betreft het criterium van de prijs, zonder over te gaan tot een adequaat onderzoek, vergelijking en finale beoordeling van de offertes met inachtnaam van de gunningscriteria zoals vermeld in het bestek met inbegrip van de in het bestek gepreciseerde weging van telkens 50/100 op elk van de twee gunningscriteria;”

Het middel wordt verdeeld in drie onderdelen en, samengevat, als volgt toegelicht.

4.2. De verzoekende partij betoogt, wat het eerste onderdeel betreft, in essentie dat de verwerende partij een ongeoorloofde wijziging heeft doorgevoerd van de relatieve weging van de gunningscriteria door bij de beoordeling van het gunningscriterium “kwaliteit” een ordinale schaal van “laag-matig-hoog” te hanteren, die niet was vermeld in het bestek, en bij de beoordeling van het gunningscriterium “prijs” een loutere opsomming te geven van de prijscomponenten zonder een score toe te kennen, terwijl in het bestek een cijfermatig uitgedrukte weging ten belope van 50 op 100 voor elk van beide gunningscriteria was voorzien.

Met die uitdrukkelijk in het bestek bepaalde relatieve weging wordt volgens haar niet alleen de onderlinge verhouding tussen de gunningscriteria aangegeven – zijnde elk evenwaardig – doch tevens de graad van nuance die de inschrijvers kunnen verwachten bij een beoordeling van hun

offerte per gunningscriterium. Een ordinale schaal met klassen "laag-matig-hoog" is van aard aan een bepaald gunningscriterium een veel mindere mate van onderscheidend vermogen toe te kennen als een puntenschaal van 0 tot 100 waar een gunningscriterium 50 punten mag worden toegekend.

De loutere verwijzing in het gunningsverslag naar de initiële weging van 50 op 100, zonder dat deze effectief op de offertes werd toegepast als waardeschaal, doet geen afbreuk aan de vaststelling dat het relatieve gewicht ter zake werd gewijzigd, en dat gebruik werd gemaakt van wegingscoëfficiënten die niet bij voorbaat in het bestek werden bekendgemaakt.

Het eerste middelonderdeel viseert volgens haar derhalve geenszins de keuze van een beoordelingsmethodologie, doch wel in hoofdorde de miskennis van het relatieve gewicht zelf van de gehanteerde gunningscriteria zoals opgenomen in het bestek.

De verzoekende partij ziet niet in hoe de concrete beoordeling in het gunningsverslag te rijmen valt met de aangekondigde weging van de gunningscriteria, uitgedrukt in scores van 50 op 100 voor de beide gunningscriteria, terwijl in het gunningsverslag elke cijfermatige score voor elk van de beide gunningscriteria ontbreekt.

Ten slotte stelt de verzoekende partij "bij uitstek" belang te hebben bij dit middelonderdeel. De wijziging van de relatieve weging of van de wegingscoëfficiënten ten aanzien van het bestek heeft onmiskenbaar geleid tot een determinerende betekenis voor het gunningscriterium "prijs" en tot de vermindering van het onderscheidend vermogen van het gunningscriterium "kwaliteit" door een volledige andere relatieve weging aan dit criterium toe te kennen van aard de onderlinge inhoudelijke kwaliteitsverschillen tussen de inschrijvers af te vlakken.

Om een belang bij dergelijk middel aan te tonen volstaat volgens haar de kans dat een inschrijver een gewijzigde offerte zou hebben kunnen indienen, indien hij reeds op voorhand kennis zou hebben gehad van de uiteindelijk toegepaste relatieve weging. De strengere opvatting dat zij dient te

‡AGBPKBDCG-BBIGIJV‡

bewijzen dat het gegrond bevinden van haar wettigheidskritiek zou leiden tot de wijziging van de rangschikking van de inschrijvers, legt een onevenredige drempel op om in geval van een gunningsbeslissing inzake overheidsopdrachten op een snelle en efficiënte wijze een beroepsinstantie te kunnen vatten in de zin van artikel 2 van de richtlijn 89/665/EG van de Raad van 21 december 1989 'houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken', zoals gewijzigd door de richtlijn 2007/66/EG. Hieromtrent verzoekt zij dan ook om alvorens recht te doen een prejudiciële vraag tot uitlegging van voormeld artikel te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof van Justitie).

4.3. In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij, in ondergeschikte orde, in essentie aan dat de verwerende partij verplicht was om de gehanteerde ordinale schaal "laag-matig-hoog" bij de beoordeling van het eerste gunningscriterium "kwaliteit" in het bestek of de aankondiging bekend te maken.

Volgens de verzoekende partij dient in een richtlijnconforme interpretatie in het licht van het transparantiebeginsel onder de zinsnede "de nadere regelingen die dienen te worden toegepast ter bepaling van de meest voordelige regelmatige inschrijver" in overweging 46 van Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 'betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten' ook, naast het relatieve gewicht *sensu stricto* opgevat als een absolute waarde, de methodologie te worden begrepen, zoniet kan het toegekende gewicht nog steeds de draagwijdte van het gunningscriterium beïnvloeden.

De bestaande rechtspraak van de Raad die anders oordeelt, is volgens haar onhoudbaar geworden ingevolge de lezing van artikel 53, lid 2, van de voormelde Richtlijn 2004/18/EG in het licht van het transparantiebeginsel zoals opgevat binnen de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Uit het arrest van het Hof van Justitie van 24 januari 2008 in de zaak C-532/06 inzake Emm. G. Lianakis AE (hierna: het arrest Lianakis) kan volgens de verzoekende partij niet worden afgeleid dat hierin niet de beoordelingsmethodiek werd bedoeld. Ook in dit arrest Lianakis werden voor het eerst na het indienen van de offerte puntenscalen vastgesteld die door het Hof van Justitie als laakbaar worden geacht in die zin dat zij afwegingsregels uitmaken die niet vooraf aan de inschrijvers ter kennis werden gebracht.

Bijgevolg meent zij dat de Raad, indien hij het eerste onderdeel van het middel zou verwerpen, in principe de hierna gesuggereerde prejudiciële vraag tot uitlegging aan het Hof van Justitie dient te stellen nopens de “toepassing” van voormeld artikel 53, lid 2, van Richtlijn 2004/18/EG:

“Dient art. 53, 2° RL 2004/18/EG gelezen in het licht van het Europees niet-discriminatie- en transparantiebeginsel zo geïnterpreteerd dat wanneer de aanbestedende overheid in het kader van een algemene offerte-aanvraag, van meet af aan beslist heeft om de opdracht toe te wijzen aan de hand van een relatieve weging uitgedrukt in punten, de aanbestedende overheid verplicht is om naast deze weging als zijnde een absoluut cijfer tevens de andere afwegingsregels bekend te maken die zij hanteert teneinde de meest voordelige regelmatige inschrijver aan te duiden, zoals het hanteren van een ordinale schaal met klassen bepaald als ‘hoog-matig-laag’, en dit naar aanleiding van de aankondiging van de opdracht of het bestek, opdat de inschrijvers bij voorbaat over alle dienstige beoordelingselementen kunnen beschikken die de aanbestedende overheid ter beoordeling van hun offerte aanwendt?”

Ten slotte stelt zij bij onderhavig middelonderdeel eenzelfde belang te hebben als bij het eerste middelonderdeel en vraagt zij ook hier om eenzelfde prejudiciële vraag voor te leggen aan het Hof van Justitie.

4.4. In een derde onderdeel voert de verzoekende partij, in uiterst ondergeschikte orde, aan dat de in het gunningsverslag gehanteerde beoordelingsmethodologie een onvoldoende onderscheidend vermogen heeft teneinde een adequate vergelijking van de offertes mogelijk te maken en niet toelaat te weten wat precies wordt verstaan onder de “score” voor het gunningscriterium “kwaliteit” van de offertes en de begrippen “hoog”, “voldoende” en “laag”. Bovendien heeft deze methodiek tot gevolg dat de

draagwijdte van dit gunningscriterium substantieel wordt afgevlakt ten aanzien van het gunningscriterium prijs, hoewel beide criteria krachtens het bestek een gelijkwaardige waardering van 50 op 100 punten hadden verkregen. Het hanteren van drie schaalcomponenten over een bereik van 50 op 100 vormt een veel te ruwe vorm van beoordeling die geen rekening houdt met de werkelijke verschillen tussen de offertes. Dit geldt volgens haar des te meer nu te dezen drie van de vier offertes een zelfde beoordeling "hoog" hebben gekregen, die bovendien op eenzelfde vage en repetitieve motivering berust. Het bestek verplichtte daarenboven om de offerte in te dienen met inachtneming van de door het bestuur gewenste gedetailleerde onderzoeksopdracht zoals gepreciseerd in de technische voorschriften van deel III van het bestek. Zij verwijst hierbij naar de rechtspraak van de Raad overeenkomstig welke de toegekende punten op afdoende wijze de verschillen tussen de offertes dienen te vertalen.

De verzoekende partij meent ook bij dit middelonderdeel belang te hebben aangezien zij redelijkerwijze mocht verhoplen dat het klein verschil in totaliteit van de prijscomponenten kon worden gecompenseerd dankzij de specifieke merites van haar offerte inzake kwaliteit.

Ook kan, zo vervolgt de verzoekende partij, wat het criterium prijs betreft evenmin worden nagegaan op grond van welk motief of calculatie de aanbestedende overheid is gekomen tot de rangschikking op dit criterium op bladzijde vier van het gunningsverslag. Uit geen enkel gegeven blijkt op welke wijze de aanbestedende overheid een score heeft willen geven aan het criterium prijs, hetgeen nochtans zijn belang heeft aangezien de inschrijvers mogelijk een andere prijszetting hadden kunnen doen, indien zij geweten zouden hebben op welke wijze de prijs precies zou worden verdisconteerd in de rangschikking.

Ten slotte merkt de verzoekende partij nog op dat evenmin is geweten op welke wijze de beoordeling van de eindrangschikking precies is gebeurd en hoe de beoordeling van de beide gunningscriteria samen concreet in haar werk is gegaan.

5. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij in de eerste plaats dat in het licht van een "nuttige werking" van Richtlijn 2004/18/EG (Richtlijn 2004/18/EG) en Richtlijn 2004/17/EG (Richtlijn 2004/17/EG)

89/665/EEG een ruime betekenis dient te worden gegeven aan het begrip “belang”. Zij dringt erop aan om de in dat verband reeds in het inleidend verzoekschrift opgenomen prejudiciële vraag tot uitlegging te stellen aan het Hof van Justitie. Voorts staat het volgens haar vast dat indien inzake kwaliteit de aangekondigde puntenbeoordeling met een puntenschaal van 0 tot 50 punten zou zijn toegepast, zij de kans zou hebben gehad op dat vlak een voorsprong te verwerven die groter is dan het relatieve nadeel dat zij binnen een puntenschaal van 0 tot 50 punten zou hebben opgelopen bij de beoordeling van de prijszetting.

Ten gronde, betwist zij, wat het eerste onderdeel betreft, het verweer dat het hanteren van een ordinale schaal “laag-matig-hoog” slechts een “beoordelingsmethodologie” zou betreffen doch niet de weging of het relatief gewicht zelf. Zij stelt dat de weging met intrinsieke differentiatiemogelijkheid van de beoordeling van de offertes op een puntenschaal van 0 tot 50 punten per gunningscriterium wordt verlaten en vervangen door een schaal met drie klassen – voor de kwaliteit – of geen schaal – voor de prijs – waardoor de onderlinge kwaliteitsverschillen volstrekt teloorgaan. Nochtans wordt het vermogen tot het verwerven van een bepaalde relatieve voorsprong per gunningscriterium mede bepaald door de vooraf aangekondigde wijze van weging zoals daar onder meer zijn een puntenschaal, een procentuele schaal of een ordinale schaal.

Wat het tweede middelonderdeel betreft merkt de verzoekende partij op dat uit de lezing van het arrest Lianakis duidelijk blijkt dat waar het arrest handelt over ‘subcriteria’, het Hof van Justitie eigenlijk afwegingsregels bedoelt. Derhalve dient volgens haar uit het arrest Lianakis te worden afgeleid dat wanneer een aanbestedende overheid afwegingsregels vaststelt, deze het voorwerp moeten uitmaken van een voorafgaande bekendmaking in de aankondiging of in het bestek. In tegenstelling tot wat de verwerende partij wil doen geloven doet het hierna gewezen arrest van het Hof van Justitie op 21 juli 2011 in de zaak C-252/10 P inzake Evropaïki Dynamiki (hierna: arrest Evropaïki Dynamiki) aan de vaststellingen in het arrest Lianakis geen afbreuk. Het arrest Evropaïki Dynamiki wordt volgens haar door de verwerende partij misbruikt teneinde hieraan gevolgen te koppelen die in rechte niet voorhanden zijn, nu het Hof van Justitie in generlei zin is teruggekomen op de onmogelijkheid na de opening der offertes alsnog nieuwe afwegingsregels te bepalen, die voorafgaand

niet in het bestek waren opgenomen. Door aan dergelijke afwegingsregels een dusdanig beperkende draagwijdte te geven dat hierin enkel de gunningscriteria in de strikte zin zouden besloten liggen, kan de onafhankelijkheid van de procedure achteraf in het geheel niet worden gegarandeerd zoals het transparantiebeginsel dit nochtans in essentie vereist. Het toeschrijven van enige creatieve beslissingsmacht éénmaal de offertes werden geopend in hoofde van de aanbestedende overheid, verhindert dat achteraf nog kan worden nagegaan of de procedure op onafhankelijke wijze is verlopen. Hooguit zou uit het arrest Evropaïki Dynamiki kunnen worden afgeleid dat de aanbestedende overheid na het indienen van de offertes doch vóór het openen ervan, de afwegingsregels, waaronder eventueel een methodologie, zou kunnen bepalen, en in die zin niet iedere beoordelingsmarge van de aanbestedende overheid kan worden beknot. Bovendien werd in het arrest Evropaïki Dynamiki niet geoordeeld over een identieke rechtsvraag als diegene die de verzoekende partij verzoekt voor te leggen aan het Hof van Justitie, temeer daar de verzoekende partij zich bewust is van de rechtspraak van de Raad van State betreffende het vraagstuk van de voorafgaande aankondiging van de beoordelingsmethodologie, die zij echter onverenigbaar acht met de rechten die zij uit artikel 53 van Richtlijn 2004/18/EG samen genomen met het transparantiebeginsel als algemeen beginsel van het primair verdragsrecht afleidt en inroept.

Wat het derde middelonderdeel betreft, blijft de verzoekende partij erbij dat de gehanteerde beoordelingsmethodiek moet toestaan een afweging te maken die de verschillen tussen de offertes vertaalt. Uit de summiere en repetitieve “motivering” kan onmogelijk worden afgeleid waarom de gekozen offerte zich aangaande de kwaliteit van de voorbereiding, de organisatie en de uitvoering van het veldwerk, de codering en de gegevensverwerking zou onderscheiden van de andere twee offertes die eveneens de quotering ‘hoog’ hebben gekregen. Het is niet aannemelijk dat er tussen de ingediende offertes geen relevante intrinsieke verschillen zijn en dat zij alle drie van exact dezelfde kwaliteit zouden zijn. Het ontbreken van een omstandige motivering die uitlegt of de offertes voldoen aan alle kwaliteitseisen van het bestek en op welke wijze de offertes kwalitatief van elkaar verschillen, laat niet toe na te gaan of de aanbestedende overheid effectief de opdracht heeft gegund aan de meest voordelige regelmatige offerte.

Bovendien wijst zij opnieuw op de omstandigheid dat de gekozen methodologie de waarde van het gunningscriterium inzake de kwaliteit heeft afgevlakt op een wijze die de Raad van State reeds ongeoorloofd bevond.

6. In de laatste memorie betwist de verzoekende partij nog, wat het eerste onderdeel betreft, dat de vermelding van "50/100" slechts zou wijzen op het relatieve belang of gewicht van het gunningscriterium ten opzichte van het andere gunningscriterium. Indien dit werkelijk het geval zou zijn geweest is de aanduiding van "50/100" bijzonder misleidend en had de aanbestedende overheid in het bestek eerder gewag moeten maken van "50%". De essentie van haar wettigheidskritiek in dit onderdeel bestaat er aldus volgens haar in dat de verwerende partij onrechtmatig het gunningscriterium 'kwaliteit' niet heeft beoordeeld overeenkomstig het bestek met een cijfermatig uitgedrukte score op 50 punten, wat elke inschrijver op grond van het bestek redelijkerwijze mocht verwachten, maar wel met een niet-aangekondigde schaal "laag-matig-hoog".

Wat haar belang bij het derde onderdeel betreft, benadrukt zij dat het volstaat dat zij aannemelijk maakt dat het hanteren van een meer onderscheidende beoordeling, bijvoorbeeld aan de hand van meer dan drie categorieën, de rangschikking had kunnen wijzigen. Gezien de vertrouwelijkheid van de andere offertes kan van haar geen absoluut bewijs worden verlangd dat haar offerte de meest voordelige zou zijn geweest in het geval van het hanteren van een meer onderscheidende beoordeling. Zij kan niet meer doen dan aannemelijk maken dat dit de rangschikking had kunnen wijzigen. Voorts blijft zij erbij dat door de keuze voor de quotering met een schaal "laag-matig-hoog" niet adequaat rekening wordt gehouden met de intrinsieke waarde van de offertes en hun verschillen en dat de zogenaamde motivering van het gunningscriterium 'kwaliteit' geen blijk geeft van een daadwerkelijke evaluatie van de offertes in het licht van de gedetailleerde bestekvereisten.

Exceptie van gebrek aan belang

7. De verwerende partij betwist in haar memorie van antwoord het belang van de verzoekende partij bij het middel en "bij uitbreiding" van het beroep, aangezien de vernietiging van de bestreden beslissing aan de verzoekende

‡AGBPKBDCG-BBIGIJV‡

partij geen voordeel kan opleveren. De offerte van de verzoekende partij wordt slechts als derde gerangschikt, wat impliceert dat de verzoekende partij moet aantonen dat de gebrekkigheden van die aard zijn dat een nieuwe rechtmatige beoordeling ertoe zou leiden dat zij boven de eerste en de tweede gerangschikte zou worden geplaatst. Bovendien heeft zij reeds de maximumscore gekregen op het gunningscriterium 'kwaliteit'.

In de laatste memorie voegt de verwerende partij daar nog aan toe dat "al zou verwerende partij de rechtspraak van [de Raad van State] verkeerd hebben geïnterpreteerd" in de zin dat voor het aantonen van een belang het bewijs zou moeten worden geleverd dat verder gaat dan het aantonen van een nieuwe kans de opdracht gegund te krijgen, de verzoekende partij evenmin aannemelijk maakt dat, zoals vereist door de rechtspraak van de Raad van State, zij bij een volledig nieuwe beoordeling een kans zou maken de opdracht gegund te krijgen.

Beoordeling van de exceptie

8. In het auditorsverslag wordt de exceptie in de mate dat ze beoogt om het beroep in zijn geheel onontvankelijk te verklaren, verworpen. Immers, om belang te hebben bij een beroep tegen de gunningsbeslissing dient een verzoekende partij, aldus de auditeur-verslaggever, niet noodzakelijk aan te tonen dat haar offerte na nietigverklaring als de meest voordelige moet worden gerangschikt. Het volstaat dat zij opnieuw een kans maakt de opdracht te krijgen. In het licht van die gevestigde rechtspraak van de Raad van State is het stellen van de door de verzoekende partij in haar verzoekschrift geformuleerde prejudiciële vraag met betrekking tot de uitlegging van artikel 2 van Richtlijn 89/665/EG volgens de auditeur dan ook niet dienstig aangezien ze berust op een verkeerde lezing van de rechtspraak van de Raad van State.

9. Beide partijen betwisten die terechte lezing van de rechtspraak in hun laatste memorie niet en evenmin de stelling dat de prejudiciële vraag dan ook niet dienstig is.

Voor zover de verwerende partij echter in haar exceptie volhardt omdat de verzoekende partij op geen enkel moment aannemelijk maakt

dat indien de beweerde onregelmatigheden zich niet zouden hebben voorgedaan, zij een kans zou hebben gemaakt de opdracht gegund te krijgen, dient, zoals reeds vastgesteld in het auditorsverslag, die exceptie in het licht van de verschillende onderdelen van het enige middel te worden onderzocht.

Exceptie obscuri libelli

10. De verwerende partij werpt in de memorie van antwoord tevens een *exceptio obscuri libelli* op ten aanzien van de aangevoerde schending van de formelemotiveringsplicht, nu elke argumentatie aangaande deze schending ontbreekt. In de laatste memorie blijft de verwerende partij erbij dat op geen enkel moment door de verzoekende partij wordt aangetoond in hoeverre en om welke reden artikel 65/5 van de wet van 24 december 1993 met betrekking tot de formelemotiveringsplicht geschonden zou zijn.

Beoordeling van de exceptie

11. Met het auditorsverslag mag worden vastgesteld dat de verzoekende partij wel degelijk aangeeft op welke wijze voormelde rechtsregel volgens haar werd geschonden. Uit de uiteenzetting van het derde onderdeel van het middel blijkt immers dat de verzoekende partij onder meer aanvoert dat de in het gunningsverslag gehanteerde methodiek ter beoordeling van de offertes niet toelaat te weten wat precies wordt verstaan onder de "score" voor het gunningscriterium 'kwaliteit' van de offertes en de begrippen "hoog", "voldoende" en "laag". Evenmin kan volgens haar worden nagegaan op grond van welk motief de aanbestedende overheid is kunnen komen tot de rangschikking op het gunningscriterium 'prijs'. Voorts wijst zij erop dat evenmin duidelijk is op welke wijze de beoordeling van de eindrangschikking precies is gebeurd, namelijk hoe de beoordeling van beide gunningscriteria samen genomen concreet in haar werk is gegaan.

Ten gronde – Beoordeling van het middel

Eerste onderdeel

12. In het eerste onderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat de verwerende partij een ongeoorloofde wijziging heeft doorgevoerd van de relatieve weging van de gunningscriteria door bij de beoordeling van het gunningscriterium 'kwaliteit' een schaal van "laag-matig-hoog" te hanteren en geen volgens haar in het bestek aangekondigde cijfermatig uitgedrukte score van 0 tot 50 punten.

13. Een vernietiging op grond van dit middelonderdeel kan ertoe leiden dat een nieuwe evaluatie wordt doorgevoerd van minstens het gunningscriterium 'kwaliteit' en dat de verzoekende partij een nieuwe kans verwerft haar offerte als de meest voordelige te zien verschijnen. Met de verzoekende partij mag immers worden aangenomen dat het niet valt uit te sluiten dat bij toepassing van een cijfermatig uitgedrukte score van 0 tot 50 – en dus van een meer gedifferentieerde score – zij een nieuwe kans krijgt om op dat vlak een voorsprong te verwerven die groter is dan het nadeel dat zij bij het gunningscriterium 'prijs' heeft opgelopen door van de vier inschrijvers de hoogste prijs te bieden.

14. Artikel 16 van de wet van 24 december 1993 'betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten' bepaalt dat bij een algemene of beperkte offerteaanvraag de opdracht dient te worden toegewezen aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningcriteria die vermeld moeten zijn in het bestek of eventueel in de aankondiging van de opdracht.

Artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 'betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken' bepaalt dan weer dat de aanbestedende overheid de regelmatige offerte kiest die haar het voordeligst lijkt op grond van criteria die verschillend kunnen zijn naargelang van de opdracht en dat de aanbestedende overheid in het bestek en eventueel in de aankondiging van

‡AGBPKBDCG-BBIGIJV‡

de opdracht al de gunningscriteria vermeldt, zo mogelijk in volgorde van afnemend belang. In dat geval wordt die volgorde in het bestek of in de aankondiging vermeld, zo niet hebben de gunningscriteria dezelfde waarde.

15. Waar de verzoekende partij in haar verzoekschrift wijst op de verplichting afgeleid uit voormelde artikelen om in het bestek of in de opdrachtdocumenten niet alleen de gunningscriteria te vermelden, maar tevens de weging die deze gunningscriteria hebben, dient te worden vastgesteld dat het bestek specificeert dat twee gunningscriteria zullen worden gebruikt: "kwaliteit van de offerte (50/100)" en "prijs (50/100)". Bijgevolg wordt, doch zonder nadere uitleg, melding gemaakt van zowel de gunningscriteria als de weging, namelijk dat ze elk voor de helft namelijk 50 op 100, in rekening worden gebracht. Het middelonderdeel mist in zoverre feitelijke grondslag.

Volgens het auditoraatsverslag gaat het de perken van een redelijke beoordeling niet te buiten om die vermelding van "50/100" in het bestek bij elk van de gunningscriteria te interpreteren in die zin dat daarmee slechts werd beoogd aan te geven dat elk van beide criteria als evenwaardig worden beschouwd en dus elk voor de helft bepalend zullen zijn voor de rangschikking. Het voorgaande sluit, aldus de auditeur-verslaggever, niet uit dat per gunningscriterium, zolang daaraan hetzelfde relatieve gewicht ten opzichte van het andere gunningscriterium wordt toegekend, een andere dan cijfermatige beoordeling wordt gehanteerd zoals bijvoorbeeld een ordinale schaal "heel belangrijk – belangrijk – weinig belangrijk".

Bijgevolg ziet de auditeur geen reden om anders over dit onderdeel te oordelen dan het voormelde arrest nr. 219.515 reeds deed: niettegenstaande uit het gunningsverslag blijkt dat voor geen van beide gunningscriteria een cijfermatige score op 50 punten is toegekend, blijkt niet dat daardoor het relatieve gewicht van de gunningscriteria (elk voor "50/100") niet zou zijn geëerbiedigd. Het blijkt evenmin dat met de te dezen in het gunningsverslag gehanteerde schaal "laag-matig-hoog" voor het gunningscriterium 'kwaliteit' de verhouding tussen beide gunningscriteria zou zijn beoordeeld of gewijzigd. Met die schaal zijn enkel de offertes in vergelijking met elkaar voor dat welbepaald gunningscriterium beoordeeld.

16. De verzoekende partij overtuigt er de Raad niet van waarom hij het thans anders zou moeten zien. Zelfs al kan met haar worden ingestemd dat het toepassen van een beoordeling met een puntenschaal van 0 tot 50 punten een meer gangbare beoordelingsmethodiek is dan het hanteren van een beoordelingsmethodiek waarbij slechts drie schalen worden gehanteerd voor een gunningscriterium dat een weging van 50 op 100 vertegenwoordigt, toont zij niet aan dat de gebruikte beoordelingsmethodiek afwijkt van het bestek.

Haar bewering in de laatste memorie dat de vermelding van "50/100" op iets meer of anders zou duiden dan de relatieve weging en alleszins meer "misleidend" zou zijn dan de vermelding van "50%", kan niet worden bijgevalen.

Voor zover de verzoekende partij ook in haar laatste memorie nog opmerkt dat de uiteindelijk gehanteerde ordinale schaal in het bestek had moeten zijn aangekondigd om "redelijkerwijze" te verwachten te zijn, is zulks hierna voorwerp van onderzoek bij het tweede middelonderdeel.

17. Het middelonderdeel wordt verworpen.

Tweede onderdeel

18. In een tweede middelonderdeel voert de verzoekende partij, in ondergeschikte orde ten opzichte van het eerste onderdeel, in essentie aan dat de verwerende partij verplicht was om de beoordelingsmethodologie, namelijk de gehanteerde ordinale schaal "laag-matig-hoog" bij de beoordeling van het eerste gunningscriterium 'kwaliteit' voorafgaandelijk in het bestek of de aankondiging bekend te maken.

19. Aan de verzoekende partij kan het belang bij dit middelonderdeel niet worden ontzegd om reden dat zij voorheen nooit enige kritiek heeft geuit op de wijze waarop de gunningscriteria waren geformuleerd.

De verzoekende partij mag tot staving van haar vordering tegen de bestreden eindbeslissingen immers ontvankelijk de onwettigheid aanvoeren

‡AGBPKBDCG-BBIGIJV‡

van de voorbereidende beslissingen ook al konden die beslissingen met een afzonderlijk beroep zijn aangevochten en heeft de verzoekende partij dat nagelaten.

Ook het feit dat de offerte van de verzoekende partij te dezen slechts derde is gerangschikt, ontnemt haar niet het belang bij dit onderdeel van het middel. De in dit middelonderdeel aangevoerde grief betreft immers een besteksonregelmatigheid die van aard is om de gehele gunningsprocedure aan te tasten.

20. Noch in artikel 16 van de voormelde wet van 24 december 1994, noch in artikel 115 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 is er expliciet sprake van een voorafgaande bekendmaking van de beoordelingsmethodiek. Zoals blijkt uit het hierna geciteerde artikel 53 van de Richtlijn 2004/18/EG en de overweging 46 bij die Richtlijn is er ook aldaar slechts sprake van de bekendmaking van "criteria" en het "relatieve gewicht" ervan. De beoordelingsmethodiek of afwegingsregels worden nergens uitdrukkelijk vermeld.

De beoordelingsmethode of -methodiek of de afwegingsregels betreffen 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.

De beoordelingsmethodiek is niet vrijblijvend, ze kan immers bepalend zijn voor de uitkomst van de evaluatie aan de hand van het betrokken gunningscriterium.

Zo kan bij een gunningscriterium 'prijs' door de aanbestedende overheid worden geopteerd voor verschillende methodieken zoals bijvoorbeeld hetzij de toepassing van de evenredigheidsregel, hetzij de toekenning van de maximale score aan de laagste offerte, hetzij de nulscore voor de hoogste offerte en de toepassing van de lineaire interpolatie voor de tussenliggende offertes, hetzij het maximaal begunstigen van de offerte met de mediaanprijs, hetzij het rangschikken van de offertes in klassen. Bij een gunningscriterium kwaliteit dan

‡AGBPKBDCG-BBIGIJV‡

weer kan de aanbestedende overheid opteren voor verschillende methodieken zoals bijvoorbeeld het evalueren met punten of het hanteren van een ordinale schaal.

21.1. De verzoekende partij is van oordeel dat de huidige rechtspraak van de Raad van State die inhoudt dat er geen algemene, principiële verplichting is om de beoordelingsmethodiek op voorhand mee te delen, onhoudbaar is geworden. In het licht van het transparantiebeginsel zoals toegepast binnen de rechtspraak van het Hof van Justitie meent zij dat artikel 53, lid 2, van Richtlijn 2004/18/EG dient te worden gelezen in de zin dat de aanbestedende overheid verplicht is om naast de weging tevens de voor de evaluatie dienstige beoordelingsmethodiek bekend te maken, zoals te dezen het hanteren van een ordinale schaal met klassen bepaald als “hoog-matig-laag”. Om die reden vraagt zij nopens de toepassing van voormeld artikel een prejudiciële vraag tot uitlegging voor te leggen aan het Hof van Justitie.

21.2. De verwerende partij ziet geen enkele reden om in te stemmen met dergelijk verzoek van de verzoekende partij. De stelling van de verzoekende partij vindt volgens haar immers geen steun in de vaste rechtspraak van de Raad van State en in de recente rechtspraak van het Hof van Justitie.

Daarenboven wordt volgens de verwerende partij het voormelde arrest Lianakis door de verzoekende partij op zeer “curieuze” wijze geïnterpreteerd aangezien de laatstgenoemde ervan uitgaat dat het Hof van Justitie met het begrip “subcriteria” ook de “afwegingsregels” zou hebben bedoeld, waarmee zij eigenlijk de “beoordelingsmethodiek” bedoelt. De redenering van de verzoekende partij om het begrip “subcriteria” te interpreteren als “beoordelingsmethodiek” raakt volgens de verwerende partij kant noch wal.

De vaststelling dat de beoordelingsmethodiek niet moet worden vermeld in het bestek, ligt volgens de verwerende partij voorts ook veel meer in lijn met het meer recente arrest *Evropaïki Dynamiki*.

In de laatste memorie blijft de verwerende partij betwisten – verwijzende naar de rechtsfiguur van de *acte clair* – dat de Raad van State een

‡AGBPKBDCG-BBIGIJV‡

prejudiciële vraag zou moeten stellen, aangezien er over de juiste interpretatie van voormeld artikel 53, lid 2, van Richtlijn 2004/18/EG “redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel kan bestaan”. Zij verwijst daarbij naar het arrest *nv Allcomm*, nr. 218.351 van 8 maart 2012 van de Raad van State waarin onder verwijzing naar recente rechtspraak van het Hof van Justitie, inzonderheid het arrest *Evropaïki Dynamiki*, werd geoordeeld dat er geen noodzaak was tot prejudiciële vraagstelling. Het feit dat de Raad van State in deze zaak moest oordelen over een opdracht die het Europese drempelbedrag niet overschreed, terwijl in huidige zaak dit wel het geval is, noopt volgens haar niet tot een ander standpunt.

22. Artikel 53 van Richtlijn 2004/18/EG bepaalt:

“Gunningscriteria

1. Onverminderd de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de vergoeding van bepaalde diensten, zijn de criteria aan de hand waarvan de aanbestedende diensten een overheidsopdracht gunnen:

a) hetzij, indien de gunning aan de inschrijver met de economisch voordeligste inschrijving plaatsvindt, verschillende criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht, zoals de kwaliteit, de prijs, de technische waarde, de esthetische en functionele kenmerken, de milieukenmerken, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de klantenservice en de technische bijstand, de datum van levering en de termijn voor levering of uitvoering;

b) hetzij alleen de laagste prijs.

2. Onverminderd de bepalingen van de derde alinea van dit lid, specificeert in het in lid 1, onder a), bedoelde geval de aanbestedende dienst in de aankondiging van de opdracht of in het bestek of, bij de concurrentiegerichtte dialoog, in het beschrijvende document, het relatieve gewicht dat hij toekent aan elk van de door hem gekozen criteria voor de bepaling van de economisch voordeligste inschrijving.

Dit gewicht kan worden uitgedrukt in een marge met een passend verschil tussen minimum en maximum.

Wanneer volgens de aanbestedende dienst om aantoonbare redenen geen weging mogelijk is, vermeldt de aanbestedende dienst in de aankondiging van de opdracht of in het bestek of, bij de concurrentiegerichtte dialoog, in het beschrijvende document, de criteria in dalende volgorde van belangrijkheid.”

Overweging 46 bij deze Richtlijn luidt als volgt:

“De gunning van de opdracht dient te geschieden op basis van objectieve criteria waarbij het discriminatieverbod en de beginselen van transparantie

en gelijke behandeling in acht worden genomen en de beoordeling van de inschrijvingen onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging wordt gewaarborgd. Derhalve mogen slechts twee gunningscriteria worden toegepast, namelijk het criterium van de 'laagste prijs' en het criterium van de 'economisch voordeligste inschrijving'.

Teneinde de inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling bij de gunning van opdrachten te waarborgen, moet worden voorzien in de door de jurisprudentie bevestigde verplichting om de nodige transparantie te garanderen teneinde iedere inschrijver de mogelijkheid te bieden redelijkerwijs kennis te nemen van de criteria en de nadere regelingen die zullen worden toegepast ter bepaling van de economisch voordeligste inschrijving. Daarom dienen de aanbestedende diensten tijdig de gunningscriteria en het relatieve gewicht van elk van deze criteria aan te geven zodat de ondernemers er bij de opstelling van hun inschrijving kennis van hebben. De aanbestedende diensten kunnen in naar behoren gemotiveerde gevallen die zij moeten kunnen toelichten, afzien van de vermelding van het relatieve gewicht van de gunningscriteria, wanneer dat relatieve gewicht niet vooraf kan worden bepaald, met name wegens de complexiteit van de opdracht. In die gevallen moeten zij de criteria in dalende volgorde van belangrijkheid vermelden."

In artikel 53 van de Richtlijn 2004/18/EG en overweging 46 bij de Richtlijn is er aldus slechts sprake van "criteria" en het "relatieve gewicht" ervan. De beoordelingsmethodiek of afwegingsregels worden nergens uitdrukkelijk vermeld.

23. Het Hof van Justitie overwoog in het voormelde arrest Lianakis in de eerste plaats, onder verwijzing naar de artikelen 3, tweede lid, en 36, tweede lid, van de richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 'betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening', en de beginselen van de gelijke behandeling van de marktdeelnemers en van de transparantieplichting die eruit voortvloeien, dat "alle elementen die door de aanbestedende dienst in aanmerking worden genomen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding, alsook het relatieve gewicht van deze criteria", bij de potentiële inschrijvers bekend moeten zijn wanneer deze hun offertes voorbereiden.

Vervolgens oordeelde het Hof van Justitie in dit arrest:

“artikel 36, lid 2, van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997, gelezen tegen de achtergrond van het beginsel van gelijke behandeling van de marktdeelnemers en van de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, verzet zich ertegen dat de aanbestedende dienst in het kader van een aanbestedingsprocedure achteraf wegingscoëfficiënten en subcriteria voor de in het bestek of in de aankondiging van de opdracht vermelde gunningscriteria vaststelt”.

In voormelde zaak had de aanbestedende overheid na de indiening van de offertes de relatieve weging van de gunningscriteria vastgesteld, namelijk 60, 20 en 20. Die worden in het arrest de “wegingscoëfficiënten” – “*coefficients de Pondération*”, “*weighting factors*” – genoemd. Daarnaast besliste de aanbestedende overheid achteraf ook hoe de quotering van de gunningscriteria zou gebeuren. Het Hof van Justitie stelt in overweging 44 vast dat “[i]n het hoofdgeding [...] het aanbestedingscomité enkel de gunningscriteria zelf in de aankondiging van opdracht heeft vermeld en zowel de wegingscoëfficiënten als de subcriteria voor deze gunningscriteria achteraf, na de indiening van de offertes en na het openmaken van de verzoeken om toelating tot inschrijving, heeft vastgesteld”. In overweging 38 wordt echter ook het – andere – begrip “afwegingsregels” gebruikt: “een aanbestedende dienst [kan] geen afwegingsregels of subcriteria voor de gunningscriteria toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht (zie naar analogie, betreffende overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, arrest *Universale-Bau e.a.*, reeds aangehaald, punt 99)”.

De prejudiciële vraag in het arrest *Lianakis* had enkel betrekking op het achteraf vaststellen van “wegingscoëfficiënten”. De vraag verwees niet naar het achteraf vaststellen van “afwegingsregels of subcriteria”. Zoals reeds vastgesteld, heeft het Hof van Justitie geantwoord dat niet alleen het achteraf vaststellen van “wegingscoëfficiënten”, maar ook van “subcriteria” onverenigbaar is met voormelde richtlijn 92/50/EEG.

Op grond van de feiten zoals ze in het arrest worden weergegeven, rijst de vraag of het Hof van Justitie met deze bijkomende verwijzing naar de "subcriteria" ook zou kunnen doelen op de wijze waarop de quotering van de gunningscriteria, wat afwegingsregels lijken, is verlopen. Met de stellingheid waarmee de verwerende partij dat wel doet, kan dan ook niet de argumentatie van de verzoekende partij worden afgewezen dat, afgaand op de feiten die ten grondslag lagen aan het geschil, het Hof van Justitie met het begrip "subcriteria" ook de beoordelingsmethodiek zou hebben bedoeld. Niettemin staat het ook niet zonder meer vast, zoals van haar kant de verzoekende partij betoogt, dat uit dit arrest voortvloeit dat ook de beoordelingsmethodiek zelf bekendgemaakt moet worden en nog minder dat deze steeds vooraf vastgesteld moet worden, laat staan dat het over de methodiek in grote lijnen gaat dan wel tot in haar details of dat het alle methoden betreft dan wel enkel bijvoorbeeld de minder gangbare.

Alleszins kan worden vastgesteld dat het Hof van Justitie in de zaak Lianakis geen prejudiciële vraag met dezelfde draagwijdte heeft beantwoord, als degene die hierna wordt gesteld, nu eerstgenoemde vraag niet uitdrukkelijk betrekking had op het achteraf vaststellen van een beoordelingsmethodiek.

Evenmin zegt het Hof van Justitie daarover iets uitdrukkelijk in het arrest Evropaïki Dynamiki, waarnaar de verwerende partij verwijst. In dat arrest benadrukt het Hof van Justitie met verwijzing naar het arrest Lianakis dat de wettigheid van het gebruik van subcriteria en hun overeenstemmend gewicht steeds moet worden onderzocht in het licht van het gelijkheidsbeginsel en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel. Het verduidelijkt voorts dat het Hof van Justitie geen totaal en absoluut verbod heeft vastgesteld op het nader specificeren van vooraf ter kennis gebrachte gunningscriteria en om deze een gewicht toe te kennen. Bijgevolg is het voor een aanbestedende overheid mogelijk om na het verstrijken van de termijn voor indienen van de offertes alsnog wegingscoëfficiënten vast te stellen voor subcriteria die in essentie beantwoorden aan de criteria die voorafgaand aan de inschrijvers ter kennis werden gebracht onder drie voorwaarden, te weten dat deze vaststelling achteraf, ten eerste geen wijziging brengt in de in het bestek vastgelegde gunningscriteria

‡AGBPKBDCG-BBIGIJV‡

voor de opdracht, ten tweede geen elementen bevat die, indien zij bij de voorbereiding van de offertes bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden en ten derde, niet discriminerend werkt jegens één van de inschrijvers.

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

24. Deze arresten bieden geen of minstens geen decisief antwoord op de hier aan de orde zijnde vraag of ook de beoordelingsmethodiek – de concrete methode die de overheid zal gebruiken om de offertes te quoteren – vooraf bekend moet worden gemaakt. De verwerende partij lijkt met haar opvatting dat de beoordelingsmethodiek in geen geval moet worden vermeld in het bestek, en haar argumentatie dat deze opvatting “volledig” of “meer” in lijn zou liggen met de recente rechtspraak van het Hof van Justitie, dan ook vooruit te lopen op een interpretatie die het Hof van Justitie nog niet heeft gegeven en die alleen het Hof kan geven aan artikel 53, lid 2, van de Richtlijn 2004/18/EG. De verwerende partij toont aldus niet aan dat de juiste interpretatie van voormelde bepaling zo evident is dat redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel kan bestaan.

25. Uit al het voorgaande volgt dat het past om de in het beschikkend gedeelte van huidig arrest geformuleerde vraag om uitlegging van de voormelde richtlijn voor te leggen aan het Hof van Justitie overeenkomstig artikel 267 van het Verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’.

Derde onderdeel

26. In een derde onderdeel voert de verzoekende partij, in uiterst ondergeschikte orde ten opzichte van de twee vorige middelonderdelen, aan dat voor zover de Raad zou oordelen dat er geen sprake zou zijn van een wijziging van de relatieve weging van de gunningscriteria na indiening van de offertes (eerste onderdeel), noch van een verplichting voorafgaandelijk de

‡AGBPKBDCG-BBIGIJV‡

beoordelingsmethodiek bij voorbaat in het bestek of de aankondiging bekend te maken (tweede onderdeel), de in het gunningsverslag gehanteerde beoordelingsmethodologie een onvoldoende onderscheidend vermogen heeft teneinde een adequate vergelijking van de offertes mogelijk te maken, rekening houdend met de intrinsieke verschillen tussen de offertes.

27. Onderzoek van dit onderdeel zou vooruitlopen op het antwoord op de te stellen prejudiciële vraag. Indien uit het antwoord daarop immers zou blijken dat de beoordelingsmethodiek diende te worden bekendgemaakt, zou de gehele gunningsprocedure, onderzoek van de gunningscriteria inbegrepen, immers gevitieerd zijn.

BESLISSING

1. Het debat wordt heropend.

2. Aan het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt de volgende vraag gesteld:

**“1/ Dient artikel 53, lid 2, van Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’ op zichzelf genomen en samengenomen met de draagwijdte van de Europeesrechtelijke beginselen inzake gelijkheid en transparantie inzake overheidsopdrachten zo te worden geïnterpreteerd dat de aanbestedende overheid, indien gegund wordt aan de inschrijver met de vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid economisch meest voordelige aanbidding, er steeds toe gehouden is om de beoordelingsmethodiek of afwegingsregels, wat hun voorzienbaarheid, gangbaarheid of draagwijdte ook is, aan de hand waarvan de offertes volgens de gunningscriteria of subgunningscriteria beoordeeld zullen worden, steeds vooraf vast te stellen en in de aankondiging of het bestek op te nemen,
2/ dan wel indien er geen dergelijke algemene verplichting is, dat er omstandigheden zijn, zoals onder meer de draagwijdte, het gebrek aan voorzienbaarheid, of het gebrek aan gangbaarheid van deze afwegingsregels, waarin deze verplichting wel geldt?”**

3. Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt opgedragen om na ontvangst van het antwoord van het Hof van Justitie van de Europese Unie een aanvullend verslag op te stellen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 6 januari 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,

Johan Bovin,

Pierre Barra,

bijgestaan door

Silja Doms,

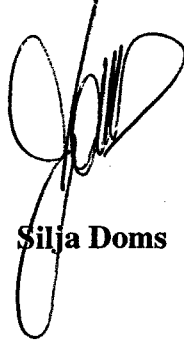
kamervoorzitter,

staatsraad,

staatsraad,

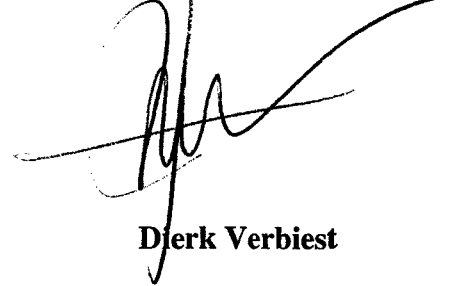
griffier.

De griffier



Silja Doms

De voorzitter



Dierk Verbiest