

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 208.513 van 28 oktober 2010
in de zaak A. 197.749/XII-6350**

In zake: de NV SPATIAL INTELLIGENCE GENUINE &
GENERIC IT SOLUTIONS (SIGGIS)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Binnenlandse Zaken
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Luypaers en Hans-Kristof Carême
kantoor houdend te Heverlee
Industrieweg 4, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 21 september 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Minister van Binnenlandse Zaken van 7 september 2010 tot het gunnen van de overheidsopdracht voor aanneming van diensten betreffende de ontwikkeling van een softwaretool voor risico-analyse overeenkomstig het bestek nr. IBZ/ADZV/TF/003 na het hebben doorlopen van een onderhandelings-procedure zonder voorafgaande bekendmaking aan het adviesbureau Van Dijke BV”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 oktober 2010, om 10.00 uur, datum waarop de zaak is uitgesteld tot de terechtzitting van 14 oktober 2010.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Hans-Kristof Carême, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Verwerende partij schrijft via de Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken, Cel Hervorming van de Civiele Veiligheid, een algemene offerteaanvraag uit genaamd “zonale softwaretool voor risico-analyse (D1)”.

Verwerende partij beslist om deze opdracht niet toe te wijzen aangezien geen van de ingediende offertes regelmatig was.

3.2. Vervolgens wordt, blijkbaar op grond van artikel 17, § 2, d), van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, overgegaan tot een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

Het bestek nr. IBZ/ADCV/TF/003 “Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking voor zonale softwaretool voor risico-analyse (D1) voor rekening van de Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken, Cel Hervorming van de Civiele Veiligheid” is thans van toepassing en vermeldt onder “1. Voorwerp en aard van de opdracht” dat gekozen wordt voor deze onderhandelingsprocedure zonder voorgaande bekendmaking nu “die volgt op een procedure algemene offerteaanvraag die tot een niet-gunning heeft geleid wegens het ontbreken van conforme offertes”.

De gunningscriteria worden in artikel 11.3 als volgt vastgesteld:

“11.3. Gunningscriteria

De relatieve orde van belangrijkheid van de twee onderdelen van de offerte zijn de volgende: (waarbij AAA= extreem belangrijk; AA= belangrijk; A= matig belangrijk)

- Softwaretool: (AAA) met als subcriteria kostprijs (AA) en kwaliteit (AA)

De kwaliteit zal beoordeeld worden aan de hand van de criteria gebruiksvriendelijkheid, rekensnelheid en visualisatie zoals nader gespecificeerd in de evaluatiematrix. De beoordelingsschaal voor deze (gelijkwaardige) subcriteria is de volgende: eerder slecht (-), voldoende (+), goed (++) en zeer goed (+++)

Deze beoordeling gebeurt a.d.h.v. de beschrijving door de inschrijver van zijn softwaretool en de concrete toetsing van deze beschrijving d.m.v. een test op basis van de ter beschikking gestelde dataset (cfr. toegevoegde CD-rom).

De softwaretool moet alle technische vereisten en functionaliteiten bevatten die vermeld worden in de evaluatiematrix (cfr. sub 6 / evaluatiematrix). De meeste vereisten/functionaliteiten (cfr. vermelding in de evaluatiematrix ‘bij evaluatie offerte’) moeten reeds operationeel zijn op het ogenblik van de indiening van de offerte (en zullen bijgevolg geëvalueerd worden aan de hand van de praktische test); de andere vereisten/functionaliteiten zullen in de offerte enkel beschreven worden en zullen bijgevolg pas bij oplevering kunnen geverifieerd worden (cfr. vermelding in de evaluatiematrix ‘bij oplevering’). Vermits de nog niet beschikbare functionaliteiten niet bij de evaluatie van de offerte kunnen getest worden, zullen ze als evenwaardig verondersteld worden met de functionaliteiten die wel bij de evaluatie van de offerte werden getest.

- Overige diensten (A): te beoordelen a.d.h.v. de kostprijs (AA) en plan van aanpak (AA)”.

Bijlage 4 bij het bestek is de voornoemde evaluatiematrix die een aantal technische kenmerken vermeldt waarvan de aanwezigheid wordt nagegaan en waarbij telkens gebruiksvriendelijkheid, rekensnelheid en visualisatie (telkens met waarde AA) wordt beoordeeld.

3.3. De offertes worden geopend op 2 augustus 2010. Er blijken offertes te zijn ingediend door verzoekende partij, bv Adviesbureau Van Dijke en nv Soresma.

3.4. Met een e-mail van 17 augustus 2010 deelt verwerende partij mee dat het moment nadert dat zal worden overgegaan tot de gunningsbeslissing en dat de inschrijvers, indien zij nog veranderingen willen aanbrengen aan de prijs of bijkomende zaken vermelden, dit vóór 18 augustus 2010 om 18 u per e-mail moeten doorsturen en nadien per post. BV Adviesbureau Van Dijke verstrekt bijkomende toelichtingen en nv Soresma legt aanpassingen voor.

3.5. Op 7 september 2010 beslist verwerende partij de opdracht toe te wijzen aan bv Adviesbureau Van Dijke voor een bedrag van 935.340 euro, btw niet inbegrepen. Alle offertes worden regelmatig bevonden maar haar “best en final offer” behaalde de hoogste eindquotering. Dit is de thans bestreden beslissing.

Onder “onderzoek van de offertes in het kader van de gunningscriteria” wordt het volgende vermeld:

- Gelet op het feit dat de best and final offers werden getoetst aan de gunningscriteria vermeld in het bestek;
- Gelet op het feit dat de toegekende quotaties voor elk gunningscriterium als volgt kunnen worden gemotiveerd:

Volgende gunningscriteria werden in overweging genomen met volgende relatieve orde van belangrijkheid (AAA= extreem belangrijk, AA= belangrijk, A= matig belangrijk):

- o Softwaretool (AAA) met als subcriteria: kostprijs (AA) en kwaliteit (AA)
- o Overige diensten (A): te beoordelen a.d.h.v. kostprijs (AA) en plan van aanpak (AA)

Softwaretool (AAA)

Prijs (globale prijs exclusief nulmeting en opleidingskost AA)

Siggis -> 482.360,45 euro	(+++ = zeer goed)
Soresma -> 641.829,98 euro	(++ = goed)
Adviesbureau Van Dijke B.V. -> 750 652 euro	(++ = goed)

Kwaliteit (AA)

[...]

Siggis NV ->	+ = voldoende
Soresma ->	++ = goed
Adviesbureau Van Dijke ->	+++ = zeer goed

Overige diensten (A)

Prijs (AA)

Siggis => 57 112 euro	(+++ = zeer goed)
Soresma => 281 436,32 euro	(++ = goed)
Adviesbureau Van Dijke B.V. =>184 688 euro	(++ = goed)

Plan van aanpak (AA)

[...]

Siggis ->	(++ = goed)
Soresma ->	(++ = goed)
Adviesbureau Van Dijke B.V. ->	(+++ = zeer goed)

Gelet op het feit dat uit dit onderzoek gebleken is dat de best and final offer van Adviesbureau Van Dijke B.V. de hoogste eindquotatie heeft behaald”.

3.6. Met een aangetekende brief van 8 september 2010 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat de opdracht werd gegund aan bv Adviesbureau Van Dijke. De gemotiveerde gunningsbeslissing is bijgevoegd.

Tevens wordt gewezen op de artikelen 65/14, 65/15 en 65/23 van de wet van 24 december 1993 en op de mogelijkheid om bij de Raad van State “een schorsingsberoep binnen een termijn van 15 kalenderdagen” in te dienen en/of een annulatieberoep in te dienen binnen 60 dagen.

3.7. Met een aangetekende brief, eveneens van 8 september 2010, deelt verwerende partij aan bv Adviesbureau Van Dijke mee dat haar offerte werd gekozen voor gunning en dat deze kennisgeving geldt als goedkeuring van de offerte.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4. 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.

Uit het dossier lijkt echter te kunnen worden afgeleid dat de uitnodigingen tot het indienen van een offerte werden verstuurd na 24 februari 2010. De beslissing tot niet toewijzing van de opdracht in het kader van de eerdere algemene offerteaanvraag werd immers meegedeeld per brief van 16 juni 2010.

Dienvolgens is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten te dezen van toepassing. De voornoemde wet van 23 december 2009 is immers in werking getreden op 25 februari 2010 krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit van 10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Overeenkomstig artikel 7 van de voornoemde wet van 23 december 2009 bepaalt de Koning de datum van haar inwerkingtreding en zijn enkel overheidsopdrachten die zijn bekendgemaakt vanaf die datum of waarvoor, bij ontstentenis van een bekendmaking van aankondiging, vanaf deze datum een uitnodiging werd verstuurd om een aanvraag tot deelneming of een offerte in te dienen, zoals de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

Het in de wet van 24 december 1993 nieuw ingevoegde artikel 65/14, bepaalt:

“Op verzoek van elke persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht te bekomen en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld, kan de verhaalinstantie de beslissingen van de aanbestedende instanties vernietigen, waaronder degene die berusten op discriminerende technische, economische en financiële specificaties, omdat deze beslissingen een machtsafwending inhouden of een inbreuk vormen op:

1° het op de desbetreffende opdracht toepasselijke Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, alsook op de wet en haar uitvoeringsbesluiten;

2° de grondwettelijke, wettelijke of reglementaire bepalingen, alsook de algemene rechtsbeginselen die op de betreffende opdracht van toepassing zijn;

3° de opdrachtdocumenten”.

Luidens het in de wet van 24 december 1993 nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, kan de verhaalinstantie “onder dezelfde voorwaarden als die bedoeld in artikel 65/14 en zonder dat het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel is vereist”, “de uitvoering van de in artikel 65/14 bedoelde beslissingen schorsen”.

Aldus is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist. Artikel 65/15, tweede lid, verplicht verzoekende partij bovendien tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of

ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden. Daarnaast dient de vordering uiteraard ook ontvankelijk te zijn.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

Standpunt van de partijen

5. Verzoekende partij omschrijft in het verzoekschrift haar belang bij de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in het vrijwaren van de mogelijkheid om het contract toegewezen te krijgen.

6. Verwerende partij werpt een exceptie op – weliswaar onder de hoofding “moeilijk te herstellen ernstig nadeel en de uiterst dringende noodzakelijkheid” – die in wezen het belang van verzoekende partij betreft.

Zij stelt dat de vordering tot schorsing dient te worden verworpen, in essentie omdat te dezen, krachtens artikel 65/12 van de wet van 24 december 1993, geen wachttermijn geldt nu het gaat om een opdracht waarvoor geen voorafgaande Europese bekendmaking verplicht is aangezien de opdracht werd gegund bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op grond van artikel 17, § 2, d), van de meervermelde wet van 24 december 1993. De overeenkomst met bv Adviesbureau Van Dijke is ondertussen tot stand gekomen doordat de brief van 8 september 2010 met kennisgeving van de gemotiveerde gunningsbeslissing uitdrukkelijk vermeldt dat deze ook geldt als goedkeuring van de offerte. Krachtens artikel 65/21 van de wet van 24 december 1993, kan de opdracht, behalve in de in de artikelen 65/13 en 65/17 - 65/20 bepaalde gevallen, dan ook niet meer geschorst of onverbindend worden verklaard door de verhaalinstantie wegens schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten.

Beoordeling

7. Het dossier lijkt geen gegevens te bevatten over de geraamde waarde van de opdracht. Verzoekende partij gaat er van uit dat het gaat om een opdracht die de Europese drempel bereikt en verwerende partij betwist dit niet. Dit lijkt trouwens te worden bevestigd door de Europese bekendmaking van de stopgezette eerste procedure.

8. Artikel 65/11, ingevoegd door de wet van 23 december 2009, bepaalt in het eerste lid, dat de sluiting van de opdracht die volgt op de gunningsbeslissing, in geen geval mag plaatsvinden vóór het verstrijken van een termijn van vijftien dagen die ingaat de dag nadat de gemotiveerde beslissing aan de betrokken kandidaten en inschrijvers overeenkomstig artikel 65/8, § 1, derde lid, is verzonden. Wanneer een in artikel 65/15 bedoelde vordering tot schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing wordt ingediend binnen de in dat artikel 65/11, eerste lid bedoelde termijn, mag de aanbestedende instantie krachtens artikel 65/11, tweede lid, de opdracht niet sluiten voordat de verhaalinstantie, in voorkomend geval van eerste aanleg, uitspraak heeft gedaan, hetzij over de vordering tot voorlopige maatregelen, hetzij over de vordering tot schorsing

Luidens artikel 65/12, ingevoegd door de wet van 23 december 2009, mag de opdracht “worden gesloten zonder toepassing te maken van artikel 65/11 in de volgende gevallen”:

“1° wanneer een voorafgaande Europese bekendmaking niet verplicht is;
2° wanneer de enige betrokken inschrijver degene is aan wie de opdracht wordt gegund en er geen betrokken kandidaten zijn”.

Artikel 65/21 van de wet van 24 december 1993, ingevoegd door de wet van 23 december 2009, bepaalt:

“Behalve in de in de artikelen 65/13 en 65/17 tot 65/20 bepaalde gevallen kan de opdracht, zodra die is gesloten, niet meer geschorst of onverbindend worden verklaard door de verhaalinstantie wegens schending van het

Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten”.

Artikel 65/13 van de wet van 24 december 1993, ingevoegd door de wet van 23 december 2009, luidt als volgt:

“De schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing door de verhaalinstantie leidt van rechtswege tot de schorsing van de uitvoering van de opdracht die in strijd met artikel 65/11 zou zijn gesloten.

De aanbestedende instantie stelt de begunstigde onverwijld van deze schorsing in kennis en beveelt hem de uitvoering van de opdracht, al naargelang, niet te beginnen of stop te zetten.

Wanneer na de schorsing van rechtswege van de uitvoering van de opdracht geen enkele vordering tot nietigverklaring van de gunningsbeslissing of tot onverbindendverklaring van de opdracht wordt ingediend binnen de toepasselijke termijnen bepaald in artikel 65/23, worden de schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing en van de opdracht van rechtswege opgeheven”.

Artikel 65/17 van dezelfde wet, ingevoegd door de wet van 23 december 2009, luidt als volgt:

“Op verzoek van elke belanghebbende verklaart de verhaalinstantie de gesloten opdracht onverbindend in elk van de volgende gevallen:

1° onverminderd artikel 65/18, wanneer de aanbestedende instantie een opdracht heeft gesloten zonder voorafgaande Europese bekendmaking, terwijl het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten dit nochtans vereisen;

2° wanneer de aanbestedende instantie de opdracht heeft gesloten zonder inachtneming van de in artikel 65/11, eerste lid, bedoelde termijn, of zonder te wachten tot de verhaalinstantie, in voorkomend geval van eerste aanleg, uitspraak heeft gedaan, hetzij over de vordering tot schorsing, hetzij over de vordering tot voorlopige maatregelen, wanneer:

a) een inschrijver door deze schending geen verhaal tot schorsing heeft kunnen instellen of voleindigen als bedoeld in artikel 65/11, tweede lid, en

b) deze schending gepaard gaat met een schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten die de kansen van een inschrijver om de opdracht te bekomen nadelig heeft beïnvloed.

De aanbestedende instantie en de begunstigde worden betrokken in deze verhaalprocedure. Te dien einde deelt de aanbestedende instantie de identiteit van de begunstigde mee zodra de indiener van het verhaal daarom verzoekt.

De vordering tot onverbindendverklaring van de opdracht kan samen met de in artikel 65/14 bedoelde vordering tot nietigverklaring of afzonderlijk worden ingediend”.

Luidens artikel 65/18 is de in artikel 65/17, eerste lid, 1°, bedoelde onverbindendverklaring niet toepasselijk indien de aanbestedende instantie, alhoewel ze van oordeel is dat het plaatsen van de opdracht zonder voorafgaande Europese bekendmaking toegestaan is op grond van de bepalingen van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten:

“1° in het Publicatieblad van de Europese Unie vooraf een aankondiging van vrijwillige transparantie ex ante heeft bekendgemaakt, overeenkomstig het door de Koning vastgestelde model, waarin ze te kennen geeft de opdracht te willen sluiten en

2° de opdracht niet heeft gesloten vóór het verstrijken van een termijn van ten minste tien dagen die ingaat de dag na de bekendmaking van de aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie [...]”.

De artikelen 65/19 en 65/20 bevatten geen bijkomende gevallen waarin onverbindendverklaring mogelijk is, maar bepalen enerzijds de gevolgen van de onverbindendverklaring en anderzijds de mogelijkheid van de verhaalinstantie om een opdracht op grond van een belangenafweging niet onverbindend te verklaren ook al is die onwettig gesloten om de in artikel 65/17 genoemde redenen.

9. De exceptie van verwerende partij gaat er in essentie van uit dat te dezen geen wachttermijn van toepassing was zodat de opdracht - dus het contract - gesloten mocht worden, dat de opdracht werd gesloten en dat deze opdracht onaantastbaar is gelet op artikel 65/21 van de wet van 24 december 1993, nu artikel 65/13 niet geldt en de gevallen bedoeld in de artikelen 65/17 tot 65/20 niet van toepassing zijn.

10. Te dezen werd de opdracht gegund na een onderhandelings-procedure zonder bekendmaking op grond van artikel 17, § 2, d), van de wet van 24 december 1993, zodat artikel 65/12, 1°, toepasselijk lijkt en de opdracht mocht

worden gesloten zonder toepassing te maken van de wachttermijn bepaald in artikel 65/11. Bijgevolg lijkt dan ook artikel 65/13 niet toepasselijk.

11. In de huidige stand van het geding dient echter voorts vastgesteld dat de rechtsmacht om de gesloten opdracht onverbindend te verklaren niet toekomt aan de Raad van State maar, blijkens artikel 65/24, tweede lid, van de wet van 24 december 1993, wel aan de gewone rechter. Ook wanneer het voornoemde artikel 65/21 bepaalt dat de opdracht, zodra die is gesloten, behalve in de artikelen 65/13 en 65/17 tot 65/20 bepaalde gevallen, niet meer kan geschorst of onverbindend worden verklaard door de verhaalinstantie wegens schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten, lijkt de wet zich te richten tot de gewone rechter als verhaalinstantie. De sluiting van de opdracht is blijkens artikel 65/1, 11°, immers de totstandkoming van de contractuele band tussen de aanbestedende instantie en de begunstigde, en de Raad van State heeft geen rechtsmacht om de schorsing van een overeenkomst te bevelen.

Er lijkt dan ook te moeten worden aangenomen dat de Raad van State bezwaarlijk aan een verzoekende partij het belang bij de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden gunningsbeslissing kan weigeren alleen omdat de gewone rechter de opdracht niet meer zou kunnen schorsen of onverbindend verklaren nu de opdracht gesloten lijkt zonder schending van de wachttermijn.

Die beoordelingsbevoegdheid wordt door de voormelde wet van 23 december 2009 immers toegekend aan de gewone rechter en het komt dan ook aan die rechter toe om in voorkomend geval te oordelen of de opdracht, wanneer deze is gesloten, geschorst of onverbindend kan worden verklaard. Door zelf reeds te oordelen dat een niet gekozen inschrijver geen belang heeft bij de gevraagde schorsing van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing nu de opdracht werd gesloten en dat deze onaantastbaar zou zijn op grond van artikel 65/21, zoals gevraagd in de exceptie, lijkt de Raad van State te moeten anticiperen op de beoordeling die moet gebeuren door een andere rechter en lijkt hij zich een rechtsmacht toe te eigenen die hij niet heeft. De Raad van State zou aldus ook anticiperen op de wijze waarop dit artikel 65/21 en de verwijzing daarin naar “het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar

uitvoeringsbesluiten” dient te worden toegepast door de bevoegde verhaalinstantie. In die zin staat dan ook niet vast dat verzoekende partij, enkel omdat de opdracht werd gesloten, geen belang meer kan hebben bij de schorsing van de afsplitsbare rechtshandeling die de gunningsbeslissing is. De Raad van State kan immers bezwaarlijk vooruitlopen op de gevolgen die de aanbestedende overheid zal hechten aan een dergelijke schorsing, ook wanneer de opdracht al werd gesloten. Probleemsituaties die daarbij zouden ontstaan, lijkt verwerende partij dan aan haar eigen beslissing te danken te hebben nu zij er voor koos geen wachttermijn in acht te nemen, hoewel zij deze leek aan te kondigen in haar brief van 8 september 2010 aan verzoekende partij.

Dit standpunt lijkt ook het meest conform de ruime omschrijving van het belang in artikel 65/14, die via artikel 65/15 ook geldt voor de vordering tot schorsing, en overeenkomstig de voorrang die de wetgever gaf aan de preventieve rechtsbescherming zeker voor Europese opdrachten en de principiële cesuur die gewild lijkt tussen de rechtsmacht van de Raad van State inzake de afsplitsbare bestuurlijke rechtshandelingen enerzijds en de beoordeling van de gesloten opdracht door de gewone rechter anderzijds -weliswaar met een interferentie in geval artikel 65/13, eerste lid, geldt.

Om deze redenen heeft de exceptie niet de in een kort geding vereiste hoge graad van ernst en dient zij te worden verworpen zonder dat nader ingegaan moet worden op de twistvraag tussen partijen of te dezen de opdracht geldig werd gesloten, nog daargelaten de vraag of de Raad van State daartoe rechtsmacht zou hebben, nu dit punt de geldigheid van een overeenkomst betreft.

VI. Onderzoek van de middelen

Uiteenzetting van het enig middel

12. In een enig middel roept verzoekende partij de schending in van “art. 122bis K.B. van 8 januari 1996, het beginsel van de gelijke behandeling der inschrijvers zoals afgeleid uit art. 10 en 11 Gec.G.W., het Europees niet-discriminatie en transparantiebeginsel, het patere legem beginsel, het

materieel motiveringsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur”.

In essentie voert zij aan dat de bestreden gunningsbeslissing de verschillen tussen de offertes die objectief werden vastgesteld bij de beoordeling aan de hand van de gunningscriteria niet heeft vertaald in een evenredige puntentoekenning betreffende het subgunningscriterium “prijs” binnen de beide gunningscriteria “softwaretool” en “overige diensten”, waardoor het relatieve aandeel van dit subgunningscriterium “prijs” telkenmale werd geminimaliseerd, en de draagwijdte van de gunningscriteria werd gewijzigd hangende de gunningsprocedure, dat de in het gunningsverslag voor de prijs toegekende beoordeling in redelijkheid geen proportionele en evenredige vertaling vormt van het aandeel dat deze prijszetting krachtens het bestek diende te hebben bij de beoordeling van de offertes, en dat evidente prijsverschillen waaraan een aanbestedende overheid in redelijkheid niet kon voorbijgaan niet werden vertaald in een verhoudingsgewijs verschil in beoordeling tussen de inschrijvers, zoals dit nochtans voor het andere subgunningscriterium van elk gunningscriterium wel het geval was.

Zij meent dat hierdoor de aan de prijs als wezenlijk bestanddeel van elk gunningscriterium in het bestek toebedeelde draagwijdte, en het relatieve gewicht als maatstaf hiervan, werd miskend.

Dit wordt vervolgens omstandig toegelicht.

Beoordeling

13. Vastgesteld wordt dat het bestek de gunningscriteria, de subgunningscriteria en de weging ervan bepaalt. De “kostprijs” is zowel een subcriterium met weging “belangrijk” van het gunningscriterium “Softwaretool”, zelf met weging “extreem belangrijk”, als een subcriterium met weging “belangrijk” van het gunningscriterium “Overige diensten”, zelf met weging “matig belangrijk”. De tweede subcriteria van deze gunningscriteria zijn respectievelijk “kwaliteit” en “plan van aanpak”, telkens met een weging “belangrijk”. Tevens wordt in het bestek vermeld dat de kwaliteit zal worden

beoordeeld aan de hand van de criteria gebruiksvriendelijkheid, rekensnelheid en visualisatie zoals nader gespecificeerd in de evaluatiematrix en dat “de beoordelingsschaal voor deze (gelijkwaardige) subcriteria is: eerder slecht (-), voldoende (+), goed (++) en zeer goed (+++)”.

14. Voor het “extreem belangrijke” gunningscriterium “softwaretool”, scoort de gekozen inschrijver bv Adviesbureau Van Dijke “goed” op het “belangrijke” subcriterium “kostprijs” en “zeer goed” op het “belangrijke” subcriterium “kwaliteit”; verzoekende partij scoort daar respectievelijk “zeer goed” en “voldoende”; de derde inschrijver nv Soresma scoort telkens “goed”.

Voor het “matig belangrijke” gunningscriterium “overige diensten” scoort de gekozen inschrijver bv Adviesbureau Van Dijke “goed” op het “belangrijke” subcriterium “kostprijs” en “zeer goed” op het “belangrijke” subcriterium “plan van aanpak”. Verzoekende partij scoort daar respectievelijk “zeer goed” en “goed” en de derde inschrijver nv Soresma telkens “goed”.

Aldus lijkt verzoekende partij uiteindelijk na de gekozen inschrijver bv Adviesbureau Van Dijke te zijn gerangschikt enkel door haar score “voldoende” op het subcriterium “kwaliteit” van het gunningscriterium “softwaretool”, nu de beide betrokken inschrijvers op de andere criteria in totaal gelijkwaardig scoorden.

Vastgesteld wordt dat verzoekende partij niet de beoordeling van de subcriteria “kwaliteit” en “plan van aanpak” betwist maar wel deze van het subcriterium “kostprijs” van de gunningscriteria “softwaretool” en “overige diensten”. Er zou, meer bepaald, door de gekozen inschrijver bv Adviesbureau Van Dijke voor de “kostprijs” van de “softwaretool” en de “kostprijs” van “overige diensten” telkens als “goed” te beoordelen, onvoldoende rekening zijn gehouden met de prijsverschillen.

15. Alhoewel verwerende partij in haar nota terecht opmerkt dat verzoekende partij geen belang als dusdanig lijkt te hebben bij het aanvechten van de eventueel te hoge score voor het subcriterium “kostprijs” toegekend aan de derde – niet gekozen – inschrijver nv Soresma, lijkt dit niet te beletten dat

verzoekende partij ook vergelijkt met de prijzen van deze inschrijver om aan te tonen dat de prijsverschillen onvoldoende in de beoordeling worden weerspiegeld en dat de gekozen inschrijver bv Adviesbureau Van Dijke aldus ten onrechte voor haar prijzen telkens de te hoge beoordeling “goed” kreeg.

16. De aanbestedende overheid beschikt bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een grote beoordelingsvrijheid en de Raad van State mag zich niet in de plaats van het bestuur stellen en zelf de rangschikking wijzigen. Zulks houdt echter niet in dat het oordeel van de aanbestedende overheid zou onttrokken zijn aan het wettigheidstoezicht van de Raad van State. Aldus kan de Raad onder meer nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

Er dient voorts aangenomen dat het tot de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid behoort de volgens haar best geschikte beoordelingsmethode van de gunningscriteria te kiezen, zij het dat die vrijheid beperkt wordt door de beginselen van behoorlijk bestuur en door hetgeen zijzelf in haar bestek heeft bepaald. De Raad van State mag niet in de plaats van het bestuur de beoordelingsmethode bepalen maar mag de gebruikte methode enkel op haar rechtmatigheid toetsen, meer bepaald betreffende de mate waarin ze de gelijke beoordeling van de offertes eventueel zou uitsluiten en dus het bepalen van de meest voordelige offerte onmogelijk zou maken.

17. In de huidige stand van het geding wordt vastgesteld dat verzoekende partij met de laagste kostprijs, namelijk 482.360,45 euro voor “softwaretool”, en 57.112 euro voor “overige diensten”, voor het subcriterium “kostprijs” telkens ook de beste score krijgt, namelijk “zeer goed (+++)”.

Met verzoekende partij wordt echter vastgesteld dat de andere inschrijvers voor “kostprijs” telkens de score “goed” (++) krijgen.

Aldus wordt, wat het eerste gunningscriterium “softwaretool” betreft, de offerte van de gekozen inschrijver, met een prijs van 750.652 euro voor het subcriterium “kostprijs” even goed beoordeeld als deze van nv Soresma met

een prijs van 641.829,98 euro, en leidt het grotere prijsverschil met verzoekende partij, namelijk 268.291,55 euro voor de gekozen inschrijver vergeleken met 159.469,53 euro voor nv Soresma, hetzij een extra verschil van 108.822,02 euro, niet tot enig verschil in beoordeling.

Wat betreft het tweede gunningscriterium, “overige diensten”, wordt vastgesteld dat de gekozen inschrijver met een prijs van 184.688 euro even “goed” wordt beoordeeld als nv Soresma met een prijs van 281.436,32 euro, zodat het grotere prijsverschil met verzoekende partij, namelijk 224.324,32 euro voor nv Soresma vergeleken met 127.576 euro voor de gekozen inschrijver, hetzij een verschil van 96.748,32 euro, ook hier niet leidt tot een verschil in beoordeling van het subcriterium “kostprijs”.

18. Aldus lijkt de wijze waarop de in het bestek opgenomen beoordelingsmethode werd toegepast tot gevolg te hebben dat twee inschrijvers voor het subcriterium “kostprijs” van het “extreem belangrijke” gunningscriterium “softwaretool” dezelfde beoordeling “goed” krijgen ondanks een absoluut prijsverschil van 108.822,02 euro tussen hun offertes, en leidt dat bijkomend prijsverschil van meer dan 22 % van de goedkoopste prijs – deze van verzoekende partij – tot geen verschil in de beoordeling en worden deze verschillen uitgevlakt.

In de bestreden beslissing wordt geen enkele verantwoording gegeven waarom de beide betrokken prijzen dezelfde beoordeling krijgen.

In de huidige stand van het geding blijkt dan ook niet dat de wijze waarop deze beoordelingsmethode werd toegepast aan het subcriterium “kostprijs” van het gunningscriterium “softwaretool” nog een voldoende onderscheidend karakter gaf in het licht van de prijsverschillen tussen de offertes en staat dan ook niet vast dat geen afbreuk werd gedaan aan het gelijk belang van dit subcriterium met het subcriterium “kwaliteit”. Daarin lijkt op zijn minst een motiveringsgebrek te liggen aangeklaagd in het middel dat in zoverre ernstig lijkt.

19. Zoals reeds vastgesteld scoort de gekozen inschrijver voor het gunningscriterium “overige diensten” met een prijs van 184.688 euro voor het subcriterium “kostprijs” even “goed” als nv Soresma met een prijs van

281.436,32 euro, zodat het grotere prijsverschil met verzoekende partij, namelijk 224.324,32 euro voor nv Soresma vergeleken met 127.576 euro voor de gekozen inschrijver, hetzij 96.748,32 euro, niet tot een verschil in beoordeling leidt. Hiermee lijkt echter niet aangetoond waarom de gekozen inschrijver, de tweede goedkoopste, hier niet “goed” mocht scoren. Verzoekende partij toont voorts niet aan welk belang zij heeft bij de vaststelling dat nv Soresma in voorkomend geval slechts de beoordeling “voldoende” kon krijgen nu deze niet vóór haar werd gerangschikt.

Deze vaststelling betreffende het tweede gunningscriterium belet echter niet dat verzoekende partij belang heeft bij de vaststelling, inzake de beoordeling van het subcriterium “kostprijs” voor het eerste gunningscriterium “softwaretool” dat niet blijkt waarom de gekozen inschrijver door de score “goed” verkreeg: indien immers de gekozen inschrijver daar een mindere de beoordeling dan “goed” krijgt, lijkt zij niet meer vóór maar gelijk met verzoekende partij te moeten worden gerangschikt.

20. Het enig middel is bijgevolg ernstig, en deze vaststelling volstaat als voorwaarde voor de gevraagde schorsing.

BESLISSING

De Raad van State schorst de tenuitvoerlegging van de beslissing van de minister van Binnenlandse Zaken van 7 september 2010 om de overheidsopdracht voor aanneming van diensten betreffende de ontwikkeling van een softwaretool voor risico-analyse overeenkomstig het bestek nr. IBZ/ADZV/TF/003 te gunnen aan bv Adviesbureau Van Dijke.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 28 oktober 2010, door de Raad van State, XII^e kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest