

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 198.917 van 15 december 2009
in de zaak A.194.749/XII-6044**

In zake: de NV EUROBUSSING VLAANDEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrik De Maeyer
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

BELGOCONTROL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Cies Gysen en Gitte Laenen
kantoor houdend te Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

de NV OPEN TOURS - LES VOYAGES BELGES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dominique Lagasse en Dominique Blommaert
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 27 november 2009, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de gemotiveerde beslissing van Belgocontrol van 13 november 2009 betreffende de gunning van de overheidsopdracht inzake het afsluiten van een contract voor de levering van shuttlediensten (bijzonder bestek nr. A/L/A/C/C2/OA 1682), die wordt toegewezen aan de firma Open Tours”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 3 december 2009 heeft de nv Open tours - Les Voyages Belges (Open tours) gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 december 2009, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Patrick De Maeyer, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Gitte Laenen, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Dominique Blommaert, die verschijnt voor de tussenkomende 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. Belgocontrol schrijft een overheidsopdracht uit voor het verstrekken van pendeldiensten aan haar personeel. Het betreft een onderhandelings-procedure met bekendmaking. Het doel van deze opdracht is om, gedurende een periode van 36 maanden, het vervoer te verzekeren van het personeel van Belgocontrol van en naar de stations van Brussel-Nationaal Luchthaven en Vilvoorde en de site van Belgocontrol te Steenokkerzeel, volgens een vooraf bepaald uurrooster op grond van de treindienstregelingen opgelegd door de NMBS en te herzien naar aanleiding van veranderingen in de treindienstregelingen opgelegd door de NMBS.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 4 augustus 2009 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 7 augustus 2009.

3.3. Zeven ondernemingen stellen zich kandidaat.

3.4. Bij brief van 17 september 2009 worden alle kandidaten uitgenodigd om een offerte in te dienen. Tevens wordt hun een kopie meegedeeld van het bijzonder bestek.

3.5. De gunningscriteria worden in het bestek als volgt omschreven:

“Artikel 103 Keuze van de dienstverlener

Belgocontrol kiest de offerte die zij de voordeligste acht, rekening houdend met de hierna vermelde criteria, in zoverre de geldig ingediende offerte voldoet aan de vereisten vermeld in het in bijlage 1 gevoegde model van inschrijving.

- Prijs: 80 %
- Leverbare service: 20 %

Toelichtingen

Prijs:

Aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend, wordt 80 % toegewezen. Het aantal punten dat aan de overige inschrijvers wordt toegekend, wordt als volgt berekend:
(Laagste prijs/ prijs betrokken inschrijver) X 80

De prijs bestaat uit twee subcriteria:

- de globale prijs die voor 95 % zal tellen;
- de forfaitaire prijs, die voor 5 % zal tellen.

Het geheel zal worden teruggebracht op 80 %.

Leverbare service

De leverbare service wordt gedefinieerd als de mate waarin de inschrijver bijkomende en door de aanbestedende overheid als relevant aanvaarde diensten aanbiedt. Bij de offerte dient, indien van toepassing, een beknopt verslag (van maximum 1 bladzijde) te worden gevoegd waarbij de inschrijver aantoont hoe hij de invulling van de leverbare service concreet zal uitwerken en maximaliseren voor deze opdracht.

Belgocontrol behoudt zich het recht voor om te onderhandelen met één of met meerdere kandidaten en om de opdracht niet toe te wijzen, conform art. 18 van de wet van 24 december 1993”.

3.6. Vier kandidaten dienen vervolgens een offerte in, waaronder de verzoekende partij en de tussenkomen de partij.

3.7. Bij brief van 28 oktober 2009 biedt Belgocontrol alle inschrijvers de mogelijkheid om nog een “Best and Final Offer” (BAFO) in te dienen. Uit dit schrijven blijkt dat het de bedoeling is om op die manier meer duidelijkheid te krijgen inzake specifieke elementen al dan niet opgenomen in de offertes en om de inschrijvers de kans te bieden om hun offerte te optimaliseren. Voor elke inschrijver wordt als bijlage bij dit schrijven een overzicht gevoegd van de vragen en aandachtspunten waarmee de betrokken inschrijver dient rekening te houden bij het indienen van een eventuele BAFO. Tevens wordt aangekondigd dat indien geen BAFO wordt ingediend, het de oorspronkelijke offerte is die zal worden beoordeeld.

Ten aanzien van de offerte van de verzoekende partij worden de volgende aandachtspunten vermeld:

“Zijn bijkomende inspanningen op niveau van de prijzen mogelijk?

Hoelang op voorhand dient Belgocontrol bijkomende prestaties aan te vragen om deze tijdig te laten uitvoeren ? (= reactietijd)”.

Ten aanzien van de offerte van de tussenkomen de partij wordt enkel gevraagd of bijkomende inspanningen op het niveau van de prijzen mogelijk zijn.

3.8. Vervolgens dienen alle vier de inschrijvers op 30 oktober 2009 een BAFO-offerte in.

3.9. Op 13 november 2009 beslist Belgocontrol om de opdracht toe te wijzen aan de tussenkomen de partij.

3.10. Met brief en e-mail van 13 november 2009 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd “weerhouden” en wordt een wachtermijn aangekondigd van 15 dagen overeenkomstig artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. De als bijlage bij dit schrijven gevoegde gemotiveerde beslissing is uitsluitend in het Frans opgesteld.

3.11. Bij brief en e-mail van 30 november 2009 wordt aan de verzoekende partij alsnog een Nederlandstalige versie van de bestreden beslissing toegezonden en wordt haar een nieuwe wachttermijn van 15 dagen toegekend.

IV. Tussenkomen

4. Met een op 3 december 2009 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de nv Open tours - Les Voyages Belges om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

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

VI. Beoordeling van de eerste schorsingsvoorwaarde

6. Wat de vereiste uiterst dringende noodzakelijkheid betreft dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij de huidige procedure heeft ingesteld binnen de wachtperiode van 15 dagen zoals bepaald in artikel 41sexies, § 2, derde lid, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. Wegens de overeenkomstig het voormelde artikel 41sexies, § 2, derde lid, verplicht gestelde procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, wordt te dezen aanvaard dat de verzoekende partij een beroep deed op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

VII. Beoordeling van de tweede schorsingsvoorwaarde

7. Inzake het vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel beroept de verzoekende partij zich op de mogelijkheid om de in het geding zijnde opdracht te kunnen uitvoeren, die zij door de gevraagde schorsing wil vrijwaren. Zij wijst ook op het verlies aan referentiewaarde, de zeer aanzienlijke financiële waarde van de opdracht en op de relatief lange periode (2009-2012) waarop de opdracht betrekking heeft.

8. De verwerende partij en de tussenkomende partij betwisten dat aan deze vereiste zou zijn voldaan. In essentie betogen zij dat het louter verlies van een opdracht zonder dat bijzondere omstandigheden worden aangetoond, niet kan worden aanvaard.

9. Dat verweer wordt niet bijgevalen. Door de betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing zou tussen verwerende en tussenkomende partij een overeenkomst tot stand komen. Het bestaan van die overeenkomst zou de betrachting van verzoekende partij om zelf de opdracht uit te voeren, ernstig bemoeilijken en zou een mogelijk herstel in natura verder af brengen. Nu de opdracht was onderworpen aan bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie, dient hij te worden beschouwd als een opdracht met aanzienlijke waarde en aldus in elk geval als een belangrijke referentie, die de verzoekende partij dreigt te missen.

Er moet dienvolgens worden aanvaard dat de verzoekende partij door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden toewijzingsbeslissing het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan.

VIII. Beoordeling van de derde schorsingsvoorwaarde

Uiteenzetting van het middel

10. Wat de derde van de in het voornoemde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft, leidt de verzoekende partij een *eerste middel* af uit de schending van “artikel 110bis van het K.B. van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie en van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, het

vertrouwensbeginsel, de kennelijke beoordelingsvergissing, zowel in rechte als in feite, en uit machtoverschrijding”.

De verzoekende partij wijst erop dat overeenkomstig de voormelde bepalingen en de rechtspraak van het Hof van Justitie wat betreft opdrachten die zoals de in het geding zijn de opdracht, het Europese drempelbedrag te boven gaan, het bestek al de gunningscriteria dient te vermelden en tevens de weging van elk gunningscriterium dient te specificeren.

Uit de gemotiveerde beslissing blijkt echter dat er binnen het hoofdcriterium “leverbare service” toepassing wordt gemaakt van een aantal subcriteria die niet werden vermeld in het bestek, en *a fortiori* zonder dat er een verschillende weging van die subcriteria werd aangegeven in het bestek. Volgens de verzoekende partij bevat de toewijzingsbeslissing aldus informatie die niet gekend was bij de inschrijvers. Indien zij deze beoordelingselementen bij de voorbereiding van haar offerte had gekend, had zij hiermee rekening kunnen houden wat volgens haar tot een hogere puntentoebedeling zou hebben geleid.

Belang bij het middel

11. De verwerende partij en de tussenkomende partij werpen in de eerste plaats op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij dit middel, omdat dit middel niet tot een andere rangschikking van de offertes zou kunnen leiden. De punten voor het eerste gunningscriterium worden door de verzoekende partij niet betwist en wat betreft het tweede gunningscriterium zou met duidelijkheid vast staan dat de elementen die door de verzoekende partij werden aangevoerd in haar BAFO minder gunstig zijn dan de elementen die door de tussenkomende partij werden aangevoerd.

Uit het gunningsverslag blijkt dat het puntenverschil tussen de offerte van de verzoekende partij en deze van de tussenkomende partij wat betreft het eerste gunningscriterium slechts 1,92 punten / 100 punten in het voordeel van de tussenkomende partij bedraagt, terwijl de kritiek van de verzoekende partij in het kader van dit middel ertoe strekt de beoordeling van het tweede gunningscriterium, dat in totaal op 20 van de 100 punten staat, teniet te doen. De “cijfermatige logica” die de verwerende partij in haar exceptie hanteert lijkt voorbarig, nu zij daarbij

zonder meer vertrekt van de BAFO-offertes van de verzoekende partij en de tussenkommende partij, wat in het licht van het middel niet vanzelfsprekend lijkt.

Het is bovendien niet aan de Raad van State om voor de beoordeling van het belang van de verzoekende partij vooruit te lopen op de gevolgen die de verwerende partij aan een eventuele schorsing van de bestreden beslissing op grond van dit middel zal verbinden.

Aldus lijkt belang bij het middel niet aan de verzoekende partij te moeten worden ontzegd en wordt de exceptie in de huidige stand van de procedure niet aanvaard.

Beoordeling van het middel

12. Het geschonden geachte artikel 110bis van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, bepaalt:

“Wanneer in geval van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking [...]het bedrag voor de Europese bekendmaking wordt bereikt en er wordt gegund aan de inschrijver die de regelmatige offerte heeft ingediend die de economisch voordeligste is vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, specificeert de aanbestedende overheid de weging van elk gunningscriterium. Deze weging kan eventueel worden uitgedrukt binnen een vork met een passend verschil tussen een minimum en een maximum. Indien een dergelijke weging om aantoonbare redenen niet mogelijk is, worden de criteria vermeld in dalende volgorde van belangrijkheid”.

13. Het Hof van Justitie overwoog in het arrest Emm. G. Lianakis e.a. (C-532/06 van 24 januari 2008) in de eerste plaats, onder verwijzing naar de artikelen 3, tweede lid, en 36, tweede lid, van de richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, en de beginselen van de gelijke behandeling van de marktdeelnemers en van de transparantieplichting die er uit voortvloeit, 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.

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

Op het eerste gezicht lijkt niets eraan in de weg te staan deze rechtspraak evenzeer dienstig te achten voor de interpretatie van regelgeving betreffende opdrachten zoals de in het geding zijnde opdracht, in de nutssectoren, zoals te dezen artikel 110bis van het voornoemde koninklijk besluit van 10 januari 1996.

14. In het kader van de voorliggende zaak rijst aldus in de eerste plaats de vraag of te dezen bij de evaluatie van de offertes aan de hand van het tweede gunningscriterium bijkomende gunningscriteria zijn gebruikt of niet.

Overeenkomstig de voormelde rechtspraak van het Hof van Justitie zijn alle elementen die door de aanbestedende overheid in aanmerking worden genomen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding, als dergelijke criteria te beschouwen.

Het Groot woordenboek van de Nederlandse taal Van Dale van zijn kant omschrijft het begrip “criterium” onder meer als een “maatstaf bij een beoordeling”.

15. Te dezen vermeldt het bestek slechts twee gunningscriteria evenals de weging ervan, namelijk “Prijs: 80 % en Leverbare service: 20 %”. Wat betreft het gunningscriterium prijs vermeldt het bestek bovendien twee subgunningscriteria waaraan ook telkens een weging wordt toegekend.

Inzake het tweede gunningscriterium vermeldt het bestek enkel het volgende:

“Leverbare service

De leverbare service wordt gedefinieerd als de mate waarin de inschrijver bijkomende en door de aanbestedende overheid als relevant aanvaarde diensten aanbiedt. Bij de offerte dient, indien van toepassing, een beknopt verslag (van maximum 1 bladzijde) te worden gevoegd waarbij de inschrijver aantoont hoe hij de invulling van de leverbare service concreet zal uitwerken en maximaliseren voor deze opdracht”.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt voorts nergens dat de aanbestedende overheid in het kader van de onderhandelingsprocedure - daargelaten de vraag of dit toelaatbaar zou zijn - het bestek op het punt van de gunningscriteria nog zou hebben gewijzigd en dit op gepaste wijze zou hebben meegedeeld aan de inschrijvers vóór het indienen van de BAFO's. In de voormelde brieven van 28 oktober 2009 aan de inschrijvers wordt immers slechts een overzicht gevoegd van hetgeen “vragen/aandachtspunten” wordt genoemd waarmee de betrokken inschrijver dient rekening te houden bij het indienen van een eventuele BAFO. Deze vragen en aandachtspunten zijn bovendien verschillend voor de diverse inschrijvers.

16. In het gunningsverslag wordt bij de beoordeling van de offertes aan de hand van het tweede gunningscriterium de voormelde paragraaf uit het bestek inzake de “leverbare service” hernomen en wordt vervolgens opgemerkt:

“De hierna beschreven elementen werden voor de evaluatie van dit tweede criterium in overweging genomen;
- reactietijd na verzoek voor aanvullende diensten
- toegankelijkheid van de voertuigen, automatische deur
- bijkomende trajecten
- prijsindexatie”.

Vervolgens wordt een tabel opgenomen waarin de offertes van de vier inschrijvers worden vergeleken aan de hand van voormelde elementen en wordt een globale score toegekend voor de leverbare service. Er wordt geen afzonderlijke score toegekend voor de vier elementen.

17. 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.

18. 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. De verwerende partij erkent nochtans in haar nota dat zij op grond van de eerste offertes vanwege de inschrijvers vier volgens haar relevant geachte diensten heeft gedistilleerd zodat zij minstens op dat ogenblik in staat lijkt te zijn geweest om deze subcriteria op gelijke wijze mee te delen aan alle inschrijvers.

De conclusie lijkt aldus te moeten luiden dat het gehanteerde beoordelingssysteem, gebruik makend van achteraf vastgestelde criteria, waarbij noch de subcriteria, noch de weging ervan voorafgaand aan de inschrijvers werd meegedeeld, niet verenigbaar is met artikel 110bis van het voornoemde koninklijk besluit van 10 januari 1996, richtlijnconform geïnterpreteerd, noch met het zorgvuldigheidsbeginsel, zodat het middel in zoverre ernstig is.

De verwerende partij lijkt zich daarbij niet dienstig te kunnen beroepen op de rechtspraak van het Hof van Justitie, volgens dewelke in bepaalde gevallen de weging van criteria nog mag worden bepaald na indiening van de offertes, nu te dezen het reeds de subcriteria zelf zijn die pas zijn vastgesteld na die indiening.

Gelet op hetgeen voorafgaat kan de argumentatie van de verwerende partij als zou “het normdoel van de verplichte voorafgaande bekendmaking van de subgunningscriteria” te dezen zijn bereikt, op het eerste gezicht niet worden gevolgd.

Het eerste middel is ernstig.

19. Uit wat voorafgaat volgt dat is voldaan aan de cumulatieve voorwaarden gesteld in het voormelde artikel 17, §§1 en 2, van de gecoördineerde

wetten op de Raad van State, die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Open tours - Les Voyages Belges (Open tours) tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van Belgocontrol van 13 november 2009 om de overheidsopdracht voor het verstrekken van pendeldiensten aan haar personeel toe te wijzen aan de nv Open tours - Les Voyages Belges (Open tours).

3. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 december 2009, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
met bijstand van	
Silja Doms,	griffier

De griffier,

De voorzitter,

Silja Doms

Dierk Verbiest