

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 211.932 van 10 maart 2011

in de zaak A. 199.108/XII-6493

In zake: de BV INDIFORM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de MAATSCHAPPIJ VOOR INTERCOMMUNAAL
VERVOER TE BRUSSEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten France Maussion en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 10 februari 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “- de beslissing van het Beheerscomité van de Maatschappij voor Intercommunaal Vervoer te Brussel (MIVB) dd. 25 januari 2011 zoals gevoegd bij het schrijven van de MIVB dd. 26 januari 2011 waarbij wordt beslist de offerte van verzoekende partij tot uitvoering van de opdracht voorwerp van het bijzonder bestek ‘Uniformen, Ref: AL_1767/JBPdW’ niet uit te kiezen;
- de beslissing van het Beheerscomité van de Maatschappij voor Intercommunaal Vervoer te Brussel (MIVB) dd. 25 januari 2011 zoals gevoegd bij het schrijven van de MIVB dd. 26 januari 2011 waarbij wordt beslist om de firma La Calaisienne aan te wijzen als begunstigde van de opdracht en met die firma een raamovereenkomst voor een duur van 7 jaar te sluiten voor de confectie en distributie van uniformen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 maart 2011, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christophe Lenders, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Leopold Schellekens, die loco advocaat France Maussion 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 een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking uit voor een opdracht van leveringen, in de aankondiging genoemd “Open overeenkomst voor de confectie, het voorraadbeheer en de verdeling van uniformen voor het exploitatiepersoneel, heren en dames van MIVB, (tram, bus- en metrobestuurders, commercieel en personeel van de veiligheidsdienst”.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 30 april 2010 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 1 mei 2010 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

De aankondiging vermeldt dat het gaat om een raamovereenkomst met één onderneming met een looptijd van 7 jaar. De geraamde waarde zonder btw bedraagt 1.700.000 euro.

3.3. Zeven ondernemingen dienen een kandidatuur in, namelijk Armor, La Calaisienne, Masieroconfezione, McGregor, Seyn, UDC en verzoekende partij. Verzoekende partij is de huidige leverancier.

Bij beslissing van 4 augustus 2010 worden La Calaisienne, McGregor, Seyn, UDC en verzoekende partij geselecteerd.

3.4. Het bijzonder bestek “Uniformen” AL_1767/JB/PdW is van toepassing.

Artikel 1.11 (blz. 7) vermeldt de volgende gunningscriteria:

“De MIVB kiest de regelmatige offerte die haar het voordeligst lijkt op grond van de som van de behaalde punten voor de volgende criteria en volgens volgende weging:

- Financiële kwaliteit van de offerte op 50 punten:
 - het bedrag van de offerte, inclusief de prijzen van de eventueel in aanmerking genomen weerhouden varianten, inclusief alle kosten bij toepassing van de TCO berekening. De MIVB zal rekening houden met de eventuele kosten van de informatica-aanpassingen en de overname van de voorraad.
- Informatica op 25 punten
Evaluatie van het informaticasysteem: E-catalogus, voorgesteld systeem dienend als ondersteuning in het proces vanaf de bestelling van de agent, op de portaalsite, tot de levering van het pakket, evenals de gevolgen voor het interne proces van de MIVB (aftrek van de persoonlijke rekening van de agent, de facturatie).
- De dienst, op 20 punten, beoordeeld op:
 - De kwaliteitscontrole;
 - De planning voor het opzetten van de raamovereenkomst;
 - De levering van de bestellingen en de individuele verpakking;
 - De leveringstermijn en de garanties;
 - De aanpassingen van de artikels of het toevoegen van een

- artikel aan de collectie;
 - De technische fiches van de artikels;
 - Het call-center;
 - De reporting: voor de bestellingen, buiten de tweejaarlijkse bestellingen, de leveringstermijnen; het aantal retours, het aantal oproepen bij het call center;
 - De kwaliteit van de stalen;
 - De verschillende maten (matenboog) die aangeboden worden,
- Milieuvriendelijke maatregelen op 5 punten
 - de genomen maatregelen ten voordele van het leefmilieu en de eerbied voor het leefmilieu bij de werkmethodes en de gebruikte producten en verpakkingen”.

De uiterste datum van ontvangst van de offertes is 4 oktober 2010 (artikel 1.7, blz. 4).

3.5. Alle geselecteerde kandidaten waaronder verzoekende partij en La Calaisienne dienen een offerte in.

3.6. Na afloop van de onderhandelingsfase worden de offertes, in een nota van 25 januari 2011 aan het directiecomité van verwerende partij, getoetst aan de gunningscriteria en de onderdelen ervan. Dit leidt tot de volgende eindrangschikking:

	La Calais. Punten	Indiform punten	Mc Gregor punten	UDC punten	Seyn punten
Financiële kwaliteit, 50 ptn	47,56	50,00	37,78	41,35	39,39
Informatica, 25 ptn	20,00	20,00	20,00	20,00	20,00
Dienstverlening, 20 ptn	20,00	14,00	12,00	14,00	14,00
Leefmilieu, 5 ptn	4,00	4,00	4,00	4,00	4,00
Totaal, max. 100 ptn	91,56	88,00	73,78	79,35	77,39

3.7. Op grond van deze evaluatie en rangschikking die wordt hernomen beslist het beheerscomité van verwerende partij op 25 januari 2011 “de firma La Calaisienne aan te wijzen als begunstigde van de opdracht en met die firma een raamovereenkomst voor een duur van 7 jaar te sluiten voor de confectie en distributie van uniformen”.

Dit is de tweede bestreden beslissing. Deze omvat ook, impliciet, de beslissing de offerte van verzoekende partij niet uit te kiezen. Dat is de eerste bestreden beslissing.

3.8. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief van 26 januari 2011 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat haar offerte niet werd gekozen. De gemotiveerde beslissing wordt bijgevoegd en er wordt vermeld dat verwerende partij de door de wet opgelegde wachttermijn van 15 dagen, lopende van 28 januari 2011 tot 11 februari 2011, eerbiedigt.

3.9. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingediend op 10 februari 2011.

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.

5. De aankondiging van de kwestieuze opdracht werd echter bekendgemaakt na 24 februari 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.

6. 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, zoals de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

Luidens het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoerde artikel 65/15, eerste lid, 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.

7. Te dezen dient dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8. Verzoekende partij formuleert het eerste middel als volgt in het verzoekschrift:

“Eerste Middel:

Genomen uit de schending van artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen; Schending van de artikelen 65/4 en 65/5 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; Schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder de verplichting tot motivering van bestuurshandelingen, schending van de materiële en formele motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het beginsel *patere lege[m] quam ipse fecisti*

Doordat de aanbestedende overheid in de bestreden beslissing op geen enkele wijze motiveert om welke redenen de overige inschrijvers hun respectievelijke scores hebben behaald voor wat betreft het eerste gunningscriterium 'financiële kwaliteit van de offerte' en doordat de aanbestedende overheid met vage en onduidelijke bewoordingen motiveert dat met betrekking tot het tweede gunningscriterium 'informatica' en het vierde gunningscriterium 'Milieumaatregelen' al de offertes 'gelijkwaardig' zouden zijn met als gevolg dat al de inschrijvers voor het tweede en vierde gunningscriterium dezelfde punten krijgen; En doordat de verwerende partij een zelfde werkwijze toepast bij de beoordeling van 5 subcriteria onder het derde gunningscriterium 'Dienst' waarbij alle inschrijvers zondermeer als 'gelijkwaardig' en 'bevredigend' worden beschouwd en alle inschrijvers per subcriterium steeds 2 op 2 punten krijgen;

Terwijl de verwerende partij gehouden is haar beslissing tot toewijzing van de opdracht en in het bijzonder de keuze van de meest voordelige offerte afdoende te motiveren dermate dat de inschrijvers kennis kunnen krijgen van de motieven waarom hun offerte beter, slechter dan wel gelijkwaardig werd beoordeeld dan de offertes van de overige inschrijvers en de mogelijkheid moeten hebben om te kunnen controleren om na nazicht kunnen oordelen of het al dan niet nuttig is de juistheid van deze beslissing aan te vechten;

Zodat de bestreden beslissing de aangehaalde wetsbepalingen schendt”.

Deze algemene omschrijving van het middel wordt vervolgens nader toegelicht. De in de toelichting concreet opgeworpen grieven, alsook de repliek van de verwerende partij daarop, zullen bij de beoordeling ervan worden samengevat.

Beoordeling

9. Alhoewel in het middel de schending wordt ingeroepen van de materiële en formele motiveringsplicht en een reeks andere beginselen van

behoorlijk bestuur, lijkt in de huidige stand van het geding te kunnen worden aangenomen dat in de eerste plaats de formele motiveringsplicht geschonden wordt geacht nu in essentie wordt aangevoerd dat de in de bestreden beslissing opgenomen motivering verzoekende partij, zonder bijkomende informatie, te verschaffen door verwerende partij, niet in staat stelt te achterhalen om welke precieze redenen de offerte van La Calaisienne uiteindelijk verkozen is boven de hare en of en in hoeverre kritiek op die beoordeling mogelijk is.

10. De formele motivering van de bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formele motiveringsplicht die verzoekende partij ook en blijkens de toelichting afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

11. Verzoekende partij benadrukt dat verzoekende partij als inschrijver waarvan de offerte niet werd gekozen aldus uit de motivering van de gunningsbeslissing moet kunnen afleiden om welke redenen de gekozen offerte de voorkeur verdient boven de hare en dat bij een kwalitatief inhoudelijk gunningscriterium een loutere puntentoekenning niet volstaat maar een op de punten te betrekken beschrijvende waardering vereist is waarbij de sterktes en zwaktes van de offertes aan bod komen.

12. Verwerende partij op haar beurt betoogt dat de motivering van een gunningsbeslissing in geval van een onderhandelingsprocedure voldoende is wanneer daarin de niet door het administratief dossier weersproken redenen worden vermeld die doorslaggevend zijn geweest voor de overheid, dat, in deze context, waarbij de vrijheid van onderhandelen en gunnen de regel blijft, onder meer niet vereist is dat in de motivering de redenen staan waarom elk van de offertes van de inschrijvers waarvoor uiteindelijk niet gekozen is, als minder interessant zijn beschouwd, dat een dergelijk vereiste overigens geen zin zou hebben wanneer de gunningsbeslissing niet alleen het resultaat is van een vergelijking van de offertes, maar ook van latere besprekingen met één of meerdere van de oorspronkelijk geraadpleegde inschrijvers.

13. Luidens het in het middel ook ingeroepen artikel 65/4, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op onder meer (5°) “wanneer ze de opdracht gunt, ongeacht de procedure”. Deze gemotiveerde beslissing bevat, naargelang de procedure en het soort beslissing, de vervolgens in artikel 65/5 vermelde elementen; zo bevat deze beslissing - bedoeld is de gunningsbeslissing, luidens dit artikel 65/5, 7°, “ de namen van de gekozen inschrijver en van de inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, voor de beslissingen die daarop betrekking hebben”.

Aldus lijkt op grond van dit artikel 65/5, 7°, de gunningsbeslissing de kenmerken en “relatieve” voordelen van de gekozen offerte te moeten bevatten. Er blijkt niet *prima facie* waarom die vereiste niet zou gelden in het kader van een onderhandelingsprocedure, alleen omdat de keuze daarbij kan steunen niet alleen op de offerte maar ook op de resultaten van de onderhandelingen. Zeker wanneer daarbij zoals te dezen de offertes na onderhandelingen worden vergeleken op grond van, in het bestek vermelde, gunningscriteria lijkt de formele motiveringsplicht dan ook te vereisen dat de niet gekozen inschrijver, op grond van die motivering, weet waarom de aanbestedende instantie, in het licht van die gunningscriteria en de kenmerken en relatieve voordelen van de offerte van de gekozen offerte, de voorkeur gaf aan die offerte. Het is trouwens ook zo dat de offertes te dezen lijken te zijn vergeleken.

Vastgesteld kan worden dat de bestreden beslissing redenen vermeldt op grond waarvan de offertes werden gequoteerd en gerangschikt aan de hand van de in het bestek vooropgestelde (sub)gunningscriteria. De toegekende scores worden hernomen in een algemene samenvattende tabel waarin, voor elke inschrijver, de totaalscore per gunningscriterium is opgenomen en ook de eindscore op 100, rekening houdend met het gewicht van elk gunningscriterium. De gekozen inschrijver La Calaisienne behaalde een totaalscore van 91,56 punten en verzoekende partij 88,00 punten.

Wat het eerste gunningscriterium “Financiële kwaliteit van de offerte” betreft wordt de gekozen inschrijver La Calaisienne als tweede beste gerangschikt met een score van 47,56 op 50 of 2,44 punten minder dan verzoekende partij, die de maximumscore van 50 punten behaalde.

Bij het tweede gunningscriterium “Informatica” wordt eerst vermeld dat de inschrijver 80 % van de punten krijgt als wat hij voorstelt overeenstemt met de verwachtingen van de MIVB, dat hij een hogere score krijgt als de voorgestelde informaticatool een meerwaarde inhoudt voor de MIVB en dat hij een lagere score krijgt als de voorgestelde tool beperktere toepassingen biedt. Vervolgens wordt vermeld dat het informaticasysteem wordt geëvalueerd vanaf de invoer van de bestelling door het personeelslid op de portaalsite tot de levering van zijn pakket, met inbegrip van de aftrek van zijn uitgave van zijn individuele rekening en het facturatiesysteem en wordt vastgesteld dat “alle systemen gelijkwaardige functionaliteiten [voorstellen] die voldoende zijn voor de MIVB”. Alle inschrijvers krijgen 20 punten op 25.

Het derde gunningscriterium “Dienstverlening” wordt beoordeeld aan de hand van 10 subcriteria, elk op 2 punten. De bestreden beslissing vermeldt eerst dat de inschrijver “2 punten [krijgt] als de aangeboden dienst beschouwd wordt als bevredigend of 0 punten als hij beschouwd wordt als onbevredigend” en dat men verstaat onder “onbevredigende dienst: “een dienst die het personeel veel last zou bezorgen of de normale exploitatie van de installaties van de MIVB zou verstoren”.

De subcriteria 1, 3, 6, 9 en 10 in de bestreden beslissing – niet steeds identiek zoals in het bestek – omschreven als “controle van de kwaliteit (stof en confectie)”, “leveringen van de bestellingen en kwaliteit van de geïndividualiseerde pakketten”, “technische fiches van de artikelen”, “kwaliteit van de stalen” en “gamma van de voorgestelde maten”, worden bij alle inschrijvers beoordeeld als “gelijkwaardig en bevredigend” en alle inschrijvers krijgen dan telkens 2 punten op 2.

Op de subcriteria 2, 4 en 5 scoorde de gekozen inschrijver telkens 2 op 2 vergeleken met 0 op 2 voor verzoekende partij; voor de subcriteria 7

en 8 scoren zij beide telkens 2 op 2. Dit alles in essentie op grond van de volgende motieven:

- subcriterium 2, in de bestreden beslissing in de opsomming van de subcriteria aangemerkt als “planning van de opstart” en bij de beoordeling zelf als “Planning van de opstart tot de eerste semestriële levering”:

- het voorstel van de gekozen inschrijver op het vlak van “het opnieuw samenstellen van de buffervoorraad” is - zoals dat van UDC en Seyn “zeer flexibel”: alle drie hebben productiesites hoofdzakelijk in Europa en/of eventueel in Noord-Afrika waarmee ze geregeld werken;

- verzoekende partij zou zich in Europa moeten bevoorraden en de aangekondigde termijn bedraagt 10 weken maar onder voorbehoud dat de stoffen en het toebehoren onmiddellijk beschikbaar zijn op de fabricageplaatsen hetgeen onzeker wordt geacht en dus niet gewaarborgd;

- de herbevoorrading van de buffervoorraad bij McGregor gebeurt essentieel via de semestriële leveringen, hetgeen problematisch wordt geacht bij de opstart van de nieuwe overeenkomst; de grotendeels uit het Verre Oosten afkomstige producties worden ook moeilijk te organiseren geacht;

- de door verzoekende partij, McGregor en Seyn aan de personeelsleden voorgestelde termijn van 3 of 4 weken om hun bestellingen online te plaatsen wordt beschouwd als erg kort en de site van verzoekende partij zal 4 weken open zijn in april wat voor sommigen een probleem zal zijn omdat de paasvakantie in 2011 in april valt;

- de gekozen inschrijver heeft op één inschrijver na, namelijk inschrijver Seyn die 13 weken voorstelt, de kortste termijn (15 weken) om de eerste levering uit te voeren; La Calaisienne, Seyn en UDC (die 17 weken voorstelt) krijgen elk 2 punten op grond van hun prestaties om de buffervoorraad opnieuw samen te stellen, om de opening van de bestelsite te organiseren en om de eerste semestriële levering voor te bereiden en te leveren;

- op die grond krijgen verzoekende partij die een termijn voorstelt van 24 weken en McGregor die 27 weken voorstelt met levering in december wat bijzonder laat op het jaar wordt geacht, elk 0 punten;

- subcriterium 4 “Leveringstermijnen en waarborgen”:

- alle inschrijvers stellen termijnen voor van minder dan 10 werkdagen voor de levering van de aanvangsdotaties voor de personeelsleden met een standaardmaat; de gekozen inschrijver heeft de kortste termijn (2 weken) voor de levering van kledingstukken buiten de standaardmaat – verzoekende partij stelt hier volgens de bestreden beslissing 8 – in feite 6 – weken voor; ook UDC en Seyn stellen hier 8 weken voor en McGregor 12 weken; ook voor de semestriële leveringen is haar termijn op één inschrijver na, opnieuw Seyn, die telkens 11 weken voorstelt, met 15 en 16 weken de kortste; verzoekende partij stelt de langste termijn voor - telkens - 31 weken;

- de bestreden beslissing vermeldt tevens dat verwerende partij verbaasd was over de “bijzonder lange termijnen (meer dan [20] weken)” aangekondigd door verzoekende partij (31 weken) , McGregor (telkens 26 weken) en UDC (17 en 22 weken) en “het lijkt haar moeilijk om dergelijke termijn te kunnen opleggen aan haar personeelsleden”;

- “op basis van hun prestaties om te leveren vanuit de buffervoorraad, om kledingsstukken buiten standaardmaat te leveren en om semestrieel te leveren”, krijgen de gekozen inschrijver en Seyn 2 punten; verzoekende partij, McGregor en UDC krijgen 0 punten;

- subcriterium 5 “Wijziging van artikelen of toevoeging van een artikel aan de collectie”:

- alle inschrijvers hebben ofwel interne diensten ofwel partners die de mogelijkheid hebben de modellen te wijzigen of te creëren ;

- de gekozen inschrijver biedt deze dienst kosteloos aan zoals McGregor en UDC;

- prototypes kunnen bij de gekozen inschrijver en bij McGregor en UDC snel worden gerealiseerd in hun lokalen;

- indien de MIVB zou verzoeken een artikel te wijzigen of een nieuw artikel te creëren, maar het project om één of andere reden afgevoerd zou worden, zouden verzoekende partij en Seyn de kosten aanrekenen;

- verzoekende partij en Seyn krijgen 0 punten en de gekozen inschrijver, McGregor en UDC 2 punten;

- subcriterium 7 “Callcenter”:

- alle inschrijvers hebben een tweetalig callcenter dat tijdens de kantooruren bereikbaar is en via hetwelk alle personeelsleden rechtstreeks met de leverancier in contact kunnen treden en rechtstreeks de informatie krijgen die zij nodig achten; alleen de gekozen inschrijver en verzoekende partij hebben gratis lijnen en krijgen 2 punten ;

- subcriterium 8 “Reporting”:

- de gekozen inschrijver en verzoekende partij hebben “een maandverslag opgesteld dat een synthese geeft van de inlichtingen afkomstig uit hun informaticasysteem, maar dat tevens aangevuld is met cijfers van de leveringsprestatie en met inlichtingen afkomstig van het callcenter (beheer van de oproepen, klachten, teruggestuurde waren, enz.); dit maandverslag maakt het mogelijk na te kijken dat alle elementen die onder een Service Level Agreement vallen, in aanmerking zijn genomen en geanalyseerd zijn”, zij krijgen 2 punten; de drie andere inschrijvers hebben geen concrete voorbeelden gegeven en leggen uit dat de MIVB inlichtingen kan ophalen op hun informaticasite en krijgen 0 punten.

Aldus scoort de gekozen inschrijver op het derde gunningscriterium hier de maximumscore van 20 punten; dit is 6 punten meer dan verzoekende partij. Het derde gunningscriterium is dan ook doorslaggevend geweest.

Bij het vierde gunningscriterium “Milieumaatregelen” wordt vermeld dat de inschrijvers in hun kandidatuur hebben verklaard de sociale criteria gebaseerd op de overeenkomsten van de IAO na te leven en toe te passen en zich ertoe verbinden te waken over “de naleving van de principes en fundamentele rechten van de arbeid uitgevaardigd door de IAO”, alsook dat “alle inschrijvers zorgvuldig de genomen maatregelen ten gunste van het leefmilieu (fabricage van de stoffen en confectie) [hebben] beschreven”. Zij krijgen ook alle 80 % van het maximumcijfer of 4 punten op 5.

14. In het middel betwist verzoekende partij in feite enkel de formele motivering van de beoordeling van het eerste, tweede en vierde gunningscriterium en de formele motivering van de subcriteria 1, 3, 6, 9 en 10 van het derde gunningscriterium.

Betreffende het tweede gunningscriterium “Informatica” en het vierde gunningscriterium “Milieumaatregelen” voert verzoekende partij aan dat absoluut niet duidelijk is waarom elke offerte op het vlak van de “Informatica” en “Milieumaatregelen” gelijkwaardig zou zijn en waarom er geen enkel verschil zou bestaan tussen de vijf beoordeelde offertes. De motivering is volgens haar zeer vaag en laat haar niet toe te begrijpen waarom haar offerte hier evenveel scoort als de andere inschrijvers. Zij benadrukt nog dat beide criteria een kwalitatief inhoudelijk gunningscriterium zijn waarbij voor “Informatica” een evaluatie zou worden gedaan van het aangeboden informaticasysteem waarbij gekeken zou worden naar de “E-catalogus, het voorgesteld systeem dienend als ondersteuning van het proces vanaf de bestelling van de agent, op de portaalsite, tot de levering van het pakket, evenals de gevolgen voor het interne proces van de MIVB (aftrek van de persoonlijke rekening van de agent, de facturatie)” en waarbij voor “Milieumaatregelen” volgens het bestek gekeken zou worden naar “de genomen maatregelen ten voordele van het leefmilieu en de eerbied voor het leefmilieu bij de werkmethodes en de gebruikte producten en verpakkingen” en dat uit niets blijkt dat hier daadwerkelijk een beoordeling is gedaan van al deze elementen en dat al deze elementen bij elke inschrijver gelijkwaardig zijn.

15. Volgens artikel 2.11 van het bestek (blz. 17) moet het computersysteem compatibel zijn met OCI-SAP, moet de webshop OCI-compliant zijn, moet het versturen van de bestellingen via EDI gebeuren, zullen de kosten veroorzaakt door de invoering van de e-catalogus samen met de nodige aanpassingen ervan om te zorgen voor een perfecte compatibiliteit tussen het systeem van de inschrijver en dat van de MIVB verrekend worden in de TCO en zijn de essentiële punten:

- “- Bestelling op de portaalsite e-catalogus door de agent
- Automatische aanmaak van een bestelnummer in SAP van de MIVB
- Aftrek van de rekening van de agent in het MIVB-systeem
- Opstellen van een Excel-bestand met het detail van elke bestelling (1 bestellijn per artikel)
- Overeenkomstige facturatie (per bestellijn overeenkomst van aantal en prijs) met het bestelnummer SAP”.

Op het vlak van milieumaatregelen vereist artikel 1.9, punt 7, van het bestek (blz. 7) “een beschrijving van de genomen maatregelen ten voordele van het milieu en van de milieu vriendelijke werkmethoden, producten en verpakkingen (desgevallend kopie van OKOTEX label of equivalenten)”.

Artikel 1.12 van het bestek bepaalt voorts onder “Uitsluitingscriteria”:

“Indien de evaluatie van het informaticasysteem een te groot risico of een te grote onzekerheid voor de MIVB inhoudt en/of de inschrijver geen voldoende nauwkeurige beschrijving kan geven betreffende het naleven van de arbeidsomstandigheden op de verschillende plaatsen waar kledingstukken worden vervaardigd, dan kan de MIVB deze inschrijver onmiddellijk uitsluiten”.

De betrokken gunningscriteria worden in de bestreden beslissing elk beoordeeld en gequoteerd.

In de mate dat in de bestreden beslissing bij “Informatica” wordt vastgesteld dat “alle systemen gelijkwaardige functionaliteiten [voorstellen] die voldoende zijn voor de MIVB”, lijkt dit in te houden dat de offertes wel degelijk op dit punt werden vergeleken. Anders kan immers niet worden vastgesteld dat alle systemen gelijkwaardige functionaliteiten voorstellen.

Zulks lijkt ook te gelden voor de beoordeling van “Milieumaatregelen” waar wordt vastgesteld:

“In hun kandidatuur dossier hebben de inschrijvers verklaard de sociale criteria gebaseerd op de overeenkomsten van de IAO (Internationale Arbeidsorganisatie) na te leven en toe te passen. Ze verbinden zich ertoe te waken over de naleving van de principes en fundamentele rechten van de arbeid, uitgevaardigd door de IAO, waaronder:

- vrijheid van vereniging en daadwerkelijke erkenning van het recht op collectief overleg;
- afschaffing van elke vorm van gedwongen of verplichte arbeid; afschaffing van elke vorm van discriminatie op het vlak van werk en beroep;
- daadwerkelijke afschaffing van de ergste vormen van kinderarbeid”,

en vervolgens:

“Alle inschrijvers hebben zorgvuldig de genomen maatregelen beschreven ten gunste van het leefmilieu (fabricage van de stoffen en confectie)”.

Aldus lijken de diverse voorstellen wel degelijk te zijn vergeleken wat betreft deze twee gunningscriteria.

Tevens blijkt uit de bestreden beslissing dat inzake “Informatica” de inschrijver 80 % van de punten krijgt als wat hij voorstelt overeenstemt met de verwachtingen van de MIVB, dat hij een hogere score krijgt als de voorgestelde informaticatool een meerwaarde inhoudt voor de MIVB en dat hij een lagere score krijgt als de voorgestelde tool beperktere toepassingen biedt. Uit de voornoemde motivering en de toegekende 20 punten op 25 blijkt dan tegelijk dat geen voorgestelde informaticatool een meerwaarde inhoudt of beperktere toepassingen biedt.

Alhoewel dit niet uitdrukkelijk in de bestreden beslissing is verwoord, lijkt te kunnen worden aangenomen dat ook voor “Leefmilieu” de toegekende 80% van de punten steunt op de vaststelling dat wat werd voorgesteld beantwoordt aan de bestekvereisten en de verwachtingen zonder echter een meerwaarde in te houden of beperkter te zijn dan verwacht.

In de mate dat verzoekende partij echter niet weet wat de andere inschrijvers concreet voorstelden, kan zij niet met kennis van zaken betwisten dat hun voorstellen als bevredigend werden beschouwd en dus ook niet in voorkomend geval aantonen dat de gekozen inschrijver hier een te hoge score kreeg. Aldus lijkt om die reden te dezen niet voldaan aan de formele motiveringsplicht. Het administratief dossier lijkt trouwens evenmin een stuk te bevatten waaruit blijkt waarom alle voorstellen hier werden geacht gelijkwaardig te zijn en te voldoen aan het bestek en de verwachtingen.

Een en ander lijkt te dezen ook des te meer te klemmen nu uit de vertrouwelijke stukken 9a en 9b van het administratief dossier, meer bepaald de

offerte van de gekozen inschrijver La Calaisienne en de onderhandelingen, lijkt te kunnen worden afgeleid dat er bij testen toch problemen waren.

De vaststelling in de bestreden beslissing dat de genomen maatregelen ten gunste van het leefmilieu zorgvuldig beschreven werden, zegt trouwens weinig over de maatregelen zelf. De voorgestelde maatregelen inzake “leefmilieu” beschreven in de offertes van verzoekende partij en deze van de gekozen inschrijver lijken ook niet zonder meer identiek en nergens uit de bestreden beslissing – of zelfs het dossier – blijkt dat en waarom ze gelijkwaardig werden geacht.

In de mate dat verwerende partij opwerpt dat de motiveringsplicht niet vereist dat telkens zou worden gedetailleerd waarom de diverse voorstellen op het vlak van het betrokken gunningscriterium gelijkwaardig zouden zijn en dat het volstaat dat uit de motivering van de bestreden beslissing kan worden afgeleid welke redenen doorslaggevend zijn geweest voor de toewijzing van de opdracht aan de “weerhouden” inschrijver, hetgeen te dezen het geval zou zijn nu uit de bestreden beslissing duidelijk blijkt dat de offerte van de “weerhouden” inschrijver als meest voordelige offerte werd gerangschikt op grond van de meerwaarde die deze offerte vertoonde op de subcriteria “2, 4, 5, 7 en 8” - in vergelijking met verzoekende partij in feite enkel 2, 4 en 5- , gaat zij eraan voorbij dat het totale puntenverschil slechts 3,56 is zodat de rangschikking ook beïnvloed kan worden indien de offerte van de gekozen inschrijver ten onrechte werd beschouwd als beantwoordend aan de verwachtingen van de MIVB.

16. Verzoekende partij voert voorts in dit middel aan dat ook de motivering van de beoordeling van subcriteria 1, 3, 6, 9 en 10, door haar omschreven als “kwaliteitscontrole”, “levering van de bestellingen en kwaliteit van de geïndividualiseerde pakketten”, “technische fiches van de artikelen”, “kwaliteit van de stalen” en “gamma van de voorgestelde maten”, van het derde gunningscriterium “Dienst” niet afdoende is. Haar kritiek houdt in dat weliswaar wordt vermeld dat de inschrijvers ofwel 0 op 2 ofwel 2 op 2 konden behalen voor elk subcriterium naargelang de aangeboden dienst als bevredigend of onbevredigend wordt beschouwd en dat alle offertes op deze punten “gelijkwaardig” en “bevredigend” zijn maar dat nergens *in concreto* wordt

verduidelijkt waarom elke inschrijving voor deze subcriteria bevredigend en gelijkwaardig zou zijn. Uit niets blijkt dat een beoordeling is gedaan van al deze subcriteria en dat de beoordelingselementen voor elke inschrijver gelijkwaardig zijn.

De betrokken subgunningscriteria worden in de bestreden beslissing tezamen vermeld en gequoteerd, waarbij wordt aangegeven dat deze subcriteria bij alle inschrijvers worden beoordeeld als “gelijkwaardig en bevredigend” en dat alle inschrijvers 2 punten krijgen (voor elk subcriterium).

Aldus lijken de diverse voorstellen wel degelijk te zijn vergeleken wat betreft de betrokken subgunningscriteria.

De conclusie dat de offertes op deze punten bevredigend en gelijkwaardig zijn veronderstelt immers dat ze werden beoordeeld en dus vergeleken voor wat betreft de betrokken subgunningscriteria.

In de mate dat verzoekende partij echter ook hier niet weet wat de andere inschrijvers concreet voorstelden, kan zij niet met kennis van zaken betwisten dat hun voorstellen bevredigend zijn en dus ook niet in voorkomend geval aantonen dat de gekozen inschrijver hier een te hoge score kreeg en in feite een onbevredigende dienst voorstelde. Aldus lijkt om die reden ook wat de betrokken subgunningscriteria betreft, niet voldaan aan de formele motiveringsplicht. Het administratief dossier lijkt trouwens evenmin een stuk te bevatten waaruit blijkt waarom alle voorstellen hier werden geacht gelijkwaardig te zijn en bevredigend. In de mate dat verwerende partij opwerpt dat de motiveringsplicht niet vereist dat telkens zou worden gedetailleerd waarom de diverse voorstellen op het vlak van de betrokken gunningscriteria gelijkwaardig zouden zijn en dat het volstaat dat uit de motivering van de bestreden beslissing kan worden afgeleid welke redenen doorslaggevend zijn geweest voor de toewijzing van de opdracht aan de “weerhouden” inschrijver, kan ook hier worden vastgesteld dat het totale puntenverschil slechts 3,56 is zodat de rangschikking ook beïnvloed kan worden indien de offerte van de gekozen inschrijver ten onrechte op deze subcriteria beschouwd werd als bevredigend.

In de nota stelt verwerende partij wel “louter ten overvloede” dat “de gelijkwaardige score van alle offertes voor de subcriteria 1, 3, 6, 9 en 10 wel degelijk redelijk verantwoord is:

“- Subcriteria 1: controle van de kwaliteit

Alle inschrijver[s] hebben in hun offerte beschreven op welke manier ze inkomende kledij controleren op hun kwaliteit. Allen baseren zich op hun kwaliteitmanueel. Deze controle[s] zijn gelijkwaardig en voldoen aan de verwachtingen van de MIVB

- Subcriteria 3: levering van de bestellingen en kwaliteit van de geïndividualiseerde pakketten

Alle inschrijvers hebben in hun offerte de manier van leveren en verpakken beschreven. Alle voorstellen zijn gelijkwaardig en beantwoorden aan de eisen van de MIVB betreffende de bescherming van de kledij (plastic housse, niet geplooid , ...) tijdens het transport en de inhoud (verzendingsnota, indicatie op het pak) van het pak.

- Subcriteria 6: technische fiches van de artikelen

Alle inschrijvers beschikken over technische fiches die zowel de karakteristieken van de stof als de confectie weergeven. Bij de evaluatie zijn er 3 fiches vergeleken. Inhoudelijk zijn deze gelijkwaardig en bevatten alle elementen die de MIVB nodig zal hebben om de kwaliteitscontrole te laten uitvoeren en bij het heropstarten van een nieuw contract.

- Subcriteria 9: kwaliteit van de stalen

Er werd aan alle inschrijvers gevraagd om 3 stalen (parka unisex, blouson unisex en polar Security) bij te voegen aan hun offerte. Deze stalen dienden om een algemeen beeld te krijgen over de kwaliteit van de confectie en om een keuze te maken uit de voorgestelde modellen. In dit subcriterium werd alleen de kwaliteit van de confectie geëvalueerd, deze was bij alle inschrijvers gelijkwaardig en voldeed aan de eisen van de MIVB.

- Subcriteria 10: gamma van de voorgestelde maten

Alle inschrijvers stelden een gamma van standaardmaten voor, die in de bufferstock op voorraad worden gehouden en waarmee de dragers die als “standaard” aanzien worden kunnen bevoorrad worden. Op basis van het voorgestelde gamma van maten van de actuele leverancier (Indiform) zullen alle inschrijvers deze maten standaard aanleveren vanuit de bufferstock”.

Deze motivering blijkt echter niet alleen niet uit de bestreden beslissing maar lijkt ook niet uit het administratief dossier te kunnen worden afgeleid. Het gaat dan ook om een *a posteriori* motivering die het vastgestelde gebrek in de formele motivering niet kan goedmaken. Ook hier blijft de motivering

trouwens relatief vaag en vaak beperkt tot de wat langer verwoorde vaststelling dat de voorstellen gelijkwaardig zijn. Om welke elementen het bijvoorbeeld gaat in subcriterium 6, wat de eisen zijn bedoeld in subcriterium 9 en wat de resultaten waren van de kwaliteitsanalyse, blijft onbesproken.

17. Het eerste middel is in de aangegeven mate dan ook ernstig, namelijk in zoverre het steunt op de schending van de formele motiveringsplicht zoals vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 en van de artikelen 65/4 en 65/5 van de wet van 24 december 1993. Het staat dan tegelijk niet meer vast dat voldaan is aan de materiële motiveringsplicht.

VI. Besluit

18. Het eerste middel is ernstig. Deze vaststelling volstaat om te besluiten tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 25 januari 2011 van het beheerscomité van de Maatschappij voor Intercommunaal Vervoer te Brussel (MIVB) om de opdracht te gunnen aan La Calaisienne.

Er lijkt te dezen geen reden om tevens reeds te besluiten tot uitdrukkelijke schorsing van de impliciete beslissing om de opdracht niet toe te wijzen aan verzoekende partij. Verzoekende partij toont immers alvast niet aan welk bijkomend voordeel zulks haar zou verschaffen. De exceptie die verwerende partij daaromtrent opwerpt, wordt dienvolgens aanvaard.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 25 januari 2011 van het beheerscomité van de Maatschappij voor het Intercommunaal Vervoer te Brussel (MIVB) om de overheidsopdracht houdende een raamovereenkomst voor een duur van 7 jaar voor de confectie en distributie van uniformen te gunnen aan La Calaisienne.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 10 maart 2011,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest