RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 235.122 van 16 juni 2016
in de zaak A. 219.353/XII-8147

In zake: de NV ACLAGRO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Ann Eeckhout en Lotte Ottevaere
kantoor houdend te 9700 Oudenaarde
Droesbekeplein 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD OUDENAARDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf

Tussenkomende partijen:

1. de NV WANNIJN
2. de NV JOZEF VANDEN BUVERIE & CO
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jacques Vander Schelden
kantoor houdend te 9700 Oudenaarde
Voorburg 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 26 mei 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing

van het College van burgemeester en schepenen van de stad Oudenaarde dd. 12.05.2016, waarbij werd beslist om de overheidsopdracht voor aanneming van werken de 'Heraanleg Markt Oudenaarde - Bestek nr. W2782014bis' te gunnen aan de thv Wannijn nv – Vanden Buverie & co nv alsmede van de impliciete weigeringsbeslissing waarbij de opdracht niet werd toegewezen aan nv Aclagro."

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 1 juni 2016 hebben de nv Wannijn en de nv Jozef Vanden Buverie & Co, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 juni 2016, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ann Eeckhout, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Carlos De Wolf en Charlotte De Wolf, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Henri Nottebaert, die *loco* advocaat Jacques Vander Schelden verschijnt voor de tussenkomende partijen, 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. De gemeenteraad van de stad Oudenaarde keurt op 14 december 2015 de besteksvoorwaarden en de gunningswijze goed voor een opdracht voor aanneming van werken voor de heraanleg van de Markt te Oudenaarde. De opdracht wordt in mededinging gesteld met een open offerteaanvraag, met bestek W22782014.

De opdracht wordt geraamd op een bedrag van 3.510.283,31 euro, btw niet inbegrepen.

Nadat wordt vastgesteld dat enkel onregelmatige offertes werden ingediend, beslist het college van burgemeester en schepenen op 4 april 2016, bekrachtigd bij beslissing van de gemeenteraad van 25 april 2016, een nieuwe opdracht uit te schrijven, met bestek W 22782014bis. Alle inschrijvers die in de eerste procedure een offerte hebben ingediend, worden uitgenodigd een nieuwe offerte in te dienen met toepassing van artikel 26, §1, 1°, e), van de wet van 15 juni 2006 'betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten'.

De opdracht wordt bijgevolg gegund met een onderhandelings-procedure zonder bekendmaking.

3.2. Ten aanzien van de gunningscriteria wordt in het laatstgenoemde bestek bepaald:

> "De inschrijver dient op alle gunningscriteria samen een score te behalen van 50 punten en op elk van de proefvakken in granieten mozaïekkeien en natuursteen dient een score behaald van minstens de helft van het totaal aantal te begeven punten. Is dit niet het geval dan wordt de inschrijving vanuit materieel oogpunt substantieel onregelmatig verklaard in toepassing van artikel 95, §3 van het KB van 15 juli 2011. Het niet-behalen van een minimale score van de helft van het te begeven aantal punten wordt hierbij van rechtswege gelijkgesteld met het niet voldoen aan de technische specificaties, zoals opgenomen in de opdrachtdocumenten".

De volgende criteria zijn volgens dat bestek van toepassing bij de gunning van de opdracht:

“

nr	beschrijving	gewicht
1	kostprijs	70
	[…]	
2	Uitvoeringstermijn	6
	[…]	
3	Kwaliteit van de uitvoering De inschrijvers die voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria en die een prima facie formeel en materieel regelmatige offerte hebben ingediend, worden uitgenodigd om een proefvak aan te leggen in granieten mozaïekkeien en een proefvak in natuursteen. […]	
3.1	Proefvak in granieten mozaïekkeien	12
	Beoordeling op de goede uitvoering van een door de inschrijver in granieten mozaïekkeien aangelegd proefvak van 6 m² (3m x 2m). De uitvoering moet voldoen aan de in de opdrachtdocumenten opgelegde voorwaarden met de in de offerte voorgestelde materialen volgens de door de inschrijver bijgevoegde technische fiche. De beoordeling gebeurt op het vlak van: - gaafheid van het legverband: 4 punten - breedte van de voegen: 4 punten - vlakheid: 4 punten Gebruik van granieten mozaïekkeien die niet overeenstemmen met de technische bepalingen zoals beschreven in de opdrachtdocumenten resulteert in een score gelijk aan nul.	
3.2	Proefvak van tegels in natuursteen (voor de aanleg van het middenplein)	12
	Beoordeling op de goede uitvoering van een door de inschrijver tegels in natuursteen aangelegd proefvak van 6 m² (3m x 2m). De uitvoering moet voldoen aan de in de opdrachtdocumenten opgelegde voorwaarden met de in de offerte voorgestelde materialen volgens de door de inschrijver bijgevoegde technische fiche. De beoordeling gebeurt op het vlak van: - kleur: 4 punten - breedte van de voegen: 4 punten - vlakheid: 4 punten Gebruik van natuursteen die niet overeenstemt met de technische bepalingen zoals beschreven in de opdrachtdocumenten resulteert in een score gelijk aan nul.	

De proefvakken zullen door de inschrijvers worden gerealiseerd overeenkomstig de methodologie, opgenomen in het proefvakdocument, opgenomen op bijgevoegd plan, waarbij voor elk proefvak aan elke inschrijver dezelfde termijn zal worden toegekend om het proefvak uit te voeren.

Voor de beoordeling van het derde gunningscriterium ‘kwaliteit van de uitvoering’ zal een beoordelingscommissie de door de inschrijvers gerealiseerde proefvakken geanonimiseerd quoteren. Deze beoordeling zal in een beoordelingsrapport worden opgenomen dat onder de vorm van een advies aan de aanbestedende overheid zal worden overgemaakt.

Bepaling i.v.m. het aanleggen van de proefvakken
Wanneer de inschrijver hetzij een nieuw materiaal voorstelt, hetzij een nieuwe onderaannemer voorstelt voor het uitvoeren van de betreffende aannemingswerken, dan is zij verplicht om twee proefvakken aan te leggen met het oog op de beoordeling van het gunningscriterium ‘kwaliteit van de uitvoering’.
Indien de inschrijver de door haar in haar eerste offerte voorgestelde materialen ongewijzigd behoudt en voor het uitvoeren van de betreffende aannemingswerken dezelfde aannemer of onderaannemer handhaaft, kan zij er voor kiezen om hetzij een nieuw proefvak aan te leggen, hetzij te verwijzen naar het reeds aangelegde proefvak waarbij dit proefvak de beoordelingsbasis voor het betreffende proefvak zal vormen. De inschrijver zal in haar offerte haar keuze opnemen. Bij gebreke aan een keuze zal de inschrijver van rechtswege vermoed worden het reeds aangelegde proefvak als beoordelingsbasis te aanvaarden.”

3.3. Er worden vier offertes ingediend namelijk door de nv Aclagro voor een bedrag van 3.388.703,09 euro, de thv Wannijn nv – Vanden Buverie & Co nv voor een bedrag van 3.406.530,50 euro, de nv Persyn voor een bedrag van 3.769.185,36 euro en de nv Viabuild voor een bedrag van 3.842.799,30 euro.

3.4. Op 12 mei 2016 wordt een “evaluatierapport” opgesteld, waarin wordt vermeld:

“9. Beoordeling van de offertes op basis van de gunningscriteria

[…]
Gunningscriterium nr. 3: Kwaliteit van de uitvoering-aanleg proefvak in granieten mozaïekkeien
Beoordeling op 12 punten (zie rapport bijlage 2)
Beoordeling op de goede uitvoering van een door de inschrijver aangelegd proefvak van 6 m² in granieten mozaïekkeien, die te voorzien **zijn** door de inschrijver en moeten voldoen aan de in het bestek opgelegde voorwaarden. De beoordeling gebeurt op het vlak van gaafheid van het legverband, breedte van de voegen en vlakheid.

	THV Wannijn nv – Vanden Buverie & Co nv	Proefvak mozaïekkeien wordt heraangelegd	9,67
	Aclagro nv	Proefvak mozaïekkeien niet wordt heraangelegd	9,50
	Persyn nv	Proefvak mozaïekkeien niet wordt	8,50

		heraangelegd	
	Viabuild nv	Proefvak mozaïekkeien niet wordt heraangelegd	3,50
Gunningscriterium nr. 4: kwaliteit van de uitvoering – aanleg proefvak in natuursteen Beoordeling op 12 punten (zie rapport bijlage 2) Beoordeling op de goede uitvoering van een door de inschrijver aangelegd proefvak van 6 m² tegels in natuursteen, die te voorzien zijn door de inschrijver en moeten voldoen aan de in het bestek opgelegde voorwaarden. De beoordeling gebeurt op het vlak van kleur, breedte van de voegen en vlakheid.			
	THV Wannijn nn – Vanden Buverie & co nv	Proefvak natuursteen wordt heraangelegd	11,50
	Aclagro nv	Proefvak natuursteen wordt heraangelegd	9,83
	Persyn nv	Proefvak natuursteen wordt niet heraangelegd	9,50
	Viabuild nv	Proefvak natuursteen wordt heraangelegd	5,49

10. Advies betreffende de gunning van de opdracht

10.1 Onregelmatige en nietige offertes

De offerte van Persyn nv dient als materieel substantieel onregelmatig te worden verworpen nu deze inschrijver geen antwoord heeft gegeven omtrent de identiteit van de onderaannemer die de bestratingswerken zal uitvoeren.

De offerte van Viabuild nv dient als materieel onregelmatig te worden verworpen nu deze inschrijver geen antwoord heeft gegeven op de vraag inzake

(i) Het overmaken van de technische fiches inzake de tegels in natuursteen; en

(ii) Het voldoen aan de voorwaarden inzake het toegangsrecht wat betreft de voorgestelde onderaannemers.

[…]

10.2 Samenvattend overzicht van de beoordeling van de gunningscriteria en rangschikking van de regelmatig bevonden offertes als volgt:

Nr.	naam	score	Prijs excl. btw
1	THV Wannijn nv – Vanden Buverie & Co nv	96,80	€ 3.406.530,50
2	Aclagro nv	95,33	€ 3.388.703,09

.”

De offertes van nv Persyn en nv Viabuild worden hierin materieel onregelmatig bevonden.

3.5. Bij beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Oudenaarde van 12 mei 2016 wordt goedkeuring verleend aan het

gunningsverslag van 12 mei 2016 en wordt beslist de opdracht te gunnen aan de thv Wannijn nv – Van den Buverie & Co nv.

Dit is de bestreden beslissing.

3.6. Bij aangetekende brief van 12 mei 2016 deelt de verwerende partij de gunningsbeslissing en het evaluatierapport mee aan de verzoekende partij.

IV. Tussenkomst

4. De nv Wannijn en de nv Jozef Vanden Buverie & Co, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet hun verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

6. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij verwoordt het middel als volgt:

" schending van
- Artikel 25 van de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten;
- Artikel 95, §3 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten klassieke sectoren;
- Het bestek W22782014bis en van het patere legem quam ipse fecisti beginsel;
- Het transparantiebeginsel en van het gelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur;
- De materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur;

Doordat de verwerende partij de offerte van de THV Wannijn nv – Vanden Buverie & Co nv regelmatig verklaart, minstens het onderzoek naar de onregelmatigheid niet zorgvuldig heeft uitgevoerd en heeft nagelaten duidelijke en concrete motieven in de bestreden beslissing op te nemen die de regelmatigverklaring van de offerte van de THV Wannijn nv – Vanden Buverie & Co nv kunnen schragen.

Terwijl de offerte van de THV Wannijn nv – Vanden Buverie & Co nv behept is met een substantiële onregelmatigheid aangezien de offerte van de THV Wannijn nv – Vanden Buverie & Co nv afwijkt van een essentiële bepaling van het bestek, namelijk de technische specificaties. Meer bepaald is de aanleg van

het proefvak in tegels in natuursteen door de THV Wannijn nv – Vanden Buverie & Co nv niet gebeurd conform de essentiële bestekbepalingen."

8. De verzoekende partij wijst er in de toelichting bij haar middel op dat de beoordeling van het derde gunningscriterium "kwaliteit van de uitvoering" volgens het bestek gebeurt op grond van twee proefvakken die de inschrijvers aanleggen. Het bestek voorziet daarbij in twee mogelijkheden: ofwel legt de inschrijver voor deze tweede gunningsprocedure een nieuw proefvak aan, ofwel verwijst de inschrijver naar het proefvak dat de inschrijver reeds eerder in het kader van de eerste gunningsprocedure heeft aangelegd.

Het proefvak in tegels in natuursteen dat de basis vormt voor de beoordeling van de kwaliteit van de uitvoering van de THV Wannijn nv – Vanden Buverie & Co nv is niet conform de besteksbepalingen. De THV Wannijn nv – Vanden Buverie & Co nv heeft immers geen nieuw proefvak in natuursteen aangelegd en heeft ook niet verwezen naar het proefvak dat werd aangelegd in het kader van de eerste gunningsprocedure. Daarentegen heeft de THV Wannijn nv – Vanden Buverie & Co nv een in het bestek niet voorziene mogelijkheid gekregen om de opmerkingen die ze in het kader van de eerste gunningsprocedure kreeg met betrekking tot het proefvak natuursteen, weg te werken. Dit blijkt volgens de verzoekende partij uit de nummering van het proefvak 3A in combinatie met de vermelding in het verslag van de beoordelingscommissie waar staat:

> "De firma THV Wannijn nv – Vanden Buverie & Co nv legde een nieuw proefvak in mozaïekkeien aan en werkte het proefvak in natuursteen bij."

Het bestek laat echter geen "bijwerken" van het in het kader van de eerste gunningsprocedure aangelegde proefvak toe. Het bijgewerkte proefvak is dan ook niet in overeenstemming met de technische bepalingen van het bestek. Het proefvak heeft tot doel de kwaliteit van de uitvoering te beoordelen en door het "bijwerken" krijgt de aannemer de kans zijn geboden kwaliteit "bij te werken". De aannemer die bijwerkt, moet de kwaliteit niet in één uitvoering brengen – de eerste of de tweede – maar krijgt de kans het minder geslaagde deel van de eerste uitvoering te corrigeren.

Beoordeling

9. Het bestek (bladzijde 15/113) bepaalt betreffende het aan te leggen proefvak:

> "De proefvakken zullen door de inschrijvers worden gerealiseerd overeenkomstig de methodologie, opgenomen in het proefvakdocument, opgenomen op bijgevoegd plan, waarbij voor elk proefvak aan elke inschrijver dezelfde termijn zal worden toegekend om het proefvak uit te voeren.
>
> Voor de beoordeling van het derde gunningscriterium 'kwaliteit van de uitvoering' zal een beoordelingscommissie de door de inschrijvers gerealiseerde proefvakken geanonimiseerd quoteren. Deze beoordeling zal in een beoordelingsrapport worden opgenomen dat onder de vorm van een advies aan de aanbestedende overheid zal worden overgemaakt.
>
> <u>Bepaling i.v.m. het aanleggen van de proefvakken</u>
>
> Wanneer de inschrijver hetzij een nieuw materiaal voorstelt, hetzij een nieuwe onderaannemer voorstelt voor het uitvoeren van de betreffende aannemingswerken, dan is zij verplicht om twee proefvakken aan te leggen met het oog op de beoordeling van het gunningscriterium 'kwaliteit van de uitvoering'.
>
> Indien de inschrijver de door haar in haar eerste offerte voorgestelde materialen ongewijzigd behoudt en voor het uitvoeren van de betreffende aannemingswerken dezelfde aannemer of onderaannemer handhaaft, kan zij er voor kiezen om hetzij een nieuw proefvak aan te leggen, hetzij te verwijzen naar het reeds aangelegde proefvak waarbij dit proefvak de beoordelingsbasis voor het betreffende proefvak zal vormen. De inschrijver zal in haar offerte haar keuze opnemen. Bij gebreke aan een keuze zal de inschrijver van rechtswege vermoed worden het reeds aangelegde proefvak als beoordelingsbasis te aanvaarden."

10. Uit de gegevens in het administratief dossier blijkt niet te kunnen worden afgeleid dat de gekozen inschrijvers een nieuw materiaal voorstelden dan wel een nieuwe onderaannemer voorstelden in het kader van de tweede offerte.

Het stond deze inschrijvers volgens de bepalingen van het bestek bijgevolg vrij te kiezen of zij een nieuw proefvak zouden aanleggen, dan wel zouden verwijzen naar het oude proefvak.

11. Met een nota van 25 april 2016 verklaren de gekozen inschrijvers:

> "Hierbij bevestigen wij dat wij willen gebruik maken van de onderhandelingsprocedure om onze proefvakken bij te werken/herplaatsen."

De inschrijvers geven aldus aan dat zij ervoor kiezen twee nieuwe proefvakken aan te leggen, waarbij zij er van uitgaan dat dit ook inhoudt dat ze een bestaand proefvak kunnen bijwerken. Voor het proefvak in mozaïekkeien blijken deze inschrijvers een volledig nieuw proefvak te hebben aangelegd, voor het proefvak in natuursteen hebben zij het reeds bestaande proefvak bijgewerkt.

12. Ter terechtzitting ontwikkelt de verzoekende partij een nieuwe argumentatie, namelijk dat het ogenblik van de aanleg van de proefvakken niet duidelijk is. *Prima facie* lijkt zij echter de relevantie van die argumentatie in het kader van het middel niet te verduidelijken, mocht ze al ontvankelijk zijn.

13. Op het eerste gezicht toont de verzoekende partij niet aan waarom de door de gekozen inschrijvers gevolgde handelwijze, namelijk het bijwerken van het proefvak in natuursteen, in strijd zou zijn met het bestek. Zoals gezegd, liet het bestek toe dat de inschrijvers een nieuw proefvak zouden aanleggen. Er valt op het eerste gezicht niet in te zien waarom een inschrijver in dat licht geen bestaand proefvak zou mogen bijwerken.

Nergens in het bestek lijkt erin te worden voorzien dat het proefvak "in één beweging" moet worden aangelegd zoals de verzoekende partij poneert. Er blijkt ook nergens uit de gegevens opgenomen in het administratief dossier dat de proefvakken gecontroleerd werden op het feit of ze in één beweging werden aangelegd. Het lijkt dan ook niet uitgesloten dat een inschrijver een proefvak aanlegt en vervolgens nog bijwerkt, alvorens het proefvak vrij te geven voor controle door de aanbestedende overheid, zolang dit binnen de daarvoor toegekende termijn gebeurt. Bijgevolg valt er op het eerste gezicht niet in te zien waarom dit anders zou zijn voor een proefvak dat reeds eerder, in de loop van de

vorige gunningsprocedure werd aangelegd. Deze mogelijkheid stond bovendien principieel open voor alle inschrijvers, ook voor de verzoekende partij. Betreffende het naleven van de betrokken termijn lijkt overigens geen enkel probleem te zijn gerezen, bij geen enkele van de inschrijvers. De tijdsspanne waarbinnen een proefvak wordt aangelegd is overigens ook geen evaluatiecriterium bij de in het geding zijnde opdracht.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij betoogt, lijkt voorts nergens uit het administratief dossier te kunnen worden afgeleid dat aan de gekozen inschrijvers “opmerkingen” zouden zijn gegeven met betrekking tot het proefvak in natuursteen dat zij in het kader van de eerste gunningsprocedure hebben aangelegd. Uit het administratief dossier blijkt dat aan de inschrijvers slechts een gunningsverslag werd bezorgd waaruit de beoordeling bleek van de formele en materiële regelmatigheid van de offertes, maar niet de beoordeling van de proefvakken aan de hand van de gunningscriteria.

De verzoekende partij brengt ook geen enkel stuk bij waaruit zou blijken dat de gekozen inschrijvers op de hoogte waren van de beoordeling van hun proefvakken die werden aangelegd in het kader van de eerste gunningsprocedure. Aan de verzoekende partij zelf lijkt aldus slechts meegedeeld dat de door haar voorgestelde natuursteen niet voldeed aan de vereiste technische specificaties en dat bij de aanleg van het proefvak een onderaannemer werd aangewend die niet was vermeld in de offerte. Aan een andere inschrijver werd slechts meegedeeld dat het proefvak mozaïekkeien niet werd aangelegd in een bestekconform legverband.

In die zin valt dan ook niet in te zien waarom de gekozen inschrijvers, gelet op de bepalingen van het bestek, geen verbeteringen meer mochten aanbrengen aan het proefvak dat zij reeds hadden aangelegd in de eerste gunningsprocedure en dit vervolgens niet als een nieuw te beoordelen proefvak mochten voorleggen.

Aangezien er aldus geen sprake lijkt van een afwijking van de technische bepalingen van het bestek, diende de aanbestedende overheid , zo lijkt

het, ook niet te motiveren waarom zij de offerte van de gekozen inschrijvers niet substantieel onregelmatig bevond.

Evenmin toont de verzoekende partij aan hoe door deze handelwijze het gelijkheidsbeginsel zou zijn geschonden. Daarbij kan worden opgemerkt dat ook aan de verzoekende partij de mogelijkheid werd geboden nieuwe proefvakken aan te leggen, van welke mogelijkheid zij gebruik heeft gemaakt voor het proefvak in natuursteen, welk proefvak zij oorspronkelijk niet in een bestekconforme natuursteen had aangelegd. Op het eerste gezicht stond het ook de verzoekende partij in principe vrij de reeds aangelegde proefvakken opnieuw aan te leggen door ze bij te werken.

14. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

15. De verzoekende partij put een tweede middel uit “de schending van:

- Artikel 25 van de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten;
- Het bestek W22782014bis en van het patere legem quam ipse fecisti beginsel;
- Het transparantiebeginsel en van het gelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur;
- De formele en materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Eerste onderdeel

Doordat de verwerende partij bij de beoordeling van de offertes in het licht van het derde gunningscriterium ‘kwaliteit van de uitvoering’ rekening heeft gehouden met andere dan de in het bestek geëxpliciteerde sub-gunnings-criteria, die op basis van het bestek niet voorzienbaar waren. Door niet enkel de in het bestek aangekondigde beoordelingselementen in aanmerking te nemen werden aan de gekozen inschrijver teveel punten toegekend en werden aan

NV Aclagro te weinig punten toegekend. Deze punten zijn bepalend voor de rangschikking van de offertes, die slechts 1,47 punten van elkaar verschillen. Minstens heeft de verwerende partij nagelaten duidelijke en concrete motieven in de bestreden beslissing op te nemen die de rangschikking van de offerte van de THV Wannijn nv – Vanden Buverie & co nv vóór de offerte van nv Aclagro kunnen schragen;
Terwijl nochtans de inhoudelijke beoordeling van de offertes, in acht genomen art. 25 van de overheidsopdrachtenwet en het patere legem beginsel alleen mag gebeuren aan de hand van de gunningscriteria zoals die in het bestek zijn opgenomen. Geen andere elementen en aspecten, dan diegene die in de gunningscriteria zijn aangekondigd, mogen bij de beoordeling worden betrokken.
Ook het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel verplichten de verwerende partij om bij de inhoudelijke beoordeling in het licht van de gunningscriteria, rekening te houden met die elementen die de inschrijvers op het ogenblik van het opmaken van hun offerte kenden."

16. In de toelichting bij dit eerste middelonderdeel geeft de verzoekende partij kritiek op de beoordeling van het subcriterium "breedte van de voegen van het proefvak in natuurtegels" en van het subcriterium "vlakheid van het proefvak in natuurtegels" .

16.1. Wat de beoordeling betreft van de breedte van de voegen van het proefvak in natuursteen wijst de verzoekende partij er op dat het bijzonder bestek op bladzijde 68 een breedte voor de voegen voorschrijft van 5 mm. Uit het beoordelingsblad blijkt echter dat voor de breedte van de voegen van de thv Wannijn nv – Vanden Buverie & Co nv wordt opgemerkt:

"score: 3,5, 3,5, 3,5 = 3,5/4
Breedte van de voegen: OK […]
Opmerkingen: voegbreedte globaal iets boven de norm, maar wel zeer regelmatig."

Bijgevolg is de verzoekende partij van oordeel dat de voegbreedte in het proefvak van de THV Wannijn nv – Vanden Buverie & Co niet conform is aan het bestek, want iets boven de norm zodat "NIET OK" had moeten worden vermeld. Er werd dan ook ten onrechte een te hoge score van 3,5/4 punten toegekend.

De breedte van de voegen in het proefvak van de verzoekende partij is daarentegen wel conform zodat ten onrechte een lagere score van 3/4 punten werd toegekend.

De verzoekende partij meent voorts dat de score van de THV Wannijn nv – Vanden Buverie & Co niet mag worden verhoogd omwille van het feit dat de voegen regelmatig zouden zijn. De regelmatigheid van de voegen is immers geen gunningscriterium. En zelfs indien dit element als gunningscriterium zou worden gehanteerd, dan moet worden vastgesteld dat de voegen van het proefvak van de verzoekende partij nog regelmatiger zijn, aangezien deze overal dezelfde breedte van 5 mm hebben, zodat de THV Wannijn nv – Vanden Buverie & Co zich op dit punt in ieder geval niet positief onderscheidt van de verzoekende partij.

Op het beoordelingsblad wordt voor de breedte van de voegen van het proefvak in natuursteen van de verzoekende partij vermeld:

> "score: 3, 3, 3 = 3/4
> Breedte van de voegen: OK […]
> Voorgeschreven: de breedte van de voegen bedraagt 5 mm.
> De voegvulling is met gemodificeerde mortel, de kleur is zoals de natuursteen.
> Opmerkingen: nominaal overal dezelfde voegbreedte, echter voegvulling is te diep (6 mm) "

De verzoekende partij is daarbij van oordeel dat haar score niet mag worden verlaagd omwille van de diepte van de voegen. De diepte van de voegen is immers geen gunningscriterium. Bovendien blijkt niet dat de diepte van de voegen van het proefvak van de THV Wannijn nv – Vanden Buverie & Co eveneens werd beoordeeld.

Zij stelt tot besluit dat bij de beoordeling van het subgunningscriterium "breedte van de voegen" het niet mogelijk is dat een offerte waarbij voor het proefvak de breedte van de voegen globaal boven de norm is, meer punten krijgt dan de offerte van de verzoekende partij waarbij voor het proefvak de breedte van de voegen OK is en deze nominaal overal dezelfde is. Daarentegen dient aan de verzoekende partij de maximale score voor dit

subcriterium te worden toegekend en moet het proefvak van de THV Wannijn nv – Vanden Buverie & Co op dit punt niet conform aan de opdrachtdocumenten worden bevonden. Door met de regelmatigheid van de voegbreedte en de voegdiepte rekening te houden, heeft de aanbestedende overheid een afwijkende en onverwachte invulling gegeven aan het subgunningscriterium “breedte van de voegen”.

16.2. Wat de beoordeling betreft van de vlakheid van het proefvak in natuurtegels merkt de verzoekende partij op dat het bijzonder bestek met betrekking tot vlakheid van het oppervlak van de bestrating voorschrijft dat de oneffenheden hoogstens 3 mm zijn.

In het standaardbestek 250 versie 3.1 zijn specificaties opgenomen voor “3.8.3.3. Vlakheid van het oppervlak van de bestrating” en voor “3.8.3.5 Hoogteverschil tussen aanliggende natuursteentegels”. Het gunnings-criterium in het voorliggende bijzondere bestek is dus de vlakheid en niet het hoogteverschil.

Op het beoordelingsblad wordt voor de vlakheid van het proefvak in natuursteen van de THV Wannijn nv – Vanden Buverie & Co vermeld:

> “2.2 Score: 4, 4, 4 = 4/4
> Volgens de bepalingen van het bestek: OK […]
> Voorgeschreven: de oneffenheden zijn hoogstens 3 mm.
> Opmerkingen:”

Voor de verzoekende partij wordt vermeld:

> “2.2 Score: 2,5, 3, 3 = 2,8/4
> Volgens de bepalingen van het bestek: OK […]
> Opmerkingen:
> Over 1 diagonaal gemeten 8 mm niveauverschil ”

Het in het bestek aangekondigde subgunningscriterium is vlakheid. Voor beide proefvakken wordt bij de beoordeling aangegeven dat ze OK zijn volgens de bepalingen van het bestek. Aan beide offertes moeten dan ook evenveel punten worden toegekend.

Het niveauverschil waarmee bij de verzoekende partij werd rekening gehouden, is geen gunningscriterium. De score van de verzoekende partij mag dan ook niet worden verlaagd voor een diagonaal gemeten niveauverschil. Het is de verzoekende partij ook niet duidelijk wat hier gemeten is. Het woord "niveauverschil" komt niet voor in het bijzonder bestek en in het standaardbestek krijgt het de benaming "hoogteverschil". Met niveauverschil kan onmogelijk "vlakheid" worden bedoeld want daarvoor kreeg de verzoekende partij de vermelding "OK" op het beoordelingsblad wat betekent dat de oneffenheid die in het bestek wordt bedoeld beperkt is tot hoogstens 3 mm.

In het proefvak van de THV Wannijn nv – Vanden Buverie & Co werd deze diagonale meting van het niveauverschil volgens de verzoekende partij niet beoordeeld.

Bijgevolg dient volgens de verzoekende partij aan haar de maximale score te worden toegekend voor het subcriterium "vlakheid" aangezien de vlakheid bij haar OK bevonden werd, net als bij de THV Wannijn nv – Vanden Buverie & co nv die ook de maximale score kreeg. Door enkel bij de verzoekende partij met een diagonaal gemeten niveauverschil rekening te houden, wordt aan het in het bestek aangekondigde subcriterium "vlakheid" een afwijkende en onverwachte invulling gegeven.

Beoordeling eerste middelonderdeel

17. Krachtens het in het middel geschonden geachte artikel 25 van de wet van 15 juni 2006 dient bij een algemene offerteaanvraag, de opdracht te worden gegund aan de inschrijver die de regelmatige offerte heeft ingediend die de economisch voordeligste is vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, rekening houdende met de gunningscriteria.

Te dezen werd de opdracht echter gegund met een onderhandelingsprocedure, zodat het voormelde artikel te dezen geen toepassing lijkt te vinden. Het middel faalt dan ook in rechte.

Voorts beschikt de aanbestedende overheid bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een grote beoordelingsvrijheid. De Raad van State mag zich niet in de plaats van het bestuur stellen en de rangschikking op grond van een eigen beoordeling wijzigen. Wel mag hij desgevraagd nagaan of de inhoudelijke beoordeling van de offertes is verricht aan de hand van de gunningscriteria die in het bestek of de aankondiging van de opdracht zijn opgenomen, nu geen andere gunningscriteria bij de beoordeling mogen worden betrokken, of de offertes zijn beoordeeld op grond van alle in het bestek vermelde gunningscriteria en of daarbij de grenzen van de redelijkheid niet zijn overschreden.

18. Bij de omschrijving van het gunningscriterium “kwaliteit van de uitvoering” voor het proefvak in natuursteentegels (3.2.) wordt uitdrukkelijk aangegeven dat de goede uitvoering zal worden beoordeeld van een door de inschrijver aangelegd proefvak “waarbij de uitvoering moet voldoen aan de in de opdrachtdocumenten opgelegde voorwaarden”. Voorts wordt aangegeven dat de beoordeling onder meer gebeurt aan de hand van de breedte van de voegen naast de kleur van de tegels en de vlakheid.

19.1. Wat de voegen betreft kan in dat verband worden verwezen naar de volgende technische bepalingen in het bijzonder bestek:

> “HOOFDSTUK 6: VERHARDINGEN
> […]
> 3.8. Bestrating van natuursteentegels
> […]
> 3.8.3 Kenmerken van de uitvoering
> […]
> 3.8.3.8. Voegen
>
> 3.8.3.8.A. Breedte van de voegen
> De breedte van de voegen bedraagt 5 mm.
> De uitzettingsvoegen zijn aangeduid op de detailplannen.
>
> 3.8.3.8.B Voegvulling
> De voegvulling is met gemodificeerde mortel, de kleur is zoals de natuursteen.
> […]
> 3.8.4. Wijze van uitvoering

[…]
3.8.4.2.D. Vullen van de voegen met gemodificeerde mortel
De aanbestedende overheid verwijst naar hoofdstuk 3-106 van het Bijzonder bestek."

Voorts bepaalt het standaardbestek 250 versie 3.1. voor de wegenbouw, goedgekeurd door de Vlaamse regering, dat in het bijzonder bestek uitdrukkelijk van toepassing is verklaard:

"HOOFDSTUK 6: VERHARDINGEN
[…]
3.8. Bestrating van natuursteentegels
[…]
3.8.4. Wijze van uitvoering
[…]
3.8.4.1.E Vullen van voegen met gemodificeerde mortel
Het vullen van de voegen wordt uitgevoerd bij droog weer.
Volgende bewerkingen worden na elkaar uitgevoerd:
- het met perslucht uitblazen van de voegen;
- het sproeien van water op de bestrating;
- het in de voegen aanbrengen en invegen van gemodificeerde mortel tot ze volledig gevuld zijn. De gemodificeerde mortel wordt ter plaatse bereid in een mengkuip;
- het vastrijden van de aangelegde bestrating met een daartoe geschikte trilplaat. Het vastzetten moet beëindigd zijn voordat binding optreedt en ten laatste 3 uren na de bereiding van het mengsel;
- het verwijderen van alle overtollige mortel, zodra de mortel in de voegen voldoende opgestijfd is, gebeurt met behulp van een sponsmachine of door het besproeien met water onder licht geconcentreerde druk."

Op het beoordelingsblad dat bij het evaluatierapport is gevoegd, wordt met betrekking tot de beoordeling van de breedte van de voegen voor het proefvak in natuursteen voor de verzoekende partij weergegeven:

"Natuursteen
Vak nr. 4C
[…]
2.3. Voegen: score: 3, 3, 3 = 3/4
Breedte van de voegen: OK
Voorgeschreven: de breedte van de voegen bedraagt 5 mm

De voegvulling is met gemodificeerde mortel, de kleur is zoals de natuursteen.

Opmerkingen:
Nominaal overal zelfde voegbreedte, echter voegvulling is te diep (6 mm)

Voegvulling: OK/NOK
Opmerkingen:”

Voor de gekozen inschrijvers wordt weergegeven:

“Natuursteen
Vak nr. 3A
[…]
2.3. Voegen score: 3.5, 3.5, 3.5 = 3.5/4
Breedte van de voegen: OK
Voorgeschreven: de breedte van de voegen bedraagt 5 mm.
De voegvulling is met gemodificeerde mortel, de kleur is zoals de natuursteen.
Opmerkingen: voegbreedte globaal iets boven de norm, maar wel zeer regelmatig.”

Gelet op de omschrijving van het gunningscriterium in het bestek mocht de aanbestedende overheid op het eerste gezicht bij het beoordelen van de voegen ook rekening houden met het feit of de voegvulling al dan niet volledig voldeed aan de voorwaarden die in het bestek werden gesteld met betrekking tot de wijze van uitvoering van de voegen, namelijk dat ze “volledig gevuld” dienen te zijn. Het volledig vullen van de voegen is aldus één van de voorwaarden voor de uitvoering van de voegen die in het standaardbestek 250, versie 3.1, dat in de opdrachtdocumenten van toepassing werd verklaard, wordt opgelegd.

Op het eerste gezicht lijkt de aanbestedende overheid hierbij dan ook geen gebruik te hebben gemaakt van een niet aangekondigd gunningscriterium of een beoordelingselement dat geen enkel verband houdt met de omschrijving van het betrokken gunningscriterium. De verwerende partij lijkt ook aannemelijk te maken dat in de omschrijving van het gunningscriterium in het bestek in het bijzonder sprake was van de breedte van de voeg omdat dit gegeven visueel en esthetisch het belangrijkste is. Maar dat neemt niet weg dat de aanbestedende overheid ook met de overige aspecten van de voeg die gevraagd werden in het bestek rekening mocht houden. In de omschrijving van het gunningscriterium wordt met betrekking tot de voeg ook geen verwijzing opgenomen naar artikel

3.8.3.8.A van het bijzonder bestek als zou de beoordeling wat de voegen betreft strikt beperkt zijn tot dat artikel, namelijk de vereiste breedte van 5 mm.

De verwerende partij wijst er in dat verband in haar nota op dat het niet volledig vullen van de voegen ertoe leidt dat de voegen zich vullen met vuil en vooral vocht wat bij vorst tot beschadiging aan de bestrating aanleiding kan geven, zodat het belang daarvan voldoende aannemelijk wordt gemaakt.

Overigens lijkt dit beoordelingselement slechts in beperkte mate invloed te hebben gehad op de beoordeling van de voegen, nu de verzoekende partij nog een score haalt van 3/4, tegenover 3,5/4 als score voor de gekozen inschrijvers.

Wat de opmerking op het beoordelingsblad betreft dat de voegbreedte van de gekozen inschrijvers globaal iets boven de norm is maar wel zeer regelmatig, maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat aan de gekozen inschrijver meer punten zouden zijn gegeven dan aan de verzoekende partij juist wegens de regelmatigheid van de voegen. Integendeel lijkt uit wat voorafgaat te mogen worden afgeleid, dat het puntenverschil tussen beide te wijten is aan het feit dat de voegen van de verzoekende partij niet volledig werden opgevuld.

Voorts geeft de aanbestedende overheid uitdrukkelijk aan dat betreffende de voegen in het proefvak in natuursteen van de gekozen inschrijvers het gaat om een minieme overschrijding van de norm van 5 mm. Dit wordt door de verzoekende partij ook niet betwist. De verzoekende partij toont niet aan dat de aanbestedende overheid buiten de perken van de redelijkheid oordeelde door hiervoor niet expliciet punten in mindering te brengen.

19.2. Wat de vlakheid betreft van het proefvak in natuursteentegels wordt in het bijzonder bestek met betrekking tot de kenmerken van de uitvoering van de verharding in natuursteentegels bepaald:

> “HOOFDSTUK 6: VERHARDINGEN
> […]
> 3.8. Bestrating van natuursteentegels

[…]
3.8.3 Kenmerken van de uitvoering
[…]
3.8.3.2. Profiel van het oppervlak van de bestrating
De tolerantie in min en in meer bedraagt 2 mm ter hoogte van het waterbassin.

3.8.3.3. Vlakheid van het oppervlak van de bestrating
De oneffenheden zijn hoogstens 3 mm.

3.8.3.5. Hoogteverschil tussen de aanliggende natuursteentegels
De hoogteverschillen tussen aanliggende natuursteentegels van het afgewerkte oppervlak zijn hoogstens 2 mm."

In het standaardbestek 250 versie 3.1 wordt met betrekking tot de kenmerken van de uitvoering van de verhardingen in natuursteentegels bepaald:

"HOOFDSTUK 6: VERHARDINGEN
[…]
3.8. Bestrating van natuursteentegels
[…]
3.8.3. Kenmerken van de uitvoering
[…]

3.8.3.2 Profiel van het oppervlak van de bestrating
De tolerantie in min (afwijkingen onder het profiel) en in meer (afwijkingen boven het profiel) op de peilen van een willekeurig profiel, afgeleid van de profielen op de opdrachtdocumenten is ± 1 cm (mortel: +1/-0,7 cm).

3.8.3.3 Vlakheid van het oppervlak van de bestrating
De oneffenheden zijn hoogstens 5 mm.

3.8.3.4 Dwarshelling van het oppervlak van de bestrating
De nominale dwarshelling wordt aangegeven in de opdrachtdocumenten. Zo niet, dan bedraagt ze in de regel 2 %.

3.8.3.5 Hoogteverschil tussen aanliggende natuursteentegels
De hoogteverschillen tussen aanliggende natuursteentegels van het afgewerkte oppervlak zijn hoogstens 2 mm."

Op het beoordelingsblad dat bij het evaluatierapport is gevoegd, wordt met betrekking tot de beoordeling van de vlakheid van de bestrating voor het proefvak in natuursteen voor de verzoekende partij weergegeven:

> "Natuursteen
> Vak nr. 4C
> […]
> 2.2. vlakheid van de oppervlakte van de bestrating: score: 2.5, 3, 3= 2,83/4
>
> Volgens de bepalingen van het bestek: OK
> Voorgeschreven: de oneffenheden zijn hoogstens 3 mm
> Opmerkingen:
> Over 1 diagonaal gemeten 8 mm niveauverschil"

Voor de gekozen inschrijvers wordt weergegeven:

> "Natuursteen
> Vak nr. 3A
> […]
> 2.2. Vlakheid van het oppervlak van de bestrating: score 4, 4, 4= 4/4
>
> Volgens de bepalingen van het bestek: OK
> Voorgeschreven: de oneffenheden zijn hoogstens 3 mm
> Opmerkingen: "

Daarnaast wordt in het gunningsverslag tevens vermeld, bij beide proefvakken:

> "2.6 Hoogteverschil tussen de aanliggende natuursteentegels
> Volgens de bepalingen van het bestek: OK
> Voorgeschreven: de hoogteverschillen tussen aanliggende natuursteen-tegels van het afgewerkte oppervlak zijn hoogstens 2 mm
> Opmerkingen:"

Daarnaast bepaalt artikel 3.1.4.1.B van het standaardbestek 250, versie 3.1, dat de controle van de vlakheid van de bestrating wordt uitgevoerd met een rei (meetlat) van 3 meter.

Gelet op de in het bestek voorziene controlemethode, met een rei van 3 meter, lijkt in de huidige stand van het geding het door de aanbestedende overheid vastgestelde niveauverschil van 8 mm zo te kunnen worden begrepen dat wanneer een rei van 3 meter diagonaal of dwars over het proefvak (van 3 bij 2

meter) van de verzoekende partij wordt gelegd, de rei aan de ene kant op een tegel ligt en aan de andere kant er een opening van 8 mm blijft tussen de rei en de onderliggende tegel. Dergelijke interpretatie lijkt ook ter terechtzitting niet te worden tegengesproken door de verzoekende partij na technische uitleg door een ambtenaar van de verwerende partij.

De verzoekende partij maakt niet aannemelijk waarom de aanbestedende overheid, bij het beoordelen van de vlakheid van het oppervlak van het proefvak, niet met het voormelde niveauverschil rekening mocht houden. Het gegeven dat de individuele oneffenheden van de tegels en hoogteverschillen tussen de aanliggende tegels binnen de maximale marges van het bestek vallen, lijkt op het eerste gezicht niet uit te sluiten dat de cumulatie van die toegestane oneffenheden en hoogteverschillen in een proefvak toch tot een globaal mindere kwalitatieve beoordeling aanleiding geeft dan bij een proefvak waar dergelijke gecumuleerde oneffenheden niet in die mate tot een bepaald niveauverschil leiden. Zoals de verwerende partij aangeeft, lijkt het feit dat men voldoet aan minimale technische vereisten niet te betekenen dat *ipso facto* het maximum van de punten dient te worden verkregen voor een gunningscriterium dat op datzelfde element betrekking heeft. Het lijkt ook niet aangekondigd in het bestek dat de offerte die voldeed aan de technische vereisten inzake bijvoorbeeld de oneffenheden, het maximum van de punten zou verkrijgen.

De verzoekende partij betwist voorts niet de juistheid van de vaststelling dat er een verschil van 8 mm is gemeten over een diagonaal van het proefvak met een rei van 3 meter. De verzoekende partij betoogt ter terechtzitting dat men te dezen niet weet wat is gecontroleerd. Zulks lijkt niet te mogen worden aangenomen van een klaarblijkelijk ervaren aannemersonderneming zoals de verzoekende partij.

Aangezien hieromtrent bij het proefvak van de gekozen inschrijvers geen opmerking wordt geformuleerd, lijkt er te mogen worden van uitgegaan dat er bij de controle met de rei van 3 meter bij het proefvak van deze inschrijvers geen probleem werd vastgesteld of toch minstens geen even groot niveauverschil.

20. Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

Tweede middelonderdeel

21. In een tweede middelonderdeel acht de verzoekende partij de ingeroepen bepalingen en beginselen geschonden:

> "Doordat de in het beoordelingsverslag opgenomen motivering, die ten grondslag ligt van de toegekende punten aan de offertes voor het derde gunningscriterium 'Kwaliteit van de uitvoering', geen afdoende en behoorlijk draagkrachtige en deugdelijke motivering uitmaakt.
>
> Terwijl de aanbestedende overheid, bij het beoordelen van een offerte in het kader van een offerteaanvraag, op een zorgvuldige wijze dient te peilen naar de intrinsieke waarde van een offerte in de onderlinge vergelijking met de andere offertes, waarbij het verschil zich op een redelijke en evenredige wijze moet vertalen in een onderscheiden quotering of waardering.
>
> En de aanbestedende overheid er ook toe gehouden is haar deugdelijke, daadkrachtige en in feite en in rechte afdoende motieven in de beslissing op te nemen. De formele motivering van de bestreden beslissing moet, ten einde te voldoen aan de formele motiveringsplicht, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn om de belanghebbende in staat te stellen te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt. Een motivering is aldus afdoende wanneer deze de belanghebbende in staat stelt te begrijpen op welke feitelijke en juridische gegevens de beslissing is genomen. Dit is in casu niet het geval."

22. In de toelichting bij het tweede middelonderdeel geeft de verzoekende partij kritiek op de beoordeling van het subgunningscriterium "vlakheid van het proefvak in mozaïekkeien".

Zij wijst er op dat het bijzonder bestek geen voorschrift bevat omtrent de vlakheid. Het standaardbestek geeft aan dat de oneffenheden in het oppervlak van de bestrating maximaal twee maal het maximum toegelaten hoogteverschil op het kopvlak van de keien bedraagt. Bij het plaatsen worden voorts uitgesloten de mozaïekkeien met een hoogteverschil van meer dan 6 mm tussen het hoogste punt en het laagste punt van het kopvlak. Bijgevolg geeft het standaardbestek volgens de verzoekende partij aan dat de toegelaten oneffenheden

maximaal 12 mm bedragen. Voorts wijst de verzoekende partij erop dat voor de gecontroleerde inschrijvers op het evaluatieblad wordt aangegeven dat zij voldoen aan de vereisten van het bestek betreffende de vlakheid van het proefvlak in mozaïekkeien, namelijk dat de oneffenheden hoogstens tweemaal het maximum toegelaten hoogteverschil op het kopvlak van de keien betreffen. Bijgevolg zouden alle inschrijvers vier punten moeten krijgen. Nochtans kreeg zij slechts drie punten.

23. Daarenboven blijkt de aanbestedende overheid geen verschil in punten te hebben doorgevoerd tussen een diagonaal gemeten niveauverschil van 8 mm, respectievelijk 10 mm, terwijl er wel een verschil in punten is tussen een diagonaal gemeten niveauverschil van 10 mm, respectievelijk 12 mm. Voor een niveauverschil van 8 mm respectievelijk 10 mm werden immers 3,5 punten toegekend en voor een niveauverschil van 12 mm werden nog slechts 3 punten toegekend. Ook een afwijking van 12 mm valt echter nog steeds binnen de tolerantie van het bestek. Uit niets blijkt dat een niveauverschil van 8 mm beter is dan een niveauverschil van 12 mm. De uitvoering van een vlak in mozaïekkeien vraagt een zeker niveauverschil om mooi te zijn. Het is de verzoekende partij ook niet duidelijk wat er precies gemeten is, het hoogteverschil als oneffenheid ter beoordeling van de vlakheid van het proefvak, wat in het bestek het subgunnings-criterium is, dan wel het hoogteverschil tussen de mozaïekkeien door, wat geen subcriterium is.

Beoordeling tweede middelonderdeel

24. De formele motivering van de bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsverplichting waarvan de schending in dit tweede middelonderdeel wordt aangevoerd, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Een loutere puntentoekenning volstaat in beginsel niet als een toereikende motivering bij de beoordeling van een kwalitatief inhoudelijk

criterium. Aan de puntentoekenning moeten motieven ten grondslag liggen en die motieven dienen zichtbaar te zijn onder de vorm van een beschrijvende evaluatie, doorgaans in woorden. Alleszins moet duidelijk zijn geweten waarom aan de offertes een bepaald aantal punten worden toegekend, zodat nadien elke inschrijver kan nagaan of de puntentoekenning rechtmatig is gebeurd.

25. Met betrekking tot de beoordeling van het gunningscriterium "kwaliteit van de uitvoering" wordt in het bijzonder bestek voor het subgunnings-criterium met betrekking tot het proefvak in mozaïeken vermeld:
"

3.1	Proefvak in granieten mozaïeken	12
	Beoordeling op de goede uitvoering van een door de inschrijver in granieten mozaïekkeien aangelegd proefvak van 6 m² (3m x 2m). De uitvoering moet voldoen aan de in de opdrachtdocumenten opgelegde voorwaarden met de in de offerte voorgestelde materialen volgens de door de inschrijver bijgevoegde technische fiche. De beoordeling gebeurt op het vlak van: - gaafheid van het legverband: 4 punten - greedte van de voegen: 4 punten - vlakheid: 4 punten Gebruik van granieten mozaïekkeien die niet overeenstemmen met de technische bepalingen zoals beschreven in de opdrachtdocumenten resulteert in een score gelijk aan nul.	

."

Bij de omschrijving van het gunningscriterium "kwaliteit van de uitvoering" voor het proefvak in mozaïekkeien wordt uitdrukkelijk aangegeven dat de goede uitvoering zal worden beoordeeld van een door de inschrijver aangelegd proefvak waarbij de uitvoering moet voldoen aan de in de opdrachtdocumenten opgelegde voorwaarden.

Met betrekking tot het oppervlak van de mozaïekkeien worden in het bijzonder bestek geen technische bepalingen opgenomen.
In het standaardbestek 250, versie 3.1 wordt bepaald:

“HOOFDSTUK 6: VERHARDINGEN
[…]
3.3. Bestrating van mozaïekkeien
[…]
3.3.2 Materialen
De materialen zijn:
[…]
Bij het plaatsen worden uitgesloten de mozaïekkeien met:
- een hoogteverschil van meer dan 6 mm tussen het hoogste punt en het laagste punt van het kopvlak;
- […]

3.3.3 Kenmerken van de uitvoering
[…]
3.3.3.2. Profiel van het oppervlak van de bestrating
De tolerantie in min (afwijkingen onder het profiel) en in meer (afwijkingen boven het profiel) op de peilen van een willekeurig profiel, afgeleid van de profielen op de opdrachtdocumenten is 2 cm.

3.3.3.3 Vlakheid van het oppervlak van de bestrating
De oneffenheden zijn hoogstens tweemaal het maximum toegelaten hoogteverschil op het kopvlak van de keien.

[…]”

Op het beoordelingsblad dat bij het gunningsverslag is gevoegd, wordt met betrekking tot de beoordeling van de vlakheid voor het proefvak in mozaïekkeien voor de verzoekende partij weergegeven:

“Mozaïekkeien
Vak nr. 4B
1.1.Vlakheid van het oppervlak van de bestrating: score 3, 3, 3 = 3/4
Volgens de bepalingen van het bestek: OK
Voorgeschreven: de oneffenheden zijn hoogstens tweemaal het maximum toegelaten hoogteverschil op het kopvlak van de keien.

Opmerkingen:
Diagonaal gemeten 12 mm niveauverschil

Dwars gemeten afwijking van 12 mm”

Voor de gekozen inschrijvers wordt weergegeven:

“Mozaïekkeien
Vak nr. 3C

1.1 Vlakheid van het oppervlak van de bestrating: score 3.5, 3.5, 3.5 = 3.5/4
Volgens de bepalingen van het bestek: OK
Voorgeschreven: de oneffenheden zijn hoogstens tweemaal het maximum toegelaten hoogteverschil op het kopvlak van de keien.

Opmerkingen:
Op 1 diagonaal 1 cm niveauverschil"

Met betrekking tot een derde inschrijver, nv Persyn, waar de verzoekende partij naar verwijst, wordt op het beoordelingsblad weergegeven:

"Mozaïekkeien
Vak nr. 2B
1.1 Vlakheid van het oppervlak van de bestrating: score 3.5, 3.5, 3.5 = 3.5/4
Volgens de bepalingen van het bestek: OK
Voorgeschreven: de oneffenheden zijn hoogstens tweemaal het maximum toegelaten hoogteverschil op het kopvlak van de keien.

Opmerkingen:
Licht niveauverschil op uiteinde diagonaal: 8 mm"

26. In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat de voormelde drie inschrijvers het maximum van de punten dienden te krijgen omdat zij allen de maximale afwijking van 12 mm respecteerden, kan worden verwezen naar de afwijzing van deze stelling, hiervoor na het randnummer 19.2. Het voldoen aan de technische vereisten met betrekking tot de opgegeven beoordelingselementen is een onderdeel van het gunningscriterium inzake kwaliteit, waarbij aan een offerte die niet beantwoordt aan de vereisten nul punten worden toegekend. Het ligt aldus in de lijn van de invulling van de gunningscriteria dat het leveren van een betere kwaliteit dan wat strikt gevraagd werd in het bestek op dit punt, in een betere beoordeling kan resulteren op het betrokken gunningscriterium. In die zin lijkt de verzoekende partij geenszins aan te tonen dat de aanbestedende overheid een beoordeling zou hebben toegepast die de perken van de redelijkheid te buiten gaat, door voor de proefvakken die een lagere afwijking qua vlakheid bevatten dan het vereiste in het bestek, namelijk deze van de nv Persyn en van de gekozen inschrijvers, een betere score toe te kennen dan voor een proefvak dat zich slechts conformeert aan het bestek, namelijk dat van de verzoekende partij.

In de mate dat de verzoekende partij zou willen doen aannemen dat de aanbestedende overheid dan tussen de offertes die het beter deden dan het bestek de puntenwaardering nog meer had moeten differentiëren, toont zij niet aan hoe zij door dit gegeven zou zijn benadeeld, aangezien een nadere differentiatie tussen de inschrijver Persyn, die beter scoort dan haar, en de gekozen inschrijvers, die scoren zoals inschrijver Persyn, geen invloed zou hebben op het puntenverschil tussen haarzelf en de gekozen inschrijvers. De betrokken grief is bijgevolg niet inpasbaar in het schorsingvereiste bepaald in de artikelen 14 en 15 van de wet van 17 juni 2013 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten', dat een benadeling of dreigende benadeling door de beweerde rechtsschending inhoudt.

In de mate dat de verzoekende partij nog aanvoert dat uit niets blijkt dat een niveauverschil van 8 mm beter is dan een niveauverschil van 12 mm en dat de uitvoering van een vlak in mozaïekkeien een zeker niveauverschil vraagt om mooi te zijn, lijkt dit op het eerste gezicht eerder om een subjectieve en niet met gegevens gestaafde bewering te gaan. Bovendien lijkt het niet de perken van de redelijkheid te buiten te gaan om een kleinere afwijking in vlakheid beter te beoordelen dan een grote omdat het niet onlogisch lijkt dat een kleinere afwijking praktische voordelen heeft zoals betreffende fiets- of wandelcomfort of stabiliteit voor het plaatsen van kraampjes of andere constructies.

Voorts, wanneer er bij de beoordeling sprake is van een niveauverschil van 12 mm diagonaal gemeten of dwars gemeten, deze controle opnieuw lijkt te zijn uitgevoerd met de rei van 3 meter en het aldus lijkt te gaan om een afwijking gemeten over het proefvak heen.

Zoals bij de bespreking van de beoordeling van de vlakheid van de proefvakken in natuursteentegels reeds werd aangegeven, toont de verzoekende partij aldus niet aan dat de aanbestedende overheid een nieuwe en niet te voorziene invulling zou hebben gegeven aan het gunningscriterium door bij de beoordeling van het gunningscriterium vlakheid rekening te houden met een gemeten afwijking van de vlakheid over de lengte, breedte of diagonaal van het proefvak heen.

27. Het tweede middelonderdeel is niet ernstig.

28. Het middel is in zijn geheel niet ernstig.

VII. Besluit

29. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

VIII. Kosten

30. De vordering tot schorsing is ingesteld met een verzoekschrift dat ook een beroep tot nietigverklaring bevat. Aangezien hieruit volgt dat het geding ten gronde nog hangende is, past het de beslissing betreffende de kosten, daarin begrepen de rechtsplegingsvergoeding, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Wannijn en de nv Jozef Vanden Buverie & Co, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 juni 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Dierk Verbiest**