
**NAAR EEN VOLLEDIGE TRANSPARANTIE
OVER DE GUNNINGSCRITEIA,
DE SUBGUNNINGSCRITEIA ÉN
DE BEOORDELINGSMETHODIEK
IN HET BESTEK**

JOHAN GEERTS



SAMENVATTING

Het arrest TNS DIMARSO van de Raad van State van 6 januari 2015 is een mijlpaal in de discussie over de draagwijdte van de transparantieplichting. De Raad komt tot het besluit dat de arresten *Lianakis* en *Evropaïki Dynamiki* van het Hof van Justitie niet volkomen helder zijn over de vraag of artikel 53, lid 2 van Richtlijn 2004/18/EG (nu art. 67, lid 5 van Richtlijn 2014/24/EU) al dan niet verplicht om ook de beoordelingsmethodiek vooraf bekend te maken in het bestek. Een richtlijnconforme interpretatie van artikel 25 van de overheidsopdrachtenwet zou toch tot het besluit kunnen leiden dat de beoordelingsmethodiek transparant moet worden gesteld.

De Raad wijkt af van haar vaste rechtspraak stellende dat de aanbestedende overheid in de huidige stand van het recht, geen verplichting heeft tot de voorafgaande bekendmaking van de beoordelingsmethodiek.

Naar aanleiding van dit arrest onderzoeken we in deze bijdrage de verschillende aspecten van de transparantieplichting, gaande van de weging van gunnings- en subgunningscriteria tot de beoordelingsmethodiek.

Onze conclusie is dat een volledige transparantie – zodat de inschrijvers op voorhand weten wat van hen wordt verwacht – altijd de beste garantie is om discussies te vermijden.

RÉSUMÉ

L'arrêt TNS DIMARSO du Conseil d'Etat du 6 janvier 2015 est un arrêt phare en matière de la portée de l'obligation de transparence. Le Conseil conclut que les arrêts *Lianakis* et *Evropaïki Dynamiki* de la Cour de Justice de l'Union européenne ne sont pas parfaitement clairs quant à la question de savoir si l'article 53, alinéa 2 de la Directive 2004/18/CE (actuellement l'article 67, alinéa 5 de la Directive 2014/24/CE) impose ou non de communiquer la méthode d'évaluation à l'avance dans le cahier des charges. Une interprétation conforme à la Directive de l'article 25 de la loi sur les marchés publics pourrait conduire à la conclusion que la méthode d'évaluation doit être rendue transparente.

Le Conseil ne suit pas sa jurisprudence constante qui indique que le pouvoir adjudicateur, selon l'état actuel du droit, n'a pas l'obligation d'une communication préalable de la méthode d'évaluation.

Suite à cet arrêt, nous étudions dans cette contribution les différents aspects de l'obligation de transparence, allant de la pondération des critères et sous-critères d'attribution jusqu'à la méthode d'évaluation.

Notre conclusion est qu'une transparence complète – faisant en sorte que les soumissionnaires savent à l'avance à quoi ils doivent s'attendre – s'avère toujours la meilleure garantie pour éviter toute discussion.

INHOUD

I.	Inleiding: waarom de beoordeling van de offertes aan de hand van de gunningscriteria een moeilijke oefening blijft (of lijkt)	3
II.	Vermelding van alle gunnings- en subgunningscriteria in het bestek.	4
	A. De regel: artikel 25 en de invulling daarvan door <i>Lianakis</i>	4
	B. De grijze zone: beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de offertes	7
	B.1. <i>De ATI-EAC rechtspraak: moeten subgunningscriteria worden gewogen?</i>	7
	B.2. <i>De Evropaïki Dynamiki-rechtspraak: niet elke onderverdeling in het gunningsverslag is een (verboden) subcriterium?</i>	10
	B.3. <i>Voor opdrachten onder de Europese drempels geldt een minder strenge transparantieplichting?</i>	12
III.	Vermelding van de beoordelingsmethodiek in het bestek	13
	A. De beoordelingsmethodiek <u>niet</u> verplicht in het bestek?	13
	B. Het arrest TNS Dimarso: de beoordelingsmethodiek <u>wel</u> verplicht in het bestek?	15
IV.	Conclusie	16



I. Inleiding: waarom de beoordeling van de offertes aan de hand van de gunningscriteria een moeilijke oefening blijft (of lijkt)

1. Hoewel de transparantieplichting een basisbeginsel is van de overheidsopdrachtenreglementering in het algemeen en de offerteaanvraag in het bijzonder, blijven (juridische) discussies over dit punt talrijk.

Niet zelden zijn niet gekozen inschrijvers gefrustreerd wanneer in het gunningsverslag talrijke (nieuwe) beoordelingscriteria opduiken, waaraan zij zich niet hadden verwacht bij lezing van het bestek. Of nog, de aanbestedende overheid past een beoordelingsmethode toe die gevolgen heeft voor de puntentoekenning waarop de inschrijvers niet geanticipeerd hadden.

Inschrijvers voelen zich zo oneerlijk behandeld. Indien zij deze aandachtspunten of werkwijze van de aanbestedende overheid hadden gekend, waren zij in de mogelijkheid geweest om een beter aanbod te doen.

Sommige procedures kunnen worden afgedaan als een poging van een slechte verliezer om de opdracht alsnog te bekomen, doch valt ook op dat aanbestedende overheden het zichzelf soms erg moeilijk maken door bij de beoordeling allerlei zaken mee te nemen die niet in duidelijk werden vermeld in het bestek.

2. In deze bijdrage gaan we naar aanleiding van het recent arrest *TNS Dimarso* van de Raad van State in op de **draagwijdte van de transparantieplichting**. We starten met de verplichting tot vermelding van de gunnings- en subgunningscriteria in het bestek om uit te komen bij de bekendmaking van de beoordelingsmethodiek. In de conclusie zetten we tot slot uiteen welke volgens ons de meest geschikte beoordelingsmethodiek is.

II. Vermelding van alle gunnings- en subgunningscriteria in het bestek

A. De regel: artikel 25 en de invulling daarvan door *Lianakis*

3. Bepaal de gunningscriteria en hun weging in het bestek.

Artikel 25 van de overheidsopdrachtenwet 2006¹ bepaalt dat bij een offerte-aanvraag de overheidsopdracht wordt gegund aan de inschrijver die de economisch voordeligste regelmatige offerte heeft ingediend, rekening houdend met de in het bestek voorziene gunningscriteria.

De gunningscriteria én – voor opdrachten boven de Europese drempels – de weging van elk van de gunningscriteria moeten worden vermeld in het bestek.

Deze bepaling stemt overeen met artikel 53, lid 2 van de overheidsopdrachtenrichtlijn 2004/18/EG² klassieke sectoren en artikel 67, lid 5 van de 'nieuwe' overheidsopdrachtenrichtlijn 2014/24/EU.³

Hoewel niet verplicht bij opdrachten onder de Europese drempels, wordt de weging van de gunningscriteria in de praktijk algemeen toegepast. Vrijwel altijd worden gunningscriteria gewogen door middel van een puntentoekenning op 100 punten of 100%. Hoewel er andere manieren van wegen mogelijk zijn⁴, verdient deze werkwijze de voorkeur.

4. *Lianakis*: bepaal ook de subgunningscriteria (en hun weging) in het bestek.

Het arrest *Lianakis* van het Hof van Justitie van 24 januari 2008⁵ heeft vernoemde wettelijke bepalingen verduidelijkt in de zin dat naast de gunningscriteria, ook de subgunningscriteria (en hun weging) moeten worden vermeld in het bestek.

1 Wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, B.S. 15.02.2007.

2 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.

3 Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG.

4 Het verslag aan de Koning bij het KB van 12 januari 2006 (waarbij art. 115 ARO-KB werd gewijzigd in overeenstemming met artikel 53, lid 2 van de overheidsopdrachtenrichtlijn klassieke sectoren 2004/18/EG), B.S. 27 januari 2006, verduidelijkt: 'Een voorbeeld van een weging op basis van andere waarden zou zijn: uitermate groot, zeer groot, groot, middelmatig, klein, zeer klein, uitermate klein'.

5 HvJ C-532/06, 24 januari 2008, *Lianakis*.

De zaak betrof een overheidsopdracht voor diensten van de Griekse stad Alexandroupolis voor het verrichten van een onderzoek over de kadasteropname en aanverwante studies voor de deelgemeente Palagia. Het bestek vermeldde – in volgorde van prioriteit – 3 – niet gewogen – gunningscriteria: 1) ervaring, 2) personeelsbezetting, 3) capaciteit. Na de opening van de offertes heeft het aanbestedingcomité wegingscoëfficiënten en subcriteria vastgesteld voor de 3 voormelde gunningscriteria, namelijk 60, 20 en 20%.

Vervolgens werd voor elk van de gunningscriteria een bijzondere beoordelingsmethodiek bepaald, namelijk een ordinale schaal waarbij een bepaald aantal punten werd toegekend volgens bepaalde drempels. Zo werd voor het eerste gunningscriterium 'ervaring' het bedrag van het uitgevoerde onderzoek in aanmerking genomen waarbij een inschrijver 0 punten kreeg voor een bedrag tot 500.000 euro, 6 punten voor een bedrag tussen de 500.000 en 1.000.000 euro, enz. Dezelfde methode werd toegepast voor de 2 andere gunningscriteria, maar dan met andere parameters. Voor 'personeelsbezetting' werden bvb. 2 punten toegekend voor een team van 1 tot 5 personen, 4 punten voor een team van 6 tot 10 personen, enz.

De vraag die door de nationale rechter werd gesteld was beperkt tot de weging achteraf van de gunningscriteria: 'Wanneer een aankondiging van aanbesteding van een opdracht voor dienstverlening enkel de volgorde van prioriteit van de gunningscriteria vermeldt, zonder de wegingscoëfficiënt van elk criterium te specificeren, staat artikel 36 van richtlijn 92/50 dan toe dat het aanbestedingscomité de wegingscriteria achteraf vaststelt en, zo ja, onder welke voorwaarden?'

Het Hof van Justitie beantwoordt deze vraag negatief en overweegt dat alle elementen die door de aanbestedende dienst in aanmerking worden genomen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding, alsook het relatieve gewicht van deze criteria, bij de potentiële inschrijvers bekend moeten zijn wanneer deze hun offertes voorbereiden en besluit:

'Gelet op het voorgaande dient de gestelde vraag aldus te worden beantwoord dat artikel 36, lid 2, van richtlijn 92/50, gelezen tegen de achtergrond van het beginsel van gelijke behandeling van de marktdeelnemers en van de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, zich ertegen verzet dat de aanbestedende dienst in het kader van een aanbestedingsprocedure achteraf wegingscoëfficiënten en subcriteria voor de in het bestek of in de aankondiging van de opdracht vermelde gunningscriteria vaststelt.'

5. Lianakis toegepast door de Raad van State.

Hoewel *Lianakis* in wezen gaat over de weging van gunningscriteria (wat nu letterlijk verplicht wordt gesteld door de overheidsopdrachtenwet en de Europese richtlijnen), heeft de Raad van State dit arrest geïnterpreteerd in de zin dat het achteraf vaststellen van subcriteria van vooraf bepaalde gunningscriteria strijdig is met het transparantiebeginsel.⁶

6 Onder randnummer 24 zullen we verder ingaan op de draagwijdte van het arrest *Lianakis* mbt transparantie van de beoordelingsmethodiek.

In het **arrest Interior Projects**⁷ overweegt de Raad dat het beoordelingssysteem, gebruik makend van niet in het bestek bekendgemaakte en achteraf vastgestelde subcriteria en wegingscoëfficiënten, niet verenigbaar is met het – op dat ogenblik van toepassing zijnde – artikel 16 van de wet overheidsopdrachten van 24 december 1993⁸ en artikel 115 van het ARO-KB.⁹ Deze bepalingen zijn heden vervat in artikel 25 van de overheidsopdrachtenwet 2006.

In de offerteaanvraag voor kantoormeubilair had de aanbestedende overheid het in het bestek voorziene gunningscriterium ‘kwaliteit, duurzaamheid en ergonomie’ met een weging van 30%, bij de beoordeling van de offertes verder opgesplitst in enerzijds ‘standaardmeubilair’ en anderzijds ‘maatwerk’. Binnen deze onderverdeling werden bijkomend 8 subcriteria getoetst die op zich ook nog eens werden onderverdeeld in subsubcriteria waaraan een bepaald belang werd gehecht.

6. Ook recentere arresten bevestigen het standpunt van de Raad van State dat de offertes moeten worden beoordeeld op basis van de in het bestek vermelde gunnings- en subgunningscriteria. Het achteraf – na opening van de offertes – vaststellen van niet bekendgemaakte subgunningscriteria en het daarbij hanteren van een niet bekendgemaakte weging daarbij, strijdt met artikel 16 van de wet overheidsopdrachten van 24 december 1993, artikel 115 van het ARO-KB en het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting.¹⁰

Met haar **arrest CKS**¹¹ schorste de Raad van State de gunningsbeslissing omdat de aanbestedende overheid het gunningscriterium ‘technische waarde van de voorgestelde materialen’ (op 55 punten) in het gunningsverslag beoordeeld had aan de hand van 13 subcriteria met elk een specifieke weging. Noch van deze subcriteria, noch van de weging ervan was sprake in het bestek, noch in de meetstaat, noch in de toelichting bij het betreffende gunningscriterium in het bestek.

Het **vernietigingsarrest Vanassche Firefighting Engineering**¹² stelt vast dat offertes onder het gunningscriterium ‘veiligheid’ systematisch werden getoetst aan 5 – niet in het bestek vermelde – elementen die dan ook als (verboden) subcriteria werden beschouwd.

7 RvS 5 juni 2008, nr. 183.809, interior projects, CDPK 2008, afl. 3, blz. 629-641, noot P. FLAMEY en J. BOSQUET, De gunningscriteria bij overheidsopdrachten.

8 Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

9 Koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken. Deze bepaling is hernoemen in artikel 25 van de wet overheidsopdrachten van 2006.

10 RvS 13 november 2008, nr. 187.884, Océ Belgium; RvS 15 december 2009, nr. 198.917, nv Eurobus-sing (‘De betrokken gegevens die binnen het in het bestek vermelde tweede gunningscriterium tot de evaluatie leiden en die in de bestreden beslissing uitdrukkelijk omschreven worden als “elementen die voor de evaluatie in overweging worden genomen”, lijken overeenkomstig de voormelde rechtspraak niet anders dan als gunningscriteria te kunnen worden beschouwd, nu ze dienstig zijn om in het aangeboden een onderscheid te maken en aldus “maatstaf bij een beoordeling” zijn. De opdracht blijkt bijgevolg te zijn toegewezen na een evaluatie, mede gesteund op subcriteria die niet uitdrukkelijk in het bestek zijn vermeld en evenmin later aan de inschrijvers zijn meegedeeld alvorens zij hun BAFO-offerte moesten indienen’); RvS 9 november 2010, nr. 208.793, bvba Micconsult.

11 RvS nr. 218.827 van 5 april 2012, bvba cks.

12 RvS 9 juli 2013, nr. 224.308, NV VANASSCHE FIREFIGHTING ENGINEERING.

7. Patere legem. Pas de in het bestek bepaalde gunnings- en subgunningscriteria (en hun weging) ook effectief toe.

Wanneer de gunnings- en subgunningscriteria zijn bepaald in het bestek, moeten deze ook worden toegepast. In sommige gevallen wordt in het gunningsverslag 'vergeten' om bij de beoordeling van de offertes alle gunnings- en subgunningscriteria te betrekken, of wordt de weging die was gegeven in het bestek niet hernomen. In zulk geval heeft men de beoordelingswijze wel transparant gesteld, maar wordt de aangekondigde methodiek niet consequent toegepast in het gunningsverslag.

De Raad van State besluit dan dat sprake is van een schending van het beginsel *Patere legem quam ipse fecisti*. De aanbestedende overheid is gebonden door haar eigen regels, zodat de offertes moeten worden beoordeeld op grond van alle in het bestek vermelde gunningscriteria, subcriteria inbegrepen.¹³ De gunningscriteria moeten eveneens gedurende de gehele procedure op eenzelfde wijze worden uitgelegd en bij de beoordeling van de aanbiedingen op objectieve en uniforme worden toegepast op alle inschrijvers.¹⁴

B. De grijze zone: beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de offertes

8. Hoewel het intussen algemeen aanvaard wordt dat alle gunningscriteria én subgunningscriteria, alsook (bij Europese opdrachten) hun weging, vermeld moeten zijn in het bestek, blijven er situaties waarin er ruimte voor discussie bestaat.

Ten eerste, bestaat er – ondanks *Lianakis* – twijfel over de vraag of de subgunningscriteria steeds vooraf moeten worden gewogen.

Ten tweede stelt zich de vraag hoe strikt de notie subcriteria (die moeten zijn vermeld in het bestek) moet worden ingevuld. Niet elke onderverdeling van een gunningscriterium in het gunningsverslag, wordt beschouwd als een verboden onderverdeling *ex post* in subcriteria.

Tot slot zou de transparantieverplichting minder strikt mogen worden ingevuld bij opdrachten onder de Europese drempels.

9. Hierna gaan we op elk van deze discussiepunten nader in.

B.1. De ATI-EAC rechtspraak: moeten subgunningscriteria worden gewogen?

10. Volgens de 'ATI-EAC rechtspraak zou het niet noodzakelijk zijn om subcriteria vooraf een weging toe te kennen in het bestek.

13 RvS 29 juli 2014, nr. 228.133, bvba Buccinum; RvS 7 januari 2010, nr. 199.397, vzw Idewe.

14 Zie hierover het arrest HvJ C-226/09, 18 november 2010, Commissie/ Ierland. Hierna toegelicht.

In het arrest *ATI-EAC*¹⁵ van 24 november 2005 oordeelt het Hof van Justitie dat artikel 36, lid 2, van richtlijn 92/50 zich niet verzet tegen de werkwijze waarbij de subgunningscriteria – die werden vermeld in het bestek, na het indienen van de offertes nog worden gewogen.

Er dient evenwel te zijn voldaan aan drie welomschreven voorwaarden (die hierna de *ATI-EAC* voorwaarden worden genoemd). Het achteraf vaststellen van een weging van subgunningscriteria is slechts mogelijk in de mate dat:

- dit de gunningscriteria onaangeroerd laat;
- dit voor de inschrijvers redelijkerwijze van geen invloed kon zijn op het opmaken van hun offertes;
- dit voor bepaalde inschrijvers geen discriminerend effect kan hebben.

De omstandigheden die voorlagen betroffen een offerteaanvraag inzake personenvervoer uitgeschreven door de stad Mesere (Italië). Het bestek voorzag 4 gunningscriteria met elk een eigen weging. Het vierde gunningscriterium (organisatorische maatregelen en ondersteunende infrastructuur die bij het verrichten van de dienst worden ingezet) op 25 punten, verwees naar een beschrijving die de inschrijvers bij hun offerte diende te voegen, die ten minste 5 elementen – zoals ‘depots en/of terreinen voor het parkeren van autobussen in eigendom of ter beschikking van de onderneming (...)’ – diende te bevatten, die werden opgesomd in het bestek.

Na het indienen van de offertes, maar voor de opening van de enveloppen – dus toen men reeds beschikte over een lijst met namen van de inschrijvers – werd het vierde gunningscriterium door het aanbestedingscomité verdeeld over de 5 elementen die waren vermeld in het bestek, maar met een weging van respectievelijk 8, 7, 9, 2 en 2 punten, die niet was vermeld in het bestek.

Onder overweging nr. 18 benadrukt het Hof dat *‘het aanbestedingscomité enkel heeft bepaald op welke wijze de voor het derde criterium voorziene 25 punten moesten worden verdeeld over de 5 reeds in het bestek vastgestelde subcriteria’*. Het Hof onderzoekt dan of *‘het besluit om tot deze weging over te gaan wijziging heeft gebracht in de in het bestek vastgestelde criteria voor gunning van de opdracht’* en concludeert: *‘indien dat het geval zou zijn, zou dit besluit in strijd zijn met het gemeenschapsrecht’*.

11. Het Hof van Justitie gaat in het arrest *Lianakis* – dat van latere datum is – in op het onderscheid tussen de omstandigheden die in de beide arresten aan de orde waren en overweegt dat het geen afbreuk doet aan *ATI-EAC*:

*‘Derhalve kan een aanbestedende dienst geen afwegingsregels of subcriteria voor de gunningscriteria toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht.’*¹⁶

15 HvJ C-331/04, 24 november 2005, *ATI-EAC*.

16 Overweging nr. 38.

(...)

In tegenstelling tot de door de verwijzende rechterlijke instantie geuite twijfels zijn deze vaststellingen overigens niet onverenigbaar met de uitlegging die het Hof aan artikel 36, lid 2, van richtlijn 92/50 heeft gegeven in voornoemd arrest ATI EAC e Viaggi di Maio e.a.’

Het Hof zet navolgend uiteen dat het in *ATI-EAC* enkel over het aspect van de weging van de subcriteria ging. De gunningscriteria, de weging van deze criteria én de subgunningscriteria waren immers wel vooraf bekendgemaakt.

12. Gezien *Lianakis* de *ATI-EAC* rechtspraak herbevestigd heeft, wordt dit ‘oudere’ arrest tot op heden aangewend om de weging achteraf van subgunningscriteria goed te praten.¹⁷

In het arrest *SPIE Belgium*¹⁸ verwijst de Raad van State (impliciet) naar de *ATI-EAC* criteria om het middel gesteund op een schending van de transparantieverplichting af te wijzen. Hoewel de aanbestedende overheid de 2 in het bestek vermelde beoordelingselementen onder het gunningscriterium ‘technisch ontwerp’ (op 15 punten) in het gunningsverslag afzonderlijk en verschillend (de ene op 10 en de andere op 5) had gequoteerd, oordeelde de Raad dat het *prima facie* niet kennelijk onredelijk is om aan te nemen dat het eerste subcriterium een belangrijker gewicht (namelijk 10 punten) had dan het tweede subcriterium (namelijk 5 punten). De verzoekende partij overtuigde niet met haar bewering dat zij haar offerte anders zou hebben aangepakt als het bestek dit verschil in relatief gewicht had aangekondigd.

Ook in het *arrest BTG*¹⁹ stelt de Raad van State vast dat er gebruik was gemaakt van niet vooraf bepaalde subgunningscriteria met een bepaalde weging, doch dat zulks niet per definitie aanleiding geeft tot een schending van het transparantiebeginsel:

‘A défaut d’annonce dans les documents du marché de sous-critères d’attribution, il n’est pas interdit à une autorité adjudicatrice de spécifier plus en détail un critère préalablement porté à la connaissance des soumissionnaires et de lui accorder une pondération.’

Bij de toets aan de 3 hogervermelde *ATI-EAC* voorwaarden, kwam de Raad uiteindelijk wel tot het besluit dat hieraan niet voldaan was en schorste de gunningsbeslissing.

13. Met auteurs *TIMMERMANS* en *BRUYNINCKX*²⁰ menen wij dat de *ATI-EAC* ontsnappingsroute strikt geïnterpreteerd moet worden. Gemakkelijkheidshalve (?) wordt in de rechtspraak van de Raad van State immers ‘vergeten’ dat de kwestie die in dit arrest *ATI-EAC* voorlag er een was waarbij de weging van de

17 RvS 3 maart 2008, nr. 180.337, Sa SBMI.

18 RvS 24 juni 2013, nr. 224.024, nv Spie Belgium.

19 RvS 27 juni 2013, nr. 224.166, BTG.

20 W. TIMMERMANS en T. BRUYNINCKX, “Gunningscriteria en transparantie bij overheidsopdrachten”, *NJW* 2009, blz.338-351 (blz. 348).

subgunningscriteria, weliswaar achteraf (na ontvangst van de omslagen), maar wel voor de opening van deze omslagen werd vastgesteld.²¹ Dit is een omstandigheid die zich bij de meeste overheidsopdrachten niet voordoet. Bovendien waren de gehanteerde subcriteria wel reeds meegedeeld in het bestek. Het betrof dus enkel hun weging die achteraf werd vastgesteld.

Het oordeel van het Hof van Justitie in het arrest *Lianakis* dat alle elementen die door de aanbestedende dienst in aanmerking worden genomen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding, bij de inschrijvers bekend moeten zijn, lijkt ook af te wijken van *ATI-EAC*.

Het e-draaiboek van de afdeling overheidsopdrachten verwoordt het als volgt: 'de *ATI-EAC* voorwaarden geven impliciet doch duidelijk aan dat het in die situatie altijd transparanter en juridisch veiliger is om de weging van de gunningscriteria en de sub-gunningscriteria samen kenbaar te maken.'²²

B.2. De Evropaïki Dynamiki-rechtspraak: niet elke onderverdeling in het gunningsverslag is een (verboden) subcriterium?

14. In het kader van de motivering van de puntentoekenning moet de aanbestedende overheid de motieven vermelden die de gegeven punten verantwoordt. Het gaat om negatieve of positieve commentaren over het aanbod. Indien het gunningsverslag gebruik maakt van beoordelingselementen – die reeds (impliciet) vervat zaten in (de toelichting van) de gunningscriteria vermeld in het bestek, wordt het transparantiebeginsel niet geschonden.

15. In het arrest *Evropaïki Dynamiki* van 21 juli 2011²³ wordt door het Hof van Justitie geoordeeld dat aanbestedende overheden een zekere vrijheid hebben bij het uitoefenen van hun taak. Na de uiteenzetting van de principes die volgen uit de arresten *Lianakis* en *ATI-EAC* besluit het Hof dat deze rechtspraak niet mag worden geïnterpreteerd als een totaal en absoluut verbod voor de aanbestedende overheid om de criteria die vooraf ter kennis werden gebracht aan de inschrijvers, nader te specificeren en om deze een gewicht toe te kennen. Bijgevolg is het – indien voldaan is aan de drie *ATI-EAC* voorwaarden – mogelijk om na de indiening van de offertes alsnog wegingscoëfficiënten vast te stellen voor subcriteria die in essentie beantwoorden aan de criteria die voorafgaand aan de inschrijvers ter kennis werden gebracht.

De omstandigheden van de zaak betroffen een overheidsopdracht van een Europese instelling (het EMSA²⁴) die niet aan de overheidsopdrachtenrichtlijn onderworpen is, doch wel aan gelijkaardige regels. De subcriteria die door het evaluatiecomité waren vastgesteld, kwamen volgens het Hof overeen met de beschrijving van het eerste gunningscriterium 'methodologie' (op 40%). Het bestek verwees onder dit gunningscriterium namelijk naar de technische voorschriften ('tender specificati-

21 ZIE: W. TIMMERMANS en T. BRUYNINCKX, o.c., blz. 348.

22 Zie e-draaiboek overheidsopdrachten van het departement bestuurszaken: www.bestuurszaken.be/e-draaiboek-overheidsopdrachten.

23 HvJ C-252/10, 21 juli 2011, *Evropaïki Dynamiki*.

24 European Maritime Safety Agency.

ations') waarin verschillende elementen werden opgesomd die deel dienden uit te maken van de door de inschrijvers op te stellen 'project implementation structure'. Het evaluatiecomité heeft deze vooraf bekendgemaakte elementen gequoteerd op het vooraf bepaalde gewicht van 40%, waarbij de punten evenredig werden verdeeld over de gehanteerde subcriteria, die vooraf waren bekendgemaakt.

Het Hof besluit dat de aanbestedende overheid over een zekere beoordelingsvrijheid beschikt bij de uitoefening van haar taken. Dienovereenkomstig mag zij, zonder de gunningscriteria die in het bestek waren vooropgesteld te wijzigen, haar eigen werk inzake het onderzoek en de analyse van de ingediende offertes 'structureren'.

16. Het arrest *Evropaiki Dynamiki* wordt evenals *ATI-EAC* vaak ingeroepen om aan de transparantieplichting te ontsnappen. De aanbestedende overheid voert dan aan dat zij geen gebruik heeft gemaakt van (verboden) subgunningscriteria, maar van beoordelingselementen die reeds in de gunningscriteria waren vervat.

Daarbij stelt zich echter de vraag wat de scheidingslijn is tussen het gebruik van (toegelaten) beoordelingselementen en het hanteren van (verboden, want niet aangekondigde) subgunningscriteria.

Als subcriteria moeten worden beschouwd gegevens die dienstig zijn om in het aangeboden een onderscheid te maken en die aldus een maatstaf bij een beoordeling van een gunningscriterium zijn. Om een sub-gunningscriterium te kunnen onderscheiden van de in het kader van de motiveringsplicht vereiste vermelding van gunstige of minder gunstige 'elementen die de beoordeling van een gunningscriterium ondersteunen', moet het gaan om een voorafgaand aan de toetsing bedacht gegeven waarmee de offertes min of meer stelselmatic worden vergeleken of om een enigszins planmatige toetsing.²⁵

17. Het arrest **CKS II**²⁶ handelt over de tweede gunningsbeslissing na een eerder schorsingsarrest op grond van *Lianakis*-motieven.²⁷ De geschorste beslissing werd ingetrokken en er werd opnieuw gegund met dezelfde globale puntentoekenning en dus met hetzelfde resultaat tot gevolg. In het nieuwe gunningsverslag had de aanbestedende overheid de afzonderlijke 'beoordelingselementen' onder het gunningscriterium 'technische waarde' echter niet meer afzonderlijk gequoteerd maar werd een globale score toegekend. De Raad van State aanvaardde deze werkwijze: *'Zelfs indien zou worden aangenomen dat voormelde beoordelingselementen technische kwaliteit, esthetische kwaliteit, functionele waarde en onderhouds- en gebruiksvriendelijkheid, daadwerkelijke subcriteria uitmaken, dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat zij stroken met de toelichting van de gunningscriteria zoals opgenomen in het bestek zodat geen sprake lijkt te zijn van achteraf vastgestelde subcriteria, mede, zo lijkt het, in het licht van het recente arrest van het Hof van Justitie van 21 juli 2011 in*

25 RvS 9 juli 2013, nr. 224.308, NV VANASSCHE FIREFIGHTING ENGINEERING. Hiervoor reeds besproken. RvS 18 februari 2011, nr. 211.381, bvba Architectenbureau Aros; RvS 3 februari 2011, nr. 210.969, Borchers Kreislaufwirtschaft gmbh; RvS 17 januari 2011, nr. 2010.437, nv Hendrickx en co.

26 RvS 14 juni 2012, nr. 219.732, cks.

27 RvS nr. 218.827 van 5 april 2012, cks.

de zaak C-252/10 P inzake Evropaïki Dynamiki, volgens hetwelk nader specificeren van vooraf ter kennis gebrachte gunningscriteria niet absoluut verboden is.'

In het **arrest nv Dzine**²⁸ overweegt de Raad van State dat niet elke specificatie bij of toevoeging met betrekking tot een gunningscriterium in het bestek noodzakelijk als een subgunningscriterium is te beschouwen. Soms gaat het om niet meer dan een toelichting teneinde tegemoet te komen aan de verplichting om de gunningscriteria voldoende duidelijk en precies te omschrijven opdat alle inschrijvers er de juiste draagwijdte van kennen en ze op dezelfde manier interpreteren.²⁹ De verschillende beoordelingselementen in het gunningsverslag werden in die optiek niet beschouwd als subcriteria maar als het toetsen van de beoordelingselementen die vervat waren in het bestek. Van belang was dat aan het gunningscriterium 'technische kwaliteit van het voorgestelde apparaat' een globale score werd toegekend, zodat ook geen sprake was van een achteraf vastgestelde weging. Verder waren de gehanteerde beoordelingselementen terug te vinden in een bij het bestek gevoegde beoordelingsfiche, zodat het voor de inschrijvers voorzienbaar was dat dit gunningscriterium aan de hand van de in het gunningsverslag gehanteerde beoordelingselementen zou worden geëvalueerd.

18. Ook in deze zijn wij van oordeel dat de *Evropaïki Dynamiki* rechtspraak strikt moet worden uitgelegd. Het gelijkheidsbeginsel, en de transparantieverplichting die daaruit volgt, zijn het uitgangspunt. De uitzonderingen daarop moeten beperkend worden ingevuld.

Bij elke discussie zal in concreto moeten worden nagegaan of de inschrijvers zich redelijkerwijs aan een bepaalde manier van beoordeling van de offertes konden verwachten op basis van de informatie waarover zij bij het indienen van hun offerte beschikten.

Opnieuw moet de conclusie dus zijn dat die situatie altijd transparanter en juridisch veiliger is om alle elementen die door de aanbestedende overheid in aanmerking zullen worden genomen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding, vooraf bekend te maken.

B.3. Voor opdrachten onder de Europese drempels geldt een minder strenge transparantieverplichting?

19. Het Hof van Justitie komt in het arrest **Commissie / Ierland** van 18 november 2010³⁰ tot het besluit dat het transparantiebeginsel in gevallen waarin de overheidsopdrachtenrichtlijn³¹ niet van toepassing is, niet zo ver gaat dat het ook in die gevallen de aanbestedende overheid ertoe zou verplichten om voorafgaand de weging van de gunningscriteria bekend te maken.³²

28 RvS 16 januari 2012, nr. 217.242, nv Dzine.

29 Zie ook: RvS 13 augustus 2010, nr. 206.908, bvba Bart Tryhou. In deze zaak meende de verzoeker dat niet alle subcriteria die in het bestek werden vermeld, daadwerkelijk beoordeeld waren.

30 HvJ 18 november 2010, C-226/09, Commissie/ Ierland.

31 De opdracht viel onder het toepassingsgebied van de richtlijn 2004/18/EG, maar gezien het II-B diensten (niet prioritaire diensten) betrof, was zij aan een 'lichter' regime onderworpen.

32 Randnummer 43 van het arrest.

Met deze uitspraak wordt het verschil tussen opdrachten boven en onder de Europese drempels in de verf gezet. Voor opdrachten onder de Europese drempels zou het dus mogelijk zijn om na de opening van de offertes nog een weging voor de gunningscriteria vast te stellen.

Het arrest handelt over een opdracht inzake tolk- en vertaaldiensten gegund door het Ierse ministerie van Justitie. Het bestek vermeldde 7 gunningscriteria echter zonder een specifieke weging. Na de opening van de offertes werd een bepaalde weging van de 7 gunningscriteria vastgesteld, die nadien nog werd gewijzigd.

De weging achteraf van de 7 gunningscriteria werd door het Hof niet onregelmatig bevonden. De wijziging van deze weging door het aanbestedingscomité, na een eerste vaststelling ervan en nadat men van de offertes kennis had genomen, gaf echter wel aanleiding tot een schending van het gelijkheidsbeginsel. De aanbestedende overheid heeft immers de verplichting om de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uit te leggen.³³

20. In recente rechtspraak verwijst de Raad regelmatig naar voornoemd arrest om te besluiten dat er onder de Europese drempels alleszins geen verplichting is om de beoordelingsmethodiek transparant te stellen: *'In die zaak die over de weging gaat en niet over de beoordelingsmethode, erkende het Hof van Justitie (randnummer 43 van het arrest) integendeel uitdrukkelijk dat het transparantiebeginsel, in gevallen waar de richtlijn (in casu 2004/18/EG) niet van toepassing is, niet zo ver gaat dat het ook in die gevallen de aanbestedende overheid ertoe zou verplichten om voorafgaand de weging van de gunningscriteria bekend te maken. A fortiori moet een aanbestedende overheid dan ook de beoordelingsmethodiek niet op basis van het transparantiebeginsel vooraf bekendmaken.'*³⁴

21. Bij opdrachten onder de Europese drempels lijkt het transparantiebeginsel dus beperkter te moeten worden uitgelegd.

Dit neemt niet weg dat het de aanbestedende overheid uiteraard toegelaten is om de regels voor opdrachten boven de Europese drempels toe te passen.

III. Vermelding van de beoordelingsmethodiek in het bestek

A. De beoordelingsmethodiek niet verplicht in het bestek?

22. De beoordelingsmethodiek mag achteraf worden vastgesteld?

De beoordelingsmethodiek wordt onderscheiden van de gunnings- en subgunningscriteria en hun weging. De beoordelingsmethodiek is de manier waarop de aanbestedende overheid bij de evaluatie van de offertes de gunningscriteria

33 Het hof verwijst naar HvJ C-448/01, 4 december 2003, EVN en Wienstrom, overweging 92 en 93.

34 RvS 14 januari 20114, nr. 226.031, nv Intrum.

analyseert en waardeert ten einde tot scores en rangschikkingen volgens die scores te komen.³⁵

Deze beoordelingsmethodiek is niet vrijblijvend. Ze kan immers bepalend zijn voor de uitkomst van de evaluatie aan de hand van het betrokken gunningscriterium. Lees, kennis van de beoordelingsmethodiek is belangrijk voor de inschrijvers om in te schatten hoe zij het beste kwalitatief aanbod kunnen doen.

Tot op heden werd door de Raad van State echter aangenomen dat er geen wettelijke verplichting bestaat om de beoordelingsmethodiek vooraf bekend te maken in het bestek. Het behoort tot de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid om de best geschikte beoordelingsmethode van de gunningscriteria te kiezen.³⁶

In haar arrest *gerechtshoofdkantoor Vergauwen en Avontrood* van 23 januari 2014 benadrukt de Raad van State dat het door de verzoekende partij ingeroepen arrest *Lianakis* niet de beoordelingsmethodiek betreft, zodat uit deze Europese rechtspraak geen verplichting tot het transparant stellen van de beoordelingsmethode kan worden afgeleid.³⁷ Het is van belang te onderstrepen dat de betwisting over een opdracht onder de Europese drempels ging. De Raad verwees daarom ook naar het arrest *Commissie t./ Ierland*³⁸, dat hiervoor reeds ter sprake kwam.

Ook in het arrest *Nelson Office Management* van 8 maart 2012³⁹ – dat eveneens een opdracht onder de Europese drempels betrof – wijst de Raad van State er op dat er in de huidige stand van het Belgisch recht geen verplichting is om de beoordelingsmethodiek vooraf bekend te maken. *Naar Belgisch recht moet bij gebreke van een formeel voorschrift daaromtrent, niet in het algemeen en jurisprudentieel elk ontbreken van bekendmaking van de beoordelingsmethodiek meteen als een schending van het gelijkheidsbeginsel worden beschouwd. Indien de Raad van State dit zou aannemen, zou hij zich in de plaats stellen van de bevoegde regelgever. Aan de andere kant mag de Raad van State wel nagaan of in een bepaald geval dat gebrek aan bekendmaking een ongeoorloofde ongelijke behandeling van de inschrijvers tot gevolg heeft.*

Conclusie: er bestaat geen verplichting tot bekendmaking in het bestek van de beoordelingsmethodiek. Echter laat de Raad van State in de laatste overweging van voormeld citaat wel een opening. In bepaalde gevallen kan een gebrek aan bekendmaking van de beoordelingsmethodiek wel tot een ongelijke behandeling leiden. Dit zou het geval kunnen zijn indien een uitzonderlijke beoordelingsmethode wordt gebruikt, waaraan de inschrijvers zich niet konden ver-

35 RvS 29 juli 2014, nr. 228.133, bvba Buccinum.

36 RvS 1 juli 2014, nr. 227.947, autonoom provinciebedrijf provinciaal instituut voor hygiëne; RvS 14 januari 2014, nr. 226.031, nv Intrum; RvS 16 mei 2013, nr. 223.487, nv F. Scheerlinck & c°; RvS nr. 221.953, 8 januari 2013, vzw de kindervriend; RvS 23 december 2011, nr. 217.012, Schoonmaak.

37 RvS 23 januari 2014, nr. 226.180, bvba gerechtshoofdkantoor Vergauwen en Avontrood.

38 HvJ 18 november 2010, C-226/09, Commissie/ Ierland.

39 RvS 8 maart 2012, nr. 218.351, Nelson Office Management.

wachten, of wanneer de beoordelingsmethode geen evenredige beoordeling mogelijk maakt.

23. De keuze van de beoordelingsmethodiek is echter niet geheel vrij.

Dat de beoordelingsmethodiek achteraf kan worden vastgesteld, betekent niet dat de aanbestedende overheid volledig vrij is. Zij is vooreerst gebonden door haar eigen regels, dus door wat in het bestek is bepaald, en vervolgens door de beginselen van behoorlijk bestuur.

De Raad van State kan de wettigheid van de gekozen beoordelingsmethode toetsen door na te gaan of deze de gelijke beoordeling van de offertes eventueel zou uitsluiten en dus het bepalen van de meest voordelige offerte onmogelijk zou maken. Zo moet een beoordelingsmethode op afdoende wijze rekening houden met de verschillen tussen de offertes wat de diverse gunningscriteria betreft. Daarnaast mag de toegepaste beoordelingsmethodiek de in het bestek aangekondigde weging van de verschillende gunningscriteria en subgunningscriteria en dus de verhouding hiertussen niet wijzigen.⁴⁰

Met toepassing van deze regels, bekritiseerde de Raad de methode van de lineaire puntentoekenning, gezien deze onvoldoende de verschillen tussen de offertes reflecteerde.⁴¹

B. Het arrest TNS Dimarso: de beoordelingsmethodiek wel verplicht in het bestek?

24. Het recent Raad van State-arrest *TNS Dimarso* van 6 januari 2015⁴² mag een mijlpaal worden genoemd in de discussie of de beoordelingsmethodiek vooraf in het bestek moet worden vermeld. Het betreft een vernietigingsprocedure, nadat de Raad van State de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid had afgewezen.⁴³

De verzoekende partij voerde aan dat de transparantieverplichting was geschonden, nu de beoordeling van het gunningscriterium kwaliteit (op 50 punten) door middel van een ordinale schaal 'laag – matig – hoog', niet was vermeld in het bestek. Door het gebruik van de ordinale schaal werd in wezen ook het gewicht van de gunningscriteria gewijzigd, aldus verzoekende partij. Dit onderdeel werd door de Raad van State niet gevolgd.

Verzoekende partij ging vervolgens in een tweede (ondergeschikt) onderdeel rechtstreeks in tegen de gevestigde rechtspraak van de Raad van State dat de beoordelingsmethodiek niet bekend moet worden gemaakt, stellende dat dit standpunt niet langer verenigbaar is met de rechtspraak van het Hof van Justitie. Zij wees er op dat het arrest *Lianakis* waar het de term 'subcriteria' hanteert, in wezen handelt over 'afwegingsregels', te weten de beoordelingsmethodiek.

40 RvS 1 juli 2014, nr. 227.947, APB provinciaal instituut voor hygiëne.

41 RvS 11 augustus 2009, nr. 195.529, Architectengroep Luk Segers.

42 RvS 6 januari 2015, nr. 229.723, TNS Dimarso.

43 RvS 29 mei 2012, nr. 219.515, TNS Dimarso.

Dit standpunt werd door de Raad van State gevolgd in de zin dat er in de huidige stand van de Europese rechtspraak nog ruimte is voor discussie aangaande de draagwijdte van de transparantieplichting. Het arrest *Lianakis*, het arrest *ATI-EAC*, noch het arrest *Evropaiki Dynamiki* beantwoordt de concrete vraag of de aanbestedende overheid gehouden is om ook de beoordelingsmethodiek vooraf vast te stellen in het bestek.

25. Waar het Hof in het arrest *Lianakis* spreekt van subcriteria, lijkt dit – in het licht van de feiten die voorlagen⁴⁴ – inderdaad te gaan over de beoordelingsmethodiek. Er werden door het aanbestedingscomité namelijk geen subcriteria gehanteerd. Wel maakte het aanbestedingscomité toepassing van een eerder bijzondere ordinale schaal voor de beoordeling van de 3 kwalitatieve gunningscriteria. Onder overweging 38 maakt het Hof dan ook melding van ‘afwegingsregels’:

‘Derhalve kan een aanbestedende dienst geen afwegingsregels of subcriteria voor de gunningscriteria toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht.’⁴⁵

De omstandigheden van het arrest *ATI-EAC* betroffen de weging achteraf van vooraf vermelde subgunningscriteria. De feiten in de zaak *Evropaiki Dynamiki* waren vergelijkbaar met *ATI-EAC*. Het ging opnieuw over de weging van subgunningscriteria die vooraf werden vermeld in het bestek.

Zodoende oordeelt de Raad het aangewezen om het Hof van Justitie de vraag voor te leggen of er op grond van artikel 53, lid 2 Richtlijn 2004/18/EG, al dan niet samengenomen met de beginselen van gelijkheid en transparantie, een algemene rechtsplicht bestaat in hoofde van de aanbestedende overheid om bij een offerteaanvraag de beoordelingsmethodiek, ongeacht het voorzienbaar karakter, de gangbaarheid of de draagwijdte van deze afwegingsregels, steeds vooraf vast te stellen en transparant te stellen in het bestek. Bijkomend wordt het Hof gevraagd om aan te geven of, voor zover er geen dergelijke algemene verplichting bestaat, er gevallen zijn waarin een voorafgaande bekendmaking alsnog verplicht is, mede gelet op het gebrek aan voorzienbaar karakter of aan gangbaarheid van de gebruikte beoordelingsmethodiek.

26. Hoewel de Raad zich nog niet uitspreekt over de verplichting om de beoordelingsmethodiek te vermelden in het bestek, zet ze de deur wel op een kier. De Raad erkent immers dat uit de arresten *Lianakis* en *Evropaiki Dynamiki* niet kan worden afgeleid dat zulke verplichting niet zou bestaan.

IV. Conclusie

27. Uit het arrest *TNS Dimarso* moet nu reeds (voor het antwoord van het Hof van Justitie op de gestelde prejudiciële vraag) de conclusie worden getrokken dat het juridisch altijd veiliger is om alle elementen die bij de beoordeling van

44 Zie hiervoor.

45 Het Hof verwijst bij deze overweging naar HvJ C-470/99, 12 december 2002, *Universale-Bau*.

de offertes een rol zullen spelen, vooraf te vermelden in het bestek. Dat betekent:

- gunningscriteria + hun weging
- de subgunningscriteria + hun weging
- de beoordelingsmethodiek.

De grijze zones aangaande de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid die hiervoor werden geschetst, zijn geen leidraad voor het opstellen van het bestek, maar enkel een ontsnappingsroute/ mogelijk verweer van de aanbestedende overheid wanneer een inschrijver al dan niet terecht van oordeel is dat zijn offerte onredelijk werd beoordeeld.

Los van de vraag naar de marge waarover de aanbestedende overheid beschikt bij de beoordeling van de offertes, heeft de aanbestedende overheid er alle belang bij om duidelijk aan te geven wat zij wenst.

Niet alleen is transparantie juridisch 'veiliger', het zal ook leiden tot een betere prijs/ kwaliteit verhouding, nu de inschrijvers hun middelen efficiënter, want preciezer kunnen inzetten om aan de wensen van de aanbestedende overheid te voldoen.⁴⁶

Dit streven naar de beste prijs/ kwaliteit verhouding zou overigens ook de reden moeten zijn waarvoor de aanbestedende overheid van de procedure van de offerteaanvraag gebruikt maakt. De keuze tussen een aanbesteding en een offerteaanvraag houdt immers verband met de inhoudelijke eigenschappen van de opdracht en de wens om de kwaliteitsaspecten van de opdracht in mededinging te stellen.⁴⁷

De aanbestedende overheid zou zich bij de keuze van de procedure van offerteaanvraag dan ook meteen de vraag moeten stellen op welke wijze zij de beste kwaliteit wenst te bekomen. Het antwoord op die vraag zou dan vertaald moeten worden in duidelijke, gewogen gunningscriteria met concrete toelichting van de wijze waarop deze criteria zullen worden beoordeeld.

28. Een offerteaanvraag kan worden vergeleken met een wedstrijd, die maar kan functioneren als ze eerlijk verloopt en als alle deelnemers op gelijke voet vertrekken.

'Eerlijk' vertaald naar de offerteaanvraag, betekent de vaststelling van objectieve, begrijpelijke en redelijke gunningscriteria. 'Vertrekken op gelijke' voet betekent dat alle inschrijvers moeten beschikken over dezelfde informatie, wat wordt bereikt met transparantie over de procedure.

46 T. BRUYNINCKX, 'Voorafgaande bekendmaking van subgunningscriteria, hun wegingscoëfficiënten en de beoordelingsmethodiek – Economisch-intuïtieve beschouwingen', *Jaarboek overheidsopdrachten* 2012-2013, Brussel, EBP, blz. 394-407.

47 Zie e-draaiboek overheidsopdrachten van het departement bestuurszaken: www.bestuurszaken.be/e-draaiboek-overheidsopdrachten.

Advocaat-generaal D. RUIZ-JARABO COLOMER bij het Hof van Justitie verwoordt het als volgt.⁴⁸ Een offerteaanvraag vereist *'dat voor degenen die een overheidsopdracht willen krijgen, gelijke voorwaarden gelden, zonder ook maar de geringste discriminatie. Daarom is een systeem noodzakelijk dat in alle opzichten, zowel materieel als formeel, gekenmerkt wordt door objectiviteit. Dit betekent in de eerste plaats de vaststelling van objectieve criteria voor deelneming aan de inschrijvingen en gunning van de opdrachten, en in de tweede plaats de invoering van transparante procedures, waarin openbaarheid de regel moet zijn.'*

Naast het hanteren van objectieve gunningscriteria, is het dus ook transparantie over deze gunningscriteria vereist. De advocaat-generaal gaat op dit laatste aspect – dat in de gestelde prejudiciële vraag aan de orde was⁴⁹ – verder in: *'Het beginsel van gelijke behandeling verlangt dat degenen die voor een dergelijke opdracht in aanmerking komen, tevoren weten wat zij daarvoor moeten doen, zodat de aanbestedende dienst in het kader van de beoordelingsmarge die inherent is aan de technische discretionaire bevoegdheid, slechts de criteria hoeft toe te passen die'* in het bestek zijn bepaald.

29. Tot slot nog even over de meest geschikte beoordelingsmethode.

Dit hangt vooreerst samen met de kwantificeerbaarheid van het gunningscriterium.

Bij **kwantitatieve criteria** als prijs en uitvoeringstermijn is **de regel van drie** (of de evenredigheidsregel) veruit de meest geschikte methode. Deze regel houdt immers rekening met de relatieve verschillen tussen bvb. de aangeboden prijzen. Hoe kleiner het prijsverschil, hoe kleiner ook het puntenverschil. De regel van drie ziet er bij een weging op 60% als volgt uit: punten offerte x = 60 * prijs laagste offerte / prijs offerte x. De puntentoekenning op kwantitatieve criteria moet dan ook niet nader gemotiveerd worden.⁵⁰

Bij **kwalitatieve gunningscriteria** is het van belang dat de beoordelingsmethodiek evenredig is, waarbij de verschillen (in kwaliteit) tussen de offertes worden weerspiegeld in de punten. In verschillende arresten – zo ook het schorsingsarrest *Dimarso*⁵¹ (zie hiervoor) – was er discussie over de toepassing van een lineaire methode die de verschillen tussen de offertes uitvlakt.

Wij zijn voorstander van de **ordinale 5-puntenschaal**⁵², die wordt omgezet naar de weging van het betreffende gunningscriteria, zodat het relatieve gewicht van het gunningscriterium goed tot uiting komt. Een voorbeeld van deze schaal ziet er als volgt uit: 1/5 = slecht, 2/5 = onvoldoende, 3/5 = voldoende, 4/5

48 Conclusie advocaat-generaal bij het arrest C-331/04 van 24 november 2005, ATI-EAC.

49 Het bestek vermeldde alle gunnings én subgunningscriteria maar na de indiening van de enveloppen – doch voor de opening ervan! – had de aanbestedende overheid de weging van de subgunningscriteria vastgesteld.

50 RvS 12 november 2013, nr. 225.430, bvba Micconsult; RvS 16 mei 2013, nr. 223.487, nv F. Scheerlinck & co.

51 RvS 29 mei 2012, nr. 219.515, TNS Dimarso.

52 Vergelijkbaar, maar niet geheel hetzelfde als de ARGUS-methode. ARGUS staat voor Achieving Respect for Grades bij Using ordinal Scales only. Zie o.a. RvS 3 februari 2011, nr. 210.970.

= goed, en 5/5 = zeer goed. Men geeft elke offerte dus een score op 5, die dan wordt omgezet naar de weging van het gunningscriterium. Stel de weging is 30%, dan geeft een score van 3/5 een punt van 18% ($3/5 * 30\% = 18\%$). Deze puntentoekenning moet uiteraard ook woordelijk gemotiveerd worden. Indien deze methode uitdrukkelijk wordt vooropgesteld in het bestek, zal er weinig of geen aanleiding tot discussie zijn.

