

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 239.937 van 23 november 2017
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 Rijswijklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jens Debièvre
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”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. In het tussenarrest nr. 229.723 van 6 januari 2015, verbeterd door het arrest nr. 230.602 van 24 maart 2015, heeft de Raad van State een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie– hierna het Hof van Justitie.

Het Hof van Justitie heeft deze prejudiciële vraag beantwoord in het arrest C-6/15 van 14 juli 2016.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben op vraag van de auditeur-verslaggever een aanvullende memorie ingediend.

Auditeur Inge Vos heeft een aanvullend 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 26 september 2017.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Evi Mees, die loco advocaat Peter Flamey verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Evi Degroodt, die loco advocaat Jens Debièvre verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor 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 en tevens in het Publicatieblad van de Europese Unie.

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 de verzoekende partij, de nv Ipsos Belgium, de nv New Information & Data en de 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 kunnen worden beoordeeld.

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 steekproefeenheden) 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 de 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.

Dit is de bestreden beslissing.

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

3.9. Met een ter post aangetekend verzoekschrift van 28 april 2012 vordert de nv TNS Dimarso de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing.

Bij arrest nr. 219.515 van 29 mei 2012 verwerpt de Raad van State deze vordering.

3.10 Bij arrest nr. 229.723 van 6 januari 2015 oordeelt de Raad van State over de ontvankelijkheid van het beroep en bevindt het eerste onderdeel van het enig middel ongegrond. Ook de door de verwerende partij opgeworpen exceptie van gebrek aan belang bij het tweede middelonderdeel wordt door de Raad van State verworpen in het voormelde arrest.

In het kader van de beoordeling van de gegrondheid van het tweede onderdeel van het enig middel stelt de Raad van State aan het Hof van Justitie van de Europese Unie de volgende prejudiciële vraag:

“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 samen genomen 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?”

3.11. Het Hof heeft deze prejudiciële vraag beantwoord in het arrest C-6/15 van 14 juli 2016:

“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, gelezen in het licht van het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, moet aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst, indien een opdracht voor het verrichten van diensten dient te worden gegund volgens het criterium van de vanuit het oogpunt van deze dienst economisch voordeligste inschrijving, niet gehouden is om de methode aan de hand waarvan hij de offertes in concreto zal beoordelen en rangschikken, in de aankondiging van de betrokken opdracht of het desbetreffende bestek ter kennis te brengen van de potentiële inschrijvers. Deze methode mag evenwel niet tot gevolg hebben dat de gunningscriteria en het relatieve gewicht ervan worden gewijzigd.”

IV. Onderzoek van de gegrondheid van het tweede onderdeel van het enig middel

A. Tweede onderdeel

4. Voor de uiteenzetting van de standpunten van de partijen van vóór het arrest van het Hof van Justitie over het tweede onderdeel van het enig middel, wordt verwezen naar het arrest nr. 229.723 van 6 januari 2015.

In het voormelde arrest werd dit tweede middelonderdeel reeds ontvankelijk bevonden, zodat het volstaat hiernaar te verwijzen.

Ook inzake de beoordeling van de gegrondheid van het tweede onderdeel van het enig middel wordt verwezen naar hetgeen hierover reeds werd opgemerkt in het arrest van de Raad van State nr. 229.723 van 6 januari 2015.

Standpunt van de partijen na het arrest van het Hof van Justitie C-6/15 van 14 juli 2016

5. De verzoekende partij geeft in haar aanvullende memorie eerst haar interpretatie van het arrest van het Hof van Justitie en de conclusie van de Advocaat-Generaal weer.

Het staat volgens haar onomstotelijk vast dat de gehanteerde beoordelingsmethode “laag-voldoende-hoog” niet bekend was aan de inschrijvers tijdens de voorbereiding van hun offertes en dus vóór de opening van de termijn voor het indienen van de offertes.

Gelet op het arrest van het Hof van Justitie en de voorafgaande conclusie van de Advocaat-Generaal zijn er volgens de verzoekende partij twee cruciale elementen die nog moeten worden onderzocht, namelijk, enerzijds, het precieze tijdstip waarop de beoordelingsmethode voor het gunningscriterium

“kwaliteit” exact en volledig werd vastgesteld en, anderzijds, de impact van deze beoordelingsmethode op het relatieve gewicht van de gunningscriteria.

Wat het eerste element betreft, benadrukt zij dat de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om een niet in de opdrachtdocumenten bekendgemaakte beoordelingsmethode achteraf alsnog vast te stellen maar openstaat tot de opening van de offertes. De bewijslast daarvan ligt bij de aanbestedende overheid. Zij wijst er op dat de Advocaat-Generaal in zijn conclusie van 10 maart 2016 terecht heeft opgemerkt dat, gelet op de gegevens van het dossier en gelet op het zeer elementaire en buitengewoon algemene en zelfs vage karakter van de gehanteerde schaal, het ten zeerste te betwijfelen valt dat deze beoordelingsmethode op duidelijke, ondubbelzinnige en niet voor betwisting vatbare wijze vastlag vóór de opening van de offertes.

De argumentatie van de Belgische regering voor het Hof van Justitie dat er situaties zijn waarin de methode voor de beoordeling van de offertes pas na de opening van de offertes kan worden vastgesteld, zonder echter te preciseren om welke “situaties” het dan wel zou gaan, overtuigt volgens de verzoekende partij niet. Dergelijke bewering neemt immers niet weg dat er een onherroepelijke indruk van favoritisme wordt gewekt wanneer een beoordelingsmethode pas na de opening van de offerte wordt vastgesteld.

De aanbestedende overheid dient dan ook het bewijs te leveren van het precieze tijdstip waarop de beoordelingsmethode met schaal “laag - voldoende - hoog” op punt stond en definitief vastlag, hetgeen op grond van de stukken van het administratief dossier niet voorligt. Bijgevolg dient er te worden uitgegaan van een onherroepelijk vermoeden van favoritisme.

In zoverre de Raad zou oordelen dat de aanbestedende overheid voldoende aantoont dat de kwestieuze beoordelingsmethode werd vastgesteld vóór de opening van de offertes, dan dient volgens de verzoekende partij alsnog te worden vastgesteld dat er niet voldaan is aan de drievoudige voorwaarde,

namelijk dat deze vaststelling achteraf (1°) geen wijziging brengt in de in het bestek of in de aankondiging van de opdracht vastgelegde criteria voor de gunning van de opdracht (2°) geen elementen bevat die, indien zij bij de voorbereiding van de offertes bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden, en (3°) niet is verricht aan de hand van elementen die discriminerend kunnen werken jegens één van de inschrijvers.

Met betrekking tot de eerste voorwaarde dient volgens haar rekening te worden gehouden met de conclusie van de Advocaat-Generaal waarin uitdrukkelijk wordt aangegeven dat er aanwijzingen zijn dat er wel degelijk een wijziging van de weging heeft plaatsgevonden. Zij verwijst hiervoor naar de overwegingen 53 tot 58 van de conclusie.

Men kan volgens de verzoekende partij niet om de vaststelling heen gaan dat drie van de vier offertes voor wat het criterium “kwaliteit” betreft identiek dezelfde beoordeling hebben gekregen, namelijk de schaalgrootte “hoog”. Daaruit volgt, zoals de Advocaat-Generaal volgens haar geheel terecht aangeeft, dat de prijs een doorslaggevend karakter heeft gekregen in de rangschikking van de inschrijvers, hetgeen ook blijkt uit de tabel in het gunningsverslag.

Zij wijst er op dat alle belanghebbende partijen, die ter terechtzitting van het Hof van Justitie zijn verschenen, hebben erkend dat het tweede gunningscriterium van de prijs bij de keuze van de economisch voordeligste inschrijving doorslaggevend kon zijn.

Ook het Hof van Justitie – overweging nr. 35 – is volgens de verzoekende partij dezelfde mening toegedaan nu het uitdrukkelijk oordeelt dat “deze methode [...] met name een impact [kon] hebben op het prijscriterium door hieraan een doorslaggevend gewicht te verlenen ten opzichte van de rangschikking van de offertes volgens de [...] genoemde kwaliteitsschaal”.

Wat de tweede voorwaarde betreft, merkt de verzoekende partij op dat de Advocaat-Generaal terecht heeft opgemerkt dat het waarschijnlijk is dat, indien de potentiële inschrijvers vooraf op de hoogte waren geweest van de door de aanbestedende dienst gekozen beoordelingsmethode voor het criterium “kwaliteit”, zulks de voorbereiding van hun offertes had kunnen beïnvloeden in de zin van de tweede van de in de rechtspraak van het Hof van Justitie ontwikkelde voorwaarden.

De verzoekende partij benadrukt dat, indien zij had geweten dat het prijscriterium uiteindelijk de doorslag zou hebben gegeven, zij haar offerte op een andere manier zou hebben voorbereid en een andere offerte zou hebben ingediend.

Zij besluit dat er niet is voldaan aan de in de rechtspraak van het Hof van Justitie ontwikkelde voorwaarden en dat de door de aanbestedende overheid gehanteerde beoordelingsmethode met schaal “laag - voldoende – hoog” dan ook uiterlijk had moeten worden bekendgemaakt aan de inschrijvers vóór de opening van de offertes.

6. Volgens de verwerende partij stelt het Hof van Justitie in zijn arrest duidelijk dat een aanbestedende overheid niet verplicht is om de beoordelingsmethodiek aan de hand waarvan de offertes *in concreto* zullen worden beoordeeld en gerangschikt, aan te geven in de aankondiging van de opdracht of in het bestek.

Evenmin geldt er volgens de verwerende partij een verplichting om de beoordelingsmethodiek vóór de opening van de offertes vast te stellen. Het Hof van Justitie verduidelijkt volgens haar in het arrest van 14 juli 2016 dat de aanbestedende overheid over de nodige vrijheid moet beschikken om haar eigen werkzaamheden voor het onderzoek en de beoordeling van de ingediende offertes te structureren zodat de beoordelingsmethode ook na de opening van de offertes mag worden vastgesteld. De vaststelling van de beoordelingsmethode na de

opening van de offertes mag er volgens haar evenwel niet toe leiden dat de gunningscriteria of het relatieve gewicht daarvan, zoals opgenomen in het bestek, worden gewijzigd.

De verwerende partij merkt hieromtrent voorafgaand op dat de verzoekende partij zich in haar aanvullende memorie voornamelijk beroept op het advies van Advocaat-Generaal Mengozzi om haar tweede middelonderdeel te onderbouwen en daarbij voorbijgaat aan het feit dat er van dat advies geen bindende kracht uitgaat. Enkel het antwoord gegeven in het arrest van het Hof van Justitie kan de Raad binden in de nadere beoordeling van het verzoek tot nietigverklaring van de verzoekende partij.

De stelling van de verzoekende partij dat de beoordelingsmethode voorafgaand aan de opening der offertes moet vaststaan, is volgens de verwerende partij strijdig met de bewoordingen van het arrest van 14 juli 2016. Het arrest stelt volgens de verwerende partij uitdrukkelijk dat een aanbestedende overheid geen verplichting heeft om de beoordelingsmethodiek in de aankondiging van de opdracht of in het bestek op te nemen. Het Hof verduidelijkt volgens haar bovendien dat artikel 2 van de Europese Richtlijn 2004/18, dat het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie bevat, zich er niet tegen verzet dat een beoordelingsmethode nog na de opening van de offertes mag worden vastgesteld.

De verwerende partij wijst er op dat zij *in casu* niet vóór de opening van de offertes kon weten dat de beoordelingsmethode moest worden gespecificeerd in een beoordeling op de schaal “laag-voldoende-hoog” om een correcte en representatieve beoordeling en vergelijking van de offertes toe te laten. De methode waarbij iedere offerte een onderscheiden cijfermatige score op punten zou krijgen, bleek na de opening van de offertes een te verfijnde beoordelingsmethode te zijn, gelet op de grote gelijkenissen tussen de offertes met betrekking tot de kwaliteit van de aangeboden diensten. Uit het gunningsverslag blijkt volgens haar immers dat drie van de vier offertes de beoordeling “hoog” krijgen voor het gunningscriterium “kwaliteit”. Zij merkt op

dat zij er dan ook voor koos om in navolging van de ARGUS-methode de ordinale schaal “laag-voldoende-hoog” te hanteren.

De verwerende partij betoogt voorts dat deze ARGUS-methode bij haar in de periode 2001-2002 werd geïntroduceerd en veelvuldig werd gebruikt bij de beoordeling van offertes voor dienstenopdrachten. De ARGUS-software is na een paar jaar in onbruik geraakt, maar de logica om ordinale schalen te gebruiken niet. Dit was ook het geval voor de gunning van de overheidsopdracht “Woonsurvey 2005”, dit is de voorloper van de overheidsopdracht die het voorwerp uitmaakt van de huidige procedure voor de Raad. Deze “Woonsurvey 2005” werd destijds gegund aan de verzoekende partij. In deze opdracht werd ook gebruik gemaakt van de ordinale schaal “laag-voldoende-hoog”, zonder dat deze beoordelingsmethode werd aangekondigd in het bestek. In die zin is het volgens haar opmerkelijk dat de verzoekende partij deze werkwijze nu wel betwist.

De verwerende partij erkent wel dat het arrest van het Hof van Justitie van 14 juli 2016 hierbij als beperking stelt dat de vaststelling van de beoordelingsmethodiek na de bekendmaking van de aankondiging van de opdracht of het bestek niet tot gevolg mag hebben dat de gunningscriteria of het relatieve gewicht daarvan worden gewijzigd. Zulke wijziging vindt *in casu* volgens de verwerende partij echter niet plaats. De gunningscriteria worden niet aangepast en blijven ongewijzigd “kwaliteit” – eerste gunningscriterium – en “prijs” – tweede gunningscriterium. Evenmin wordt het relatieve gewicht van de gunningscriteria volgens haar aangepast. Het is immers duidelijk dat de gunningscriteria “prijs” en “kwaliteit” gelijkwaardig zijn en zij een gelijke relatieve waarde hebben, namelijk ieder de helft. Zij wijst er op dat de Raad dit zo reeds stelde in het tussenarrest van 6 januari 2015. Ook het Hof van Justitie bevestigt volgens de verwerende partij deze relatieve waarde.

Het tweede middelonderdeel moet volgens de verwerende partij dan ook als ongegrond worden afgewezen.

7. In de laatste memorie na het aanvullend verslag van het met het onderzoek van de zaak belaste auditeur, waarin de auditeur tot het oordeel komt dat het tweede middelonderdeel van het enig middel gegrond is, maakt de verwerende partij nog de volgende opmerkingen. In de eerste plaats argumenteert zij dat de beoordelingsmethode om aantoonbare redenen niet vóór de opening van de offertes kon worden vastgesteld. Ten tweede, dat de toepassing van de beoordelingsmethode “laag-matig-hoog” niet heeft geleid tot een wijziging van het relatieve gewicht van de gunningscriteria “prijs” en “kwaliteit”.

Voorafgaand herhaalt zij dat enkel het antwoord gegeven in het arrest van het Hof van Justitie nr. 6/15 van 14 juli 2016 bindend is en dat van het advies van een Advocaat-Generaal bij het Hof van Justitie geen bindende kracht uitgaat. De verwerende partij stelt dan ook enkel rekening te houden met het arrest.

7.1. Volgens de verwerende partij is de eerste conclusie van het auditoraatsverslag, namelijk dat de methode van de ordinale schalen door de verwerende partij pas werd vastgesteld na de opening van de offertes zonder dat er sprake is van aantoonbare redenen dat dit vaststellen niet vóór de opening kon, hetgeen strijdt met het transparantiebeginsel, verkeerd om de volgende redenen.

Uit het samen nemen van artikel 2 van de richtlijn 2004/18 en de overwegingen 27 tot 31 van het arrest van het Hof van Justitie van 18 november 2010, Commissie tegen Ierland, zaak C-226/09, mag volgens de verwerende partij niet worden afgeleid dat de vermelding in het arrest dat “elk risico van favoritisme” verbonden aan de vaststelling van een beoordelingsmethode na de opening van de offertes, impliceert dat “het discriminatoir effect daarvan op de inschrijvers” niet moet worden aangetoond. Zoniet, ontstaat er immers een vermoeden dat iedere vaststelling van een beoordelingsmethode na de opening van de ingediende offertes een discriminatoir en dus ontoelaatbaar ingrijpen is. Dergelijke interpretatie doet afbreuk aan de duidelijke overweging van het voormelde arrest, waarin wordt overwogen dat de beoordelingsmethodiek

niet voorafgaand in de aankondiging van de opdracht of het bestek moet worden bekendgemaakt.

Het is voor de verwerende partij voorts niet duidelijk hoe uit overweging 63 van het voormelde arrest van 18 november 2010 C-226/09 blijkt dat het vaststellen van een beoordelingsmethode na de opening van de offertes sowieso een discriminatoir effect met zich meebrengt. De voormelde overweging handelt enkel over het discriminatoire effect dat wordt veroorzaakt doordat het relatief gewicht dat wordt vastgelegd in de aankondiging van de opdracht of in de opdrachtdocumenten, wordt gewijzigd. Van zulke wijziging is er *in casu* geen sprake.

Evenmin kan uit het arrest van 14 juli 2016 volgens de verwerende partij worden afgeleid dat er “onvoorzienbare” redenen moeten worden opgegeven, opdat kan worden aanvaard dat de aanbestedende overheid een beoordelingsmethode na de opening van de offertes mag vaststellen. De verwerende partij had vóór de opening van de ingediende offertes te kiezen uit een bijna onbeperkt gamma van beoordelingsmethoden – een cijfermatige beoordeling uitgedrukt in punten of percentages, het gebruik van een ordinale schaal waarbij de gehanteerde schalen kunnen variëren van “laag-matig-hoog” naar een meer gedetailleerde schaal “zeer laag - middenlaag - matig - hoog - zeer hoog - excellent, enz.”. Gelet op deze differentiatie was het dan ook voor haar onmogelijk om vóór de opening van de ingediende offertes de beoordelingsmethode reeds precies vast te stellen en te beslissen om de schaal “laag-matig-hoog” te hanteren. Uit het arrest van het Hof van Justitie van 14 juli 2016 mag, zo meent de verwerende partij, enkel worden afgeleid dat het vaststellen van een beoordelingsmethode na de opening van de offertes er niet toe mag leiden dat er afbreuk wordt gedaan aan het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting. Van favoritisme is er volgens haar *in casu* geen sprake. Zij benadrukt nogmaals dat het besluit om de ordinale schaal “laag-matig-hoog” te gebruiken, voortvloeit uit de gelijkheid van de offertes op het vlak van het gunningscriterium “kwaliteit”; die methode is op de vier inschrijvers gelijk van

toepassing en in het voordeel van elk van hen aangezien hun offertes kwalitatief gelijkwaardig waren. Het hanteren van een cijfermatige beoordelingsmethode, zou er, aldus haar, toe hebben geleid dat zij op artificiële wijze op zoek zou moeten gaan in de ingediende offertes naar verschillen (pluspunten dan wel minpunten) om een minuscuul puntenverschil te kunnen verantwoorden. In dit geval zou het zeer goed het geval kunnen zijn geweest dat alle inschrijvers eenzelfde score hadden gekregen, zodat de kritiek dan evenzeer zou zijn geweest dat enkel het prijscriterium doorslaggevend is.

7.2. Voorts betwist de verwerende partij de tweede conclusie van het auditoraatsverslag, namelijk dat er sprake zou zijn van enige wijziging van het relatieve gewicht van de gunningscriteria doordat, door de methode van de ordinale schalen toe te passen bij het gunningscriterium “kwaliteit”, het prijscriterium doorslaggevend werd. Een loutere hypothetische mogelijkheid dat het relatieve gewicht zou kunnen worden gewijzigd, volstaat volgens de verwerende partij niet. Zij meent dat, indien er ook voor het gunningscriterium “kwaliteit” een puntenscore zou zijn toegekend in plaats van een ordinale inschaling, de algemene vergelijking en rangschikking van de offertes er *de facto* niet anders zou hebben uitgezien. Ook dan zou zijn gebleken dat de offertes van de verzoekende partij, van de nv Ipsos Belgium en de nv Significant GfK eenzelfde score zouden hebben behaald voor het gunningscriterium “kwaliteit” en dat New Information & Data voor datzelfde gunningscriterium “kwaliteit” een lagere score zou hebben behaald.

Beoordeling

8. In het arrest van 14 juli 2016, TNS Dimarso nv tegen het Vlaamse Gewest, de zaak C-6/15, verduidelijkt het Hof van Justitie in overweging 27 dat “noch artikel 53, lid 2, van richtlijn 2004/18 noch enige andere bepaling ervan [...] de aanbestedende dienst een verplichting op[legt] om de methode aan de hand waarvan hij de offertes in concreto zal beoordelen en rangschikken op basis van de criteria voor de gunning van de opdracht en het

relatieve gewicht ervan, die vooraf zijn vastgesteld in de desbetreffende aanbestedingsdocumenten, via een bekendmaking in de aankondiging van de opdracht of het bestek ter kennis te brengen van de potentiële inschrijvers”. “Een dergelijke algemene verplichting” volgt volgens het Hof van Justitie – overweging 28 – “evenmin uit de rechtspraak van het Hof”.

Wel wijst het Hof er in overweging 31 op dat “[v]olgens de in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginselen inzake de gunning van opdrachten [...] de methode die de aanbestedende dienst hanteert om de offertes in concreto te beoordelen en te rangschikken in beginsel niet na de opening van de offertes door deze dienst [kon] worden vastgesteld, dit om elk risico van favoritisme uit te sluiten. Indien deze methode echter om aantoonbare redenen niet vóór deze opening kan worden vastgesteld, [...] kan de aanbestedende dienst niet worden verweten dat hij deze pas heeft vastgesteld nadat hij, of zijn beoordelingscommissie, kennis heeft genomen van de inhoud van de offertes”.

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

9. In het licht van de voormelde overwegingen van het arrest van het Hof van Justitie dient in de huidige zaak in het kader van het tweede middelonderdeel bijgevolg nog te worden onderzocht of de in het gunningsverslag gehanteerde beoordelingsmethode “hoog-voldoende-laag” vóór de opening van de offertes werd vastgesteld en indien dit niet het geval zou zijn, of de verwerende partij al dan niet aannemelijk maakt dat deze methode om aantoonbare redenen niet vóór deze opening kon worden vastgesteld.

Anders dan de verwerende partij betoogt in haar aanvullende memorie en in haar laatste memorie, blijkt uit overweging 31 van het arrest van het Hof van Justitie immers duidelijk dat het Hof van oordeel is dat de beoordelingsmethode in beginsel niet na de opening van de offertes door de aanbestedende dienst mag worden vastgesteld, dit om elk risico van favoritisme uit te sluiten. De overweging 27 van het voormelde arrest, waarin wordt gesteld dat de beoordelingsmethodiek niet voorafgaand in de aankondiging van de opdracht of het bestek moet worden bekendgemaakt, doet daaraan geen enkele afbreuk. De verwerende partij verliest in haar laatste memorie het onderscheid uit het oog tussen, enerzijds, de bekendmaking van de beoordelingsmethode en, anderzijds, de vaststelling ervan. Het Hof van Justitie voorziet betreffende de vaststelling die principieel moet gebeuren vóór de opening van de offertes, eveneens in overweging 31 van het arrest, slechts in één uitzondering, meer bepaald wanneer de methode om “aantoonbare redenen” niet vóór deze opening kan worden vastgesteld.

In overweging 29 van het arrest verwijst het Hof van Justitie weliswaar naar zijn rechtspraak dat een beoordelingscommissie moet kunnen beschikken over een zekere vrijheid om haar taak te vervullen en aldus, zonder een wijziging aan te brengen in de criteria voor de gunning van de opdracht die zijn vastgesteld in het bestek of de aankondiging van de opdracht, haar eigen werkzaamheden voor het onderzoek en de beoordeling van de ingediende offertes mag structureren. De verwerende partij laat in haar aanvullende memorie en in haar laatste memorie uitschijnen dat de voormelde bevoegdheid voor de beoordelingscommissie zonder meer zou inhouden dat zij de beoordelingsmethode in beginsel ook na de opening van de offertes mag vaststellen, tenzij “het discriminatoir effect daarvan op de inschrijvers” zou worden aangetoond. Dit betoog gaat echter in tegen de duidelijke reeds hiervoor geciteerde bewoordingen van overweging 31 dat “[v]olgens de in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginselen inzake de gunning van opdrachten [...] de methode die de aanbestedende dienst hanteert om de offertes *in concreto* te beoordelen en te

rangschikken in beginsel niet na de opening van de offertes door deze dienst [kan] worden vastgesteld, dit om elk risico van favoritisme uit te sluiten”.

Bijgevolg kan uit die bewoordingen enkel worden afgeleid dat, “om elk risico op favoritisme uit te sluiten”, het in beginsel ongeoorloofd is om na de opening van de offertes de beoordelingsmethode nog vast te stellen, zonder dat moet worden aangetoond dat die vaststelling na de opening van de offertes een discriminatoir effect heeft gehad op één van de inschrijvers. Wél aanvaardt het Hof de mogelijkheid dat er “aantoonbare redenen” kunnen zijn waarom de methode niet vóór de opening kon worden vastgesteld.

10. Te dezen blijkt uit het administratief dossier nergens dat de beoordelingsmethode voor het gunningscriterium kwaliteit aan de hand van een schaal “hoog-voldoende-laag” werd vastgesteld vóór de opening van de offertes. Ook na uitdrukkelijk verzoek hiertoe vanwege de auditeur-verslaggever bij brief van 19 september 2016, worden hiertoe door de verwerende partij geen stavingsstukken voorgelegd. Zij legt als bijkomend stuk enkel een algemene toelichting bij de methode ARGUS neer, daterend van oktober 2000. Het blijkt echter niet dat dit document uitgaat van de aanbestedende dienst in de huidige zaak, laat staan dat dit document een beslissing lijkt in te houden omtrent de te hanteren beoordelingsmethode in het kader van de huidige opdracht.

In haar aanvullende memorie en in haar laatste memorie wijst de verwerende partij er bovendien zelf uitdrukkelijk op dat het voor haar onmogelijk was om vóór de opening van de ingediende offertes de beoordelingsmethode reeds precies vast te stellen en te beslissen om de schaal “laag-voldoende-hoog” te hanteren. Zij geeft aan daartoe pas te hebben beslist nadat bleek dat er “grote gelijkenissen [bestonden] tussen de offertes met betrekking tot de kwaliteit van de aangeboden diensten”. Aldus erkent de verwerende partij zelf dat zij voor deze beoordelingsmethode pas koos na de opening van de offertes.

De verwerende partij maakt echter niet aannemelijk dat deze methode “om aantoonbare redenen”, zoals het Hof vereist, niet vóór deze opening kon worden vastgesteld.

De argumentatie die de verwerende partij aanbrengt in haar aanvullende memorie waarom een dergelijke algemene beoordelingsmethode pas na de opening van de offertes kon worden vastgesteld, namelijk “om een correcte en representatieve beoordeling en vergelijking van de offertes toe te laten”, overtuigt niet als “aantoonbare reden”. De vaststelling dat er sprake is van grote gelijkenissen tussen de offertes met betrekking tot de kwaliteit had eerder aanleiding moeten geven om te kiezen voor een meer “verfijnde” methode teneinde te voorkomen dat de kwalitatieve verschillen tussen de offertes worden uitgevlakt en het prijs criterium *de facto* doorslaggevend wordt, ongeacht het eventuele kwaliteitsverschil tussen de offertes.

De argumentatie in de laatste memorie dat ook een cijfermatige beoordeling geen verschil zou hebben gemaakt, kan evenmin worden bijgevalen. De toepassing van een “meer verfijnde” methode, die evident met zich meebrengt dat de verwerende partij de puntentoekenning meer precies – meer gedetailleerd – had dienen te verantwoorden aan de hand van – zij het eventueel beperkte – “verschillen (pluspunten dan wel minpunten)”, komt geenszins neer op een “artificiële” operatie. De loutere bewering dat “het zeer goed het geval [zou] kunnen zijn geweest dat alle inschrijvers eenzelfde score hadden gekregen”, doet geen afbreuk aan de vaststelling dat de toepassing van de gebruikte beoordelingsmethode “hoog-voldoende-laag” minder toelaat om de offertes naar hun inhoudelijke eigenschappen te rangschikken dan de toepassing van “een cijfermatige beoordeling uitgedrukt in punten of percentages” of het gebruik van “een meer gedetailleerde schaal “zeer laag - middenlaag - matig - hoog - zeer hoog – excellent”. Indien deze meer gedetailleerde schaal was gebruikt, had één van de drie “hoog” gerangschikte offertes bij de beoordeling van het criterium “kwaliteit” bijvoorbeeld als “zeer hoog” of “excellent” kunnen worden gerangschikt. Aangezien deze kwalificaties echter niet in de door de verwerende

partij gekozen scoreschaal voorkwamen, kon een dergelijke offerte noodzakelijkerwijs voor het criterium “kwaliteit” maximaal de score “hoog” verkrijgen net zoals twee andere offertes hebben verkregen. De toepassing van een cijfermatige beoordeling zou dan weer in de huidige zaak met zich hebben meegebracht dat de offerte van de verzoekende partij op het gunningscriterium kwaliteit slechts 3,74 op 50 punten meer zou moeten hebben gescoord om met de gekozen inschrijver op gelijke hoogte te worden gerangschikt. De Raad van State noch de verwerende partij kunnen vooruitlopen op een bijgestelde vergelijking van de offertes volgens dergelijke meer verfijnde methodes noch op de rangschikking die er dan uit zou zijn voortgevloeid.

Ten slotte bevestigt het feit dat de verwerende partij deze ARGUS-methode reeds vroeger heeft toegepast, eerder dat de toepassing van deze methode vóór de opening van de offertes kon worden vastgesteld, dan dat dit aantoont dat het onmogelijk was om de beoordelingsmethode vast te stellen vóór de opening van de offertes.

Besloten dient dan ook te worden dat de verwerende partij niet aannemelijk maakt dat deze methode om aantoonbare redenen niet vóór de opening van de offertes kon worden vastgesteld, zodat het ingeroepen transparantiebeginsel geschonden is.

11. Voorts heeft het Hof van Justitie in zijn arrest op de tweede plaats overwogen – nr. 32 – dat “het feit dat de aanbestedende dienst de beoordelingsmethode na de bekendmaking van de aankondiging van de opdracht of het bestek vaststelt [...] niet tot gevolg [mag] hebben dat de gunningscriteria of het relatieve gewicht ervan worden gewijzigd”.

Aldus dient in het kader van dit onderdeel door de Raad van State alsnog te worden onderzocht of aan de voormelde voorwaarde is voldaan en of de keuze van de verwerende partij voor de beoordelingsmethode “hoog-

voldoende-laag” bij de beoordeling van het gunningscriterium “kwaliteit van de offerte” niet de gunningscriteria en het relatieve gewicht ervan heeft gewijzigd.

Te dezen zijn er geen aanwijzingen dat de gekozen beoordelingsmethode voor het criterium “kwaliteit van de offerte” dit criterium, laat staan het gunningscriterium “prijs”, heeft gewijzigd. Beide criteria werden ook reeds aangekondigd in het bestek.

Rest de vraag of de keuze van de verwerende partij voor de beoordelingsmethode “hoog-voldoende-laag” bij de beoordeling van het gunningscriterium “kwaliteit van de offerte” het relatieve gewicht van de gunningscriteria heeft gewijzigd.

12. De Raad van State heeft bij de beoordeling van het eerste middelonderdeel deze vraag nog niet beantwoord in het arrest nr. 229.723 van 6 januari 2015.

In het eerste middelonderdeel voerde 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 “hoog-voldoende-laag” te hanteren en geen volgens haar in het bestek aangekondigde cijfermatig uitgedrukte score van 0 tot 50 punten.

Volgens de verzoekende partij werd met de vermelding 50/100 in het bestek niet alleen de onderlinge verhouding tussen de gunningscriteria aangegeven – zijnde elk evenwaardig – doch tevens de graad van nuance die de inschrijvers konden verwachten bij de beoordeling van hun offerte per gunningscriterium. Door een ordinale schaal met klassen “laag-voldoende-hoog” te hanteren zou de verwerende partij aldus gehandeld hebben in strijd met het bestek dat volgens de verzoekende partij voorzag in de toekenning van een cijfermatige score van 0 tot 50 punten.

Deze interpretatie van het bestek door de verzoekende partij werd echter niet gevolgd door de Raad van State bij de beoordeling van het eerste middelonderdeel in het arrest nr. 229.723 van 6 januari 2015. De Raad stelde in het voormelde arrest reeds met het auditoraat vast dat het de perken van een redelijke beoordeling niet te buiten gaat om de vermelding van “50/100” in het bestek bij elk van de gunningscriteria te interpreteren in de 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.

Vervolgens oordeelde de Raad dat de verzoekende partij niet aantoont dat de gebruikte beoordelingsmethodiek afwijkt van het bestek, zelfs al kan met de verzoekende partij 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.

Gelet op de interpretatie die de Raad van State in het voormelde arrest bij de beoordeling van het eerste middelonderdeel reeds heeft gegeven aan de litigieuze besteksbepalings, dient bij de beoordeling van het tweede middelonderdeel alsnog te worden nagegaan of de beoordelingsmethode “hoog-voldoende-laag” bij de beoordeling van het gunningscriterium “kwaliteit van de offerte” het relatieve gewicht van de gunningscriteria heeft gewijzigd zoals aangekondigd in het bestek in de zin dat elk van beide criteria als evenwaardig worden beschouwd en dus elk voor de helft bepalend zullen zijn voor de rangschikking.

13. In zijn arrest stelt het Hof van Justitie vast dat te dezen, enerzijds, de aanbestedende dienst in het bestek slechts twee gunningscriteria heeft genoemd, namelijk de kwaliteit en de prijs, telkens met de vermelding “(50/100)”, en dat, anderzijds, de beoordelingscommissie een schaal “hoog-voldoende-laag” heeft gebruikt voor de beoordeling van het criterium “kwaliteit

van de offertes”, zonder dat een schaal is gebruikt voor het gunningscriterium “prijs”.

Het Hof stelt voorts vast dat de Raad van State reeds heeft geoordeeld dat de twee vermeldingen “(50/100)” betekenen dat de twee gunningscriteria hetzelfde gewicht hebben.

Deze werkwijze bood volgens het Hof “echter” niet de mogelijkheid om, bij de rangschikking van de inschrijvers met het oog op de vaststelling van de economisch voordeligste inschrijving, verschillen in de kwaliteit van de offertes, afgezet tegenover de prijs ervan, tot uiting te laten komen met inachtneming van het door de vermelding “(50/100)” vastgestelde relatieve gewicht van de gunningscriteria. Deze methode kon meer bepaald een impact hebben op het prijscriterium dat hierdoor een doorslaggevend gewicht zou krijgen ten opzichte van de rangschikking van de offertes volgens de toegepaste brute kwaliteitsschaal. Het staat volgens het Hof voorts aan de verwijzende rechter om na te gaan of de aanbestedende dienst het in de aankondiging van de opdracht bekendgemaakte relatieve gewicht van elk van de gunningscriteria daadwerkelijk bij de beoordeling van de offertes in acht heeft genomen.

14. De Raad van State stelt hieromtrent vast, aangezien drie van de vier offertes, waaronder de offerte van de verzoekende partij, voor het criterium “kwaliteit” de score “hoog” hebben verkregen, en er geen scores zijn gegeven om de offertes nader van elkaar te onderscheiden en naar hun inhoudelijke eigenschappen te rangschikken, het criterium “prijs” bij de gunning van de opdracht beslissend is geweest. Hierdoor werd de draagwijdte van het criterium “kwaliteit” afgevlakt ten aanzien van het criterium “prijs”, zodat dit laatste criterium bij de keuze van degene aan wie de opdracht werd gegund een relatief hoger gewicht heeft gehad dan de in het bestek vermelde weging van 50 % redelijkerwijs kon doen vermoeden. Het is aannemelijk dat, indien de inschrijvers van tevoren geïnformeerd waren geweest over de keuze van deze methode voor

de toetsing van de offertes aan het criterium “kwaliteit”, zij zich meer op de prijs van hun diensten zouden hebben gericht.

15. De verwerende partij verwijst in haar aanvullende memorie naar de interpretatie van het bestek door de Raad van State in zijn arrest van 6 januari 2015 in de zin dat de vermelding van “50/100” impliceert dat ze elk voor de helft in rekening worden gebracht. Door die loutere verwijzing toont de verwerende partij echter niet aan dat zij het in het bestek bekendgemaakte relatieve gewicht van elk van de gunningscriteria, elk voor 50 %, ook daadwerkelijk bij de beoordeling van de offertes in acht heeft genomen. De loutere vermelding “50/100” bij de gunningscriteria in het gunningsverslag en het feit dat de beoordelingen van beide gunningscriteria in het gunningsverslag naast elkaar zijn opgenomen, tonen dit evenmin aan.

De verwerende partij voert in haar memorie van antwoord nog aan dat de verzoekende partij nergens in haar verzoekschrift, bijvoorbeeld mits een cijfermatige berekening, aantoont dat de verwerende partij de aangegeven gunningscriteria niet elk voor de helft in overweging heeft genomen. Dienaangaande merkt de Raad van State op dat het veeleer de verwerende partij blijkt te zijn die in gebreke is gebleven om in het gunningsverslag klaar en duidelijk te laten blijken dat dit wel het geval is door de door haar gehanteerde werkwijze waarbij zij, enerzijds, in het bestek slechts twee gunningscriteria heeft genoemd, namelijk de kwaliteit en de prijs, telkens met de vermelding “(50/100)”, en, anderzijds, de beoordelingscommissie een schaal “hoog-voldoende-laag” heeft gebruikt voor de beoordeling van het criterium “kwaliteit van de offertes”, zonder dat een schaal is gebruikt voor het gunningscriterium “prijs” en zonder dat een totaalscore voor de twee criteria samen werd gemaakt.

Op grond van de motivering in het gunningsverslag kon enkel worden nagegaan waarom de verwerende partij de kwaliteit van de offertes van drie inschrijvers als “hoog” beoordeelde, zijnde de maximumscore binnen de gehanteerde ordinale schaal.

De omstandigheid dat er grote gelijkenissen tussen deze drie offertes bestaan ten aanzien van hun kwaliteit, sluit niet uit dat er toch ook – zij het eventueel beperkte – kwalitatieve verschillen waren. In elk geval heeft de verwerende partij dit in *tempora non suspecto* nooit ontkend. Dit blijkt trouwens ook uit de motivering zoals opgenomen in het gunningsverslag. De loutere bewering van de verwerende partij in de laatste memorie dat “indien er ook voor het gunningscriterium ‘kwaliteit’ een puntenscore zou zijn toegekend in plaats van een ordinale inschaling, de algemene vergelijking en rangschikking van de offertes er *de facto* niet anders zou hebben uitgezien” en dat “ook dan zou zijn gebleken dat [deze offertes] eenzelfde score zouden hebben behaald voor het gunningscriterium ‘kwaliteit’” overtuigt niet. Zoals reeds opgemerkt, kan er niet worden vooruitgelopen op het resultaat van een vergelijking en rangschikking bij de toepassing van een meer gedifferentieerde beoordelingsmethode die de verwerende partij zelf als meer “verfijnd” erkent.

De gekozen algemene beoordelingsmethode met slechts drie scores blijkt dan ook tot gevolg te hebben gehad dat de drie offertes met evaluatie “hoog” niet nader naar hun inhoudelijke eigenschappen werden gerangschikt, zodat, wat deze drie offertes betreft, het criterium “prijs” onmiskenbaar beslissend is geweest. Zelfs een minuscuul prijsvoordeel van 1 euro, had, gelet op de door de verwerende partij achteraf gekozen beoordelingsmethode voor het gunningscriterium “kwaliteit” volstaan om globaal als eerste te worden gerangschikt zodra een bepaald niveau van kwaliteit werd bereikt. Omgekeerd, kon, inzake het kwaliteitscriterium, een miniem puntenverschil van enkele punten op 50 voldoende zijn om, gelet op het minieme puntenverschil voor de prijs, invloed te hebben op de rangschikking.

In haar aanvullende memorie merkt de verwerende partij overigens op dat zij als beoordelingsmethode voor het gunningscriterium “kwaliteit” gekozen heeft om een schaal “hoog-voldoende-laag” te hanteren gelet op de grote gelijkenissen tussen de offertes met betrekking tot de kwaliteit van de aangeboden diensten. Daarmee geeft zij impliciet te kennen dat, gelet op de grote

gelijkenissen inzake kwaliteit, zij voorrang wenst te geven aan het gunnings-criterium “prijs”. Hierdoor blijkt het criterium “prijs” echter zwaarder te hebben doorgewogen dan vooraf was aangekondigd in het bestek, waarin slechts sprake was van 50 %.

De door de verwerende partij achteraf gekozen beoordelingsmethode blijkt dus de weging van de gunningscriteria te hebben gewijzigd. Bijgevolg is het onrechtmatig dat deze methode voor de beoordeling van de offertes door de verwerende partij achteraf werd vastgesteld en had deze methode vooraf in de aankondiging van de opdracht of het bestek bekend moeten worden gemaakt.

16. Het tweede onderdeel van het enig middel is in de besproken mate dan ook gegrond.

B. Derde onderdeel

17. Het derde middelonderdeel voert de verzoekende partij, in uiterst ondergeschikte orde, aan. Aangezien het tweede middelonderdeel in de besproken mate gegrond is bevonden, dient het derde middelonderdeel niet nader te worden beoordeeld.

V. Kosten

18.1. De verzoekende partij vraagt in haar laatste memorie dat de verwerende partij zou worden veroordeeld tot betaling van een verhoogde rechtsplegingsvergoeding van 2.800 euro.

18.2. Artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten, zoals ingevoegd bij artikel 11 van de wet van 20 januari 2014 ‘houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State’, trad krachtens artikel 9 van het koninklijk besluit van 28 maart 2014 ‘betreffende de rechtsplegingvergoeding bedoeld in artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op

de Raad van State van 12 januari 1973' in werking op 2 april 2014, datum van bekendmaking in het Belgisch Staatsblad, en is van toepassing "op iedere vordering tot schorsing of tot voorlopige maatregelen ingediend bij uiterst dringende noodzakelijkheid, te rekenen van die datum, en die geen bijkomende vordering vormt bij een vóór die datum ingediend beroep tot nietigverklaring, alsook op elke aanvraag, moeilijkheid en elk beroep, bedoeld in de artikelen 11, 12, 13, 14 en 16, 1^o tot 8^o, van de gecoördineerde wetten, ingediend te rekenen van die datum, en op de gelijktijdig dan wel later ingediende bijkomende vorderingen".

Daaruit volgt dat, gelet op het temporeel toepassingsgebied van het voormeld koninklijk besluit van 28 maart 2014, het ingeroepen artikel 30/1 te dezen, meer bepaald op een beroep zoals het voorliggende, ingesteld op 14 juni 2012, dus vóór 2 april 2014, niet toepasbaar is. De Raad van State mag aldus geen uitspraak doen over de gevorderde rechtsplegingsvergoeding.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de Vlaamse Minister van Energie, Wonen, Steden en Sociale Economie van 11 april 2012 waarbij de opdracht 'Woonsurvey 2012: survey naar de woning en de woonconsument in Vlaanderen' volgens bestek nr. AWB/VS/501-5-112 wordt gegund aan de nv Ipsos Belgium.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 23 november 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest