

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 217.012 van 23 december 2011
in de zaak A. 187.929/XII-5416**

In zake: de NV SCHOONMAAKBEDRIJF ALL BUILDING
SERVICES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders, Dirk Erreygers en
Sven Vernaillen
kantoor houdende te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 210 A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Coen
kantoor houdende te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 210 A
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 13 juni 2008, strekt tot de
nietigverklaring van:

- “• de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Antwerpen dd. 11 april 2008 zoals vermeld in het schrijven van de Stad Antwerpen dd. 11 april 2008 waarbij wordt beslist de offerte van verzoekende partij tot uitvoering van de diensten voorwerp van de percelen 1 tot en met 10 zoals beschreven in het bestek nr. 2007/8034, niet te weerhouden als meest voordelige offerte.
- de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Antwerpen dd. 11 april 2008 zoals vermeld in het schrijven van de Stad Antwerpen dd. 11 april 2008 waarbij wordt beslist om de offerte van de NV ISS, Steenstraat 20 bus 1 te 1800 Vilvoorde voor

wat betreft de percelen 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 en 10 te weerhouden als meest voordelige offerte en haar de opdracht te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 182.849 van 13 mei 2008 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen verworpen.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en verzoekster heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

Verzoekster en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 juni 2011.

Staatsraad Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joris Wouters, die loco advocaten Christophe Lenders, Dirk Erreygers en Sven Vernailen verschijnt voor verzoekster en advocaat Christophe Lenders, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 beslist een opdracht uit te schrijven voor het uitvoeren van schoonmaakwerken voor alle bedrijven van de stad Antwerpen. De opdracht wordt bekend gemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 16 oktober 2007 en in het Europees Publicatieblad van 17 oktober 2007.

De opdracht behelst een aanneming van diensten op basis van een algemene offerteaanvraag tegen prijslijst onderverdeeld in tien percelen, volgens de plaats waar de opdracht dient te worden uitgevoerd.

Artikel 8 van het toepasselijke bestek nr. 2007/8034 vermeldt dat de gunning gebeurt aan de voordeligste regelmatige offerte op grond van twee gunningcriteria: de prijs (50 punten) en het plan van aanpak (50 punten). Met betrekking tot dit plan wordt toegelicht:

“In dit plan van aanpak moet de inschrijver:

- ° een uiteenzetting geven i.v.m. de organisatorische draagkracht van zijn onderneming.
- ° hoe zal de onderneming een opdracht als deze - omschreven in het bestek - organisatorisch en praktisch aanpakken.
- ° aangeven hoe hij zorgt voor de nodige opleiding van het personeel voor dit dossier rekeninghoudend met de overname van het personeel. Hierbij wordt gelet op de duur, de inhoud, methodologie, competentieverhogende aspecten, e.d. van de opleiding.
- ° aangeven welke waarborg hij kan bieden opdat de opdracht gedurende de ganse duur van de overeenkomst correct uitgevoerd zal worden
- ° verbintenis dat het schoonmaakbedrijf het opgemaakte plan van aanpak strikt naleeft.
- ° uit het plan van aanpak moet blijken dat de inschrijver initiatieven neemt inzake maatschappelijk verantwoord ondernemen.

Voor de stad Antwerpen is maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) een belangrijke doelstelling. Zij wenst de principes van MVO niet alleen verder te introduceren in haar eigen werking, maar wenst ook een beroep te doen op haar leveranciers om deze in te bedden in de opdrachten die zij voor de stad uitvoeren.

- welke milieu ontlastende maatregelen worden genomen? Beschrijf welke producten, verpakkingen, transport, technieken... worden aangewend bij de uitvoering van de opdracht? Beschrijf tevens op welke manier u in deze opdracht werk maakt van afvalbeleid,

een veilige en gezonde werkplek, milieuzorg- of milieumanagementsystemen...

- Welke sociale maatregelen worden genomen? Hoe maakt de onderneming in deze opdracht werk van een actief diversiteitsbeleid, inschakeling van werkzoekenden uit de kansengroepen op de arbeidsmarkt, medewerkers betrokkenheid, samenwerking met de sociale economie...
- De maatregelen moeten controleerbaar en concreet gemaakt worden met voorbeelden, concrete data, uit te voeren en/of reeds gevoerde acties, beleidsverklaringen, kwaliteitscriteria of labels van de onderneming inzake maatschappelijk verantwoord ondernemen... (Deze opsomming is niet beperkend)".

Verzoekster dient een offerte in.

3.2. Er wordt een (eerste) gunningverslag opgesteld door de stedelijke diensten. Hieruit blijkt dat er twaalf offertes zijn ingediend waarvan twee laattijdig. De tijdige offertes worden regelmatig bevonden.

Overeenkomstig het gunningverslag beslist het college van burgemeester en schepenen op 21 december 2007 percelen 1, 3, 7, 8 en 10 toe te wijzen aan de nv Care en percelen 2, 4, 5, 6 en 9 toe te wijzen aan de nv ISS.

3.3. Het college van burgemeester en schepenen gaat op 25 januari 2008 over tot de intrekking van zijn beslissing van 21 december 2007. Aanleiding daartoe is onder andere een negatief advies van 21 januari 2008 van de inspectie van financiën waarin wordt vastgesteld dat niet voor alle gunningcriteria en percelen dezelfde afrondingsmethode werd gehanteerd ("op bijvoorbeeld 3 cijfers na de komma").

Er wordt een nieuw gunningverslag opgesteld. Het concludeert dat alle tien de percelen aan inschrijver nv ISS dienen te worden toegewezen.

Op 11 april 2008 beslist het college van burgemeester en schepenen ook effectief in die zin.

IV. Belang

Uiteenzetting van de exceptie

4. Verwerende partij betwist het belang van verzoekster omdat zij onvoldoende concreet aangeeft welk voordeel zij met haar beroep beoogt. Dat is inzonderheid problematisch, eensdeels, gelet op het feit dat de overeenkomst met de nv ISS inmiddels tot stand is gekomen en verzoekster de opdracht alleszins niet zelf meer kan verkrijgen en, anderdeels, gelet op de omstandigheid dat verzoekster “totaal niet in nuttige orde” is gerangschikt en “zelfs de middelen van verzoekster geen afbreuk doen aan deze onnuttige rangschikking”.

Beoordeling

5. De exceptie betwist terecht niet dat de bestreden beslissingen voor verzoekster een nadeel hebben meegebracht.

In zoverre de exceptie wel betwist dat een vernietiging ervan verzoekster nog een voordeel kan bijbrengen omdat er ondertussen een contract met de nv ISS gesloten is, gaat de exceptie voorbij aan de eigenheid van het beroep tegen een afsplitsbare rechtshandeling.

Aan het beroep tegen een dergelijke handeling die, hoewel ze verband houdt met een contract, er juridisch van afgescheiden wordt, is het nu eenmaal inherent dat het zonder directe weerslag blijft op de uitvoering van het contract, waaromtrent de gewone rechter bevoegd is. Dit staat net zo min het belang bij het bestrijden van de afsplitsbare handeling in de weg, als het een beletsel is voor de ontvankelijkheid *ratione materiae* van het beroep.

Verzoekster ontleent aan de omstandigheid dat zij bij de toewijzing van de opdracht is voorbijgegaan een gekwalificeerd moreel belang.

De nagestreefde nietigverklaring dient dat belang en blijft het dienen, ook al is het contract intussen gesloten en eventueel zelfs al uitgevoerd.

In zoverre, ten slotte, verwerende partij tegenwerpt dat verzoekster geheel onnuttig gerangschikt was en dat de aangevoerde middelen daar niets aan kunnen veranderen, kan het onderzoek van de exceptie niet buiten dat van de middelen.

6. Er is derhalve geen reden om het beroep *a priori* onontvankelijk te verklaren.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. In een eerste middel voert de verzoekster de schending aan van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel.

In een *eerste onderdeel* zet verzoekster uiteen dat de minder gunstige beoordeling van haar offerte betrekking heeft op elementen en verwachtingen die niet waren vermeld in het bijzonder bestek bij de omschrijving van het gunningcriterium “plan van aanpak”, doch betrekking hebben op de later door verwerende partij getoetste “elementen”, namelijk

- inzake het eerste subcriterium: “de timing en planning van de overname en doorlichting van het personeel”;

- inzake het tweede subcriterium: “individuele werkplanning” en “tijdsregistratie”;
- inzake het derde subcriterium: “het al dan niet voorzien in een opleidingsmodule over sociale wetgeving”;
- inzake het vierde subcriterium: “certificaten” en “de toetsing van de offerte in functie van ‘tijdsregistratie’”.

In een *tweede onderdeel* argumenteert verzoekster dat verwerende partij door in de bestreden beslissing rekening te houden met de hiervoor vermelde elementen een invulling geeft aan het tweede gunningcriterium die geenszins een band heeft met de opdracht. Wat betreft het eerste subcriterium is het verlenen van een stappenplan en timing voor de overname van personeel van de voorgaande dienstverlener niet relevant voor de beoordeling van de inhoud van de offerte. Elke kandidaat dient sowieso de bepalingen van de CAO van 12 mei 2003 na te leven. Evenmin leveren de voorlegging van een individuele werkplanning en een tijdsregistratie, die ter sprake komt bij de beoordeling van het tweede subcriterium, enig nut of voordeel. Het bestek voorziet immers reeds duidelijk in de wijze waarop de uren van de werknemers dienen te worden bijgehouden alsook in het hoe, waar, wanneer en met hoeveel uitvoering dient te worden gegeven aan de opdracht. De verwijzing naar het al dan niet voorgelegd hebben van “certificaten” bij het vierde subcriterium is een selectiecriterium en geen gunningcriterium. In het kader van de schorsingsprocedure verduidelijkte verwerende partij dat hiermee werd verwezen naar de “gangbare en gekende kwaliteitscertificaten zoals ISO, VCA (veiligheid checklist aannemers) en ABSU (gelijkvormigheidscertificaat Algemene en Belgische Schoonmaak Unie)”. Dergelijke certificaten kunnen niet worden gebruikt als gunningcriterium, wel als selectiecriterium. Tot slot dient met betrekking tot het derde subcriterium de vraag te worden gesteld welk voordeel het verwerende partij oplevert dat een offerte tevens voorziet in een opleiding voor het schoonmaakpersoneel over sociale wetgeving.

8. In de memorie van wederantwoord betoogt verzoekster wat het eerste middelonderdeel betreft nog dat zij niet kon weten dat haar “plan van aanpak” zou worden beoordeeld aan de hand van vijf subcriteria die elk een weging hebben van 10 punten en waarbij ieder subcriterium verder zou worden uitgewerkt aan de hand van een aantal subsubcriteria. Onder verwijzing naar het arrest van 24 januari 2008 van het Hof van Justitie inzake Lianakis (C-532/06), oordeelde de Raad van State in zijn arrest nr. 183.809 van 5 juni 2008 dat het niet opgaat om achteraf bij de beoordeling, plots subcriteria en wegingcoëfficiënten vast te stellen die niet in het bijzonder bestek zijn vermeld.

Wat het tweede middelonderdeel betreft, herhaalt verzoekster dat het stappenplan en de timing van het personeel geenszins relevant is, nu deze elementen reeds werden geregeld door de CAO van 12 mei 2003, nu verzoekster reeds bezig was met het uitvoeren van schoonmaakdiensten voor verwerende partij en nu verwerende partij niet uitlegt hoe de overname van het personeel concreet moest worden ingevuld, dat een bijkomende individuele werkplanning en tijdsregistratie geen nut heeft nu het bijzonder bestek daarin reeds voorziet, en dat de certificaten alle betrekking hebben op betrouwbaarheid en technische capaciteiten van de inschrijver, hetgeen uitsluitend mag worden beoordeeld in het kader van de kwalitatieve selectie.

9. In de laatste memorie blijft verzoekster erbij dat verwerende partij voor de beoordeling van de offertes wel degelijk gebruik heeft gemaakt van criteria die niet in het bestek waren vermeld. Het gunningcriterium “Plan van aanpak” wordt opgedeeld in vijf subcriteria, die op hun beurt worden opgedeeld in beoordelingselementen of subsubcriteria. Al die elementen dienden conform het arrest Lianakis van het Hof van Justitie en het arrest nr. 183.809 van de Raad van State te worden opgenomen in het bestek.

Bovendien kunnen niet al de subsubcriteria worden ondergebracht onder de vijf subcriteria van het gunningcriterium “plan van aanpak”. Ze konden door verzoekster niet worden voorzien.

Ten slotte benadrukt verzoekster dat “kwaliteitscertificaten” zoals ISO, VCA en ABSU enkel kunnen dienen in het kader van een selectie-criterium en niet in het kader van een gunningcriterium. Als gunningcriteria zijn immers uitgesloten criteria die er niet toe strekken om de economische voordeligste aanbieding vast te stellen, maar die in wezen verband houden met de beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers om de betrokken opdracht uit te voeren. De door verwerende partij genoemde certificaten kunnen *in casu* enkel dienen in het kader van de kwalitatieve selectie; ze hebben immers betrekking op de persoon van de inschrijver en niet op de intrinsieke waarde van zijn offerte.

Beoordeling

10. Artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten bepaalt dat bij een algemene of beperkte offerteaanvraag de opdracht dient te worden toegewezen aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningcriteria die vermeld moeten zijn in het bestek of eventueel in de aankondiging van de opdracht. Artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken bepaalt dan weer dat de aanbestedende overheid de regelmatige offerte kiest die haar het voordeligst lijkt op grond van criteria die verschillend kunnen zijn naargelang van de opdracht en dat de aanbestedende overheid in het bestek en eventueel in de aankondiging van de opdracht al de gunningcriteria vermeldt, zo mogelijk in volgorde van afnemend belang. In dat geval wordt die volgorde in het bestek of in de aankondiging vermeld, zo niet hebben de gunningcriteria dezelfde waarde.

11. Artikel 8 van het bestek te dezen specificiert dat twee gunningcriteria zullen worden gebruikt: de prijs (50 punten) en het plan van aanpak (50 punten).

Het tweede criterium wordt verduidelijkt in zes punten, waarvan het vijfde alleen maar de verbintenis betreft dat het plan van aanpak strikt zal worden nageleefd. Resten dus vijf punten die als eigenlijke subcriteria op te vatten zijn: een uiteenzetting in verband met de organisatorische draagkracht van de onderneming; een uiteenzetting over hoe de opdracht organisatorisch en praktisch zal worden aangepakt; het geven van een toelichting over hoe gezorgd wordt voor de nodige opleiding van het personeel, waarbij gelet wordt op de duur, de inhoud, methodologie, competentieverhogende aspecten, en dergelijke, van de opleiding; het aangeven van welke waarborg kan worden geboden opdat de opdracht gedurende de ganse duur van de overeenkomst correct zal worden uitgevoerd; en het doen blijken van initiatieven inzake maatschappelijk verantwoord ondernemen, waarbij het gaat om de vragen “Welke milieu ontlastende maatregelen worden genomen?” en “Welke sociale maatregelen worden genomen?”.

In het gunningverslag zijn de punten voor het tweede criterium over deze subcriteria verdeeld, waarbij er, overeenkomstig het hiervoor vermelde artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, van uitgegaan is dat ze alle vijf dezelfde waarde hebben en waarbij daaraan hetzelfde relatief gewicht is toegekend. De Raad van State kan daar -conform het door verzoekster aangevoerde arrest Lianakis, nrs. 42 en 43- geen bezwaar in zien nu die vaststelling van de weging geen wijziging brengt in de in het bestek of in de aankondiging van de aanbesteding vastgelegde criteria, nu ze geen elementen bevat die, indien bij de voorbereiding van de offertes bekend, die voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden, en nu ze niet is gekozen met in aanmerkingneming van elementen die discriminerend kunnen werken jegens een van de inschrijvers.

12. In het besproken eerste middel, zoals geformuleerd in het verzoekschrift, bekritiseert verzoekster “de minder gunstige beoordeling” die haar offerte te beurt viel bij de toetsing ervan aan de voormelde subcriteria.

In het eerste onderdeel klaagt verzoekster wezenlijk aan dat de aanbestedende overheid de gunningcriteria in het bestek te buiten is gegaan en elementen heeft getoetst die er niet in passen. Zij licht dit toe wat vier van de voormelde subcriteria betreft.

Voorts kunnen volgens het tweede onderdeel de elementen die door het eerste onderdeel worden gevisieerd niet dienen bij de keuze van de meest voordelige en regelmatige offerte omdat ze “geenszins enig uitstaans hebben met de aard van de opdracht en het al dan niet voordelig karakter ervan voor de verwerende partij”.

13.1. Meer bepaald overschreed, volgens verzoekster, verwerende partij de perken van het eerste subgunningcriterium van het tweede gunningcriterium, namelijk “een uiteenzetting geven ivm de organisatorische draagkracht van [de] onderneming”, door in het kader van de toetsing ervan “de timing en de planning van de overname en doorlichting van het personeel” te beoordelen. Bovendien zouden vermeld stappenplan en de timing hoe dan ook “niet relevant zijn voor de beoordeling van de inhoud van de offerte”.

13.2. Verzoekster heeft voor het betrokken subgunningcriterium 3 op 10 gekregen. Dat wordt in het gunningverslag als volgt verantwoord:

“De bedrijfsstructuur en organigram zijn bij de inschrijving gevoegd. Er werd geen opstart- noch stappenplan uitgewerkt; er is geen timing teruggevonden. De overname en de doorlichting van het personeel werd niet besproken. Binnen de operationele organisatie is enkel de interne communicatie verduidelijkt. Over de externe communicatie werd niets medegedeeld”.

Het antwoord op de vraag naar een uiteenzetting in verband met de organisatorische draagkracht van de onderneming moet de aanbestedende overheid toelaten na te gaan of, en in welke mate, de onderneming organisatorisch sterk genoeg is voor de opdracht, waarvan verwerende partij niet ten onrechte zegt dat het “een complexe opdracht betreft met verschillende

percelen, soorten gebouwen, stadsdiensten met eigen behoeften (bv. scholen, administraties, brandweer, stads- en buurtonderhoud, ...)”.

Het oordeel dat een start- en/of stappenplan, met timing, behulpzaam kan zijn om een inzicht te verwerven in die organisatorische draagkracht en om te appreciëren hoezeer de onderneming organisatorisch is toegerust voor de opdracht, gaat niet de redelijkheid te buiten.

Voorts wordt met verwerende partij aangenomen dat de overname van personeel naar aanleiding van de hergunning van een onderhoudscontract, niet geringe organisatorische eisen aan de nieuwe werkgever stelt. In dit licht lijkt het evenmin verkeerd met betrekking tot de organisatorische draagkracht van de onderneming aandacht te besteden aan het punt van de overname en de doorlichting van het overgenomen personeel.

In zoverre verzoekster ter zake in de memorie van wederantwoord doet gelden dat “het verzoekende partij zelf was die reeds schoonmaakdiensten aan het uitvoeren was voor verwerende partij en dit in de periode van 1 januari 2003 tot 31 december 2007”, is haar betoog zowel niet-ontvankelijk als ongegrond. Niet-ontvankelijk, omdat het verder gaat dan wat in het verzoekschrift wordt aangevoerd, terwijl het reeds daarin kon zijn aangevoerd. Ongegrond omdat in het gunningverslag alleen wordt vastgesteld dat de overname en doorlichting van het personeel niet worden besproken, omdat dit als zodanig niet betwist wordt, en omdat niets verzoekster belette, indien er volgens haar geen personeel moest worden overgenomen, dit tenminste uitdrukkelijk te vermelden.

De door verzoekster bekritiseerde elementen passen binnen het subgunningcriterium en houden verband met de intrinsieke waarde van de offerte.

14.1. Voorts heeft, volgens verzoekster, verwerende partij ook aan het tweede subgunningcriterium van het tweede gunningcriterium, namelijk

“Organisatorische en praktische aanpak”, toegevoegd, door in het gunningverslag te verwijzen naar de “individuele werkplanning” en “tijdsregistratie”. Tevens meent verzoekster dat die elementen geen gunningcriterium kunnen zijn omdat ze verwerende partij geen enkel nut of voordeel opleveren.

14.2. Verzoekster scoorde voor het subgunningcriterium 4 op 10. De verantwoording luidt:

“De begeleidende opstartfase werd niet uitgewerkt; de opmaak van het werfdossier en de individuele werkplanning zijn niet verduidelijkt. Aan veiligheid, opleiding wordt degelijk aandacht besteed. Het materiaal voldoet aan de eisen maar een tijdsregistratie is niet aanwezig”.

Met de wijze waarop een inschrijver de in het bestek omschreven opdracht *in concreto* aanpakt, houdt, anders dan verzoekster meent, wel degelijk de verduidelijking verband omtrent hoe wordt tewerk gegaan bij de individuele werkplanning van het personeel, evenals bij de praktische organisatie van de tijdsregistratie. Wáár het bestek zelf in een en ander zou voorzien, zoals verzoekster beweert, wordt overigens niet gepreciseerd.

De betrokken elementen blijven binnen de perken van het subcriterium en kunnen redelijkerwijze geacht worden ertoe bij te dragen om de economisch voordeligste aanbidding te helpen vaststellen.

15.1. Verwerende partij is volgens verzoekster in de derde plaats buiten de gunningcriteria in het bestek getreden door met betrekking tot het derde subgunningcriterium van het tweede gunningcriterium -“Opleiding van het personeel”- er rekening mee gehouden te hebben of de sociale wetgeving al dan niet “werd voorzien of verduidelijkt”. Ten andere kan het criterium volgens verzoekster in elk geval geen gunningcriterium zijn aangezien “het geen betrekking heeft op de aard van de opdracht noch tot voordeel strekt van verzoekende partij” en het “alleszins irrelevant” is.

15.2. Aan verzoekster werden voor het subgunningcriterium 6 punten op 10 toebedeeld. Gemotiveerd werd:

“Het personeel geniet van een basisopleiding o.a. over veiligheid, kwaliteit, ergonomie en kennis van producten en materialen maar niet van vervolmaking en opvolging van deze opleidingen.
Aan techniek wordt geen aandacht besteed, aan de methodiek echter wel.
De sociale wetgeving werd niet voorzien of verduidelijkt”.

Verwerende partij heeft niet onredelijk geoordeeld door bij de waardering van de kwaliteit van de opleiding van het personeel ook de verduidelijking van de sociale wetgeving te betrekken. Zij argumenteert in dit verband niet zonder overtuigingskracht: “Zelfs los van sociale overwegingen heeft verweerster er belang bij dat de opdracht wordt uitgevoerd door mensen die tevreden, betrokken en afdoende opgeleid zijn. Kennis over de eigen sociale rechten en plichten biedt duidelijkheid en houvast aan deze personeelsleden en vermijdt problematische situaties. Dit komt de dienstverlening ongetwijfeld ten goede”.

Bovendien wordt vastgesteld dat het element met betrekking tot de sociale wetgeving maar één enkel aspect van de uitgebrachte beoordeling betreft dat hoe dan ook slechts van een beperkte invloed is geweest. Als verzoekster “maar” 6 op 10 heeft gekregen, dan is dat in de eerste plaats omdat zij na de opleiding niet in opvolging voorziet en ook niet in vervolmaking. Tevens blijkt de inhoud van de opleiding ook nog om een andere reden dan het gebrek aan verduidelijking van de sociale wetgeving niet geheel te voldoen, namelijk omdat geen aandacht aan techniek wordt besteed.

Samengevat is de Raad van State van oordeel dat het element “sociale wetgeving”, mede gelet op het eerder geringe belang dat er door verzoekster is aan toegemeten, voldoende passend is, en voor de inhoudelijke merites van de offerte relevant is, opdat het in het kader van het besproken derde subgunningcriterium in aanmerking mocht worden genomen.

16.1. Ten vierde, en ten slotte, zou verwerende partij volgens verzoekster ook het vierde subgunningcriterium van het tweede gunningcriterium -“Waarborg en kwaliteit”- te buiten zijn gegaan, door bij de beoordeling te verwijzen naar “certificaten” en “tijdsregistratie”. Deze certificaten en attesten hebben overigens betrekking op de persoon van de inschrijver en zijn een selectiecriterium, geen gunningcriterium.

16.2. Verzoekster scoorde voor het subgunningcriterium 1 op 10, op grond van de volgende beoordeling:

“Er zijn geen certificaten. Opstartplannen, opvolging en controle waren afwezig en van betrokkenheid is geen spoor.
Er is een trainingsprogramma voorzien.
De externe communicatie werd niet medegedeeld.
Niets is geweten over kwaliteitsopvolging en tijdsregistratie”.

Met het besproken vierde subgunningcriterium beoogde verwerende partij te peilen naar elementen die kunnen staven dat “de opdracht gedurende de ganse duur van de overeenkomst correct uitgevoerd zal worden”.

Het mag, gelet op de specificiteit van de opdracht voor diensten die te dezen aan de orde is, niet zonder meer uitgesloten worden geacht dat verwerende partij daarbij, ter beoordeling van de intrinsieke kwaliteit van de offertes, mede oog had voor “kwaliteitscertificaten/labels die betrekking hebben op welbepaalde kenmerken/aspecten van de dienstverlening” waarover de inschrijvers eventueel beschikken.

Of de inschrijvers bekwaam zijn om de opdracht tot een goed einde te brengen, is te dezen onder meer beoordeeld geworden aan de hand van de certificaten die ze dienden voor te leggen “van gelijktijdig uitgevoerde gelijkaardige opdrachten waarbij telkens minstens dertig schoonmaaksters/schoonmaker door uw bedrijf worden tewerk gesteld of meerdere certificaten van gelijktijdig uitgevoerde kleinere opdrachten, waarbij in het totaal eveneens minstens negentig personeelsleden in de schoonmaak tewerk gesteld

zijn”. Als zodanig echter belet die eventuele geschiktheid van de inschrijvers niet dat bij de bepaling van de economisch voordeligste aanbidding toch nog rekening wordt gehouden met certificaten die vermogen de intrinsieke kwaliteit van de offerte op een differentiërende wijze in het licht te stellen.

Blijkbaar werd door verwerende partij meer concreet gedacht aan “ISO, VCA (veiligheid Checklist Aanne[mers] en ABSU (gelijkvormigheids-certificaat Algemene Belgische en Schoonmaak Unie)”.

In de memorie van wederantwoord verklaart verzoekster daaromtrent niet in te zien “hoe de genoemde certificaten *uitsluitend* betrekking zouden hebben op de kwaliteit van de prestaties” (cursivering door de Raad van State). Dat is niet vereist ook. Het volstaat dat de certificaten tévens nuttig kunnen worden gebruikt in het kader van de toetsing aan de gunningcriteria, namelijk als elementen aan de hand waarvan de verschillende offertes zich laten onderscheiden en die de aanbestedende overheid daardoor in staat stellen de inhoudelijk interessantste eruit te kiezen.

In zoverre verzoekster specifiek met betrekking tot het “VCA-certificaat” doet gelden dat het “louter” betrekking heeft op de persoon van de inschrijver en “niets te maken [heeft] met de door hem aangeboden dienst”, wordt vastgesteld dat zij dan toch zelf uitlegt dat het certificaat wordt verkregen “na een certificatieproces waarop een certificatie-instelling op basis van een doorlichting van het bedrijf en zijn werklocaties nagaat of de aanvrager voldoet aan de beoordelingscriteria voor certificatie van de Veiligheid Checklist Aannemers”. Het wordt dan ook niet bijgevalen dat het attest enkel aspecten zou betreffen die in het kader van de kwalitatieve selectie beoordeeld mogen worden en dat het hoe dan ook niet mag worden aangewend om -aldus verwerende partij- in het kader van het subgunningcriterium “Waarborg en kwaliteit” “de kwaliteit van de dienstverlening van de inschrijvers op een objectieve manier te vergelijken”.

Verzoekster maakt niet aannemelijk dat haar cijfer van 1 op 10 voor het subgunningcriterium “Waarborg en kwaliteit” door onwettigheid is aangetast omdat het mee verantwoord wordt door de vaststelling dat er “geen certificaten” worden bijgebracht.

Ook de wijze waarop een inschrijver met de tijdsregistratie omspringt, vermag nuttige informatie en verheldering te verschaffen omtrent de al dan niet correcte uitvoering van de opdracht die kan worden verwacht. Het item past binnen de beoordeling van het subgunningcriterium en het is pertinent ten aanzien van de opdracht.

17. Uit wat voorafgaat volgt dat de beoordeling van de offerte van verzoekster niet berust op de toetsing aan elementen die datgene wat het bestek met betrekking tot het tweede gunningcriterium “Plan van aanpak” vereist, en tot vijf subcriteria is uitgewerkt, te buiten gaan zodanig dat de subcriteria gedenatureerd worden en verzoekster terecht mag beweren ter zake in haar verwachtingen bedrogen te zijn.

18. Voor het eerst in de memorie van wederantwoord doet verzoekster gelden dat de elementen waartegen zij zich in het verzoekschrift richtte, als subsubcriteria op te vatten zijn. Het zijn, volgens de laatste memorie, elementen die stelselmatig in aanmerking werden genomen en die dan ook “criteria” of “maatstaven bij de beoordeling” zijn.

Of de kwestieuze elementen effectief door verwerende partij als een niet in het bestek of de aankondiging van de opdracht vastgesteld subsubgunningcriterium zijn gehanteerd, dan wel of verwerende partij daarnaar te verwijzen alleen maar gebruik heeft gemaakt van de vrijheid waarover zij beschikt om -zonder de in het bestek of de aankondiging van de opdracht vastgestelde gunningcriteria te wijzigen- haar onderzoek en analyse van de ingediende offertes te structureren (zie overigens: HvJ 21 juli 2011, C-252/10 P,

Evropaïki Dynamiki, nr. 35), is een vraag die hier buiten beschouwing wordt gelaten.

Immers geeft verzoekster met haar betoog een nieuwe wending aan het eerste middelonderdeel zoals zij dat in het verzoekschrift formuleerde. Die nieuwe invulling, die ook al in het verzoekschrift kon zijn gegeven, is te laat en dus onontvankelijk.

19. Het eerste middel wordt in zijn geheel verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

20. In een tweede middel voert de verzoekster de schending aan van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, van het gelijkheids- en het transparantiebeginsel, en van het verbod van willekeur.

Uiteengezet wordt dat de opdracht volgens het bestek gegund moet worden op basis van twee evenwaardige gunningcriteria van elk 50 punten en dat het bestek daarbij niet voorziet in een puntenschaal of een beoordelingsmethodologie die zal worden aangewend ter beoordeling van deze criteria. Het voorafgaandelijk bekend maken van de beoordelingsmethodologie met betrekking tot de verschillende gunningcriteria is nochtans essentieel en spruit voort uit de wettelijke verplichting tot het voorafgaandelijk vermelden van de weging van de gunningcriteria en uit het transparantiebeginsel.

Voor het criterium “prijs” blijken de punten tussen 47,250 en 50 te schommelen. Op 50 punten is er tussen de inschrijver met de laagste en de hoogste prijs slechts een verschil van 2,750 punten. Niettemin is er een verschil tussen de hoogste en de laagste prijs voor de tien percelen samen van 744.283,9 euro per jaar, of voor een periode van vier jaar 3.097.135,6 euro. Voor het criterium “plan van aanpak” zijn de punten gelegen tussen 14,705 en 45. Het verschil tussen de inschrijver met het beste plan van aanpak en die met het slechtste plan bedraagt derhalve 30,295 punten. Als verzoekster op voorhand had geweten dat de verschillen in prijs minimaal in rekening zouden worden gebracht, terwijl de verschillen in het voorgebrachte plan van aanpak maximaal in rekening zouden worden gebracht, dan had zij zich meer ingespannen voor het uitwerken van haar offerte in functie van het tweede gunningcriterium. Nu deed zij dat niet omdat zij ervan overtuigd was dat de beoordelingsmethodologie van de twee criteria de vooropgestelde weging zou eerbiedigen.

21. Volgens de memorie van wederantwoord konden de inschrijvers niet weten hoe er gequoteerd zou worden, hetgeen een inbreuk uitmaakt op het transparantiebeginsel. Nergens in het gunningverslag wordt uitgelegd hoe de puntenberekening werd gedaan, noch wordt wat de prijs betreft de formule van de zogenaamde regel van drie uiteengezet, ook niet in het bestek. Wat de beoordeling van het plan van aanpak betreft, werd nooit op voorhand medegedeeld dat de vijf subcriteria elk zouden worden beoordeeld op 10 punten. Door de afwezigheid van een beoordelingsmethodologie in het bestek kan niet worden geverifieerd of de beoordeling vanwege verwerende partij op objectieve grondslagen berust.

Beoordeling

22. Ten onrechte betwist verwerende partij het belang van verzoekster bij het middel omdat zij “nergens de beslissing tot vaststelling van het bestek aanvecht en [omdat] zij zonder enig voorbehoud een offerte heeft ingediend op basis van het uitgeschreven bestek waarvan zij thans *a posteriori* beweert dat het onregelmatig is”.

In de lijn van wat de Raad van State ook al overwoog in onder meer het arrest inzake de nv Neorec, nr. 206.598 van 13 juli 2010, kon er mogelijk reden zijn geweest om de exceptie bij te vallen indien het bestek ertoe verplicht zou hebben om meteen zichtbare wettigheidsbezwaren onverwijld te melden aan de aanbestedende overheid en de besproken onwettigheid als zo'n zichtbaar bezwaar te beschouwen zou zijn.

Het wordt zelfs niet beweerd dat dit het geval is, laat staan dat het zou zijn aangetoond. In die omstandigheden oordeelt de Raad van State zoals op grond van de theorie van de complexe administratieve rechtshandeling gebruikelijk is: verzoekster mag tot staving van haar vordering tegen de bestreden eindbeslissingen ontvankelijk de onwettigheid aanvoeren van de voorbereidende beslissingen ook al konden die beslissingen met een afzonderlijk beroep zijn aangevallen en heeft verzoekster nagelaten dat te doen.

23. De onwettigheid die het middel het bestek verwijt is de afwezigheid van een beoordelingsmethodologie of puntenschaal.

Deze beoordelingsmethodiek is de wijze waarop de offertes worden gequoteerd in het licht van de vooropgestelde gunningcriteria. Immers beschikt de aanbestedende overheid bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en de toetsing aan de gunningcriteria over een ruime beoordelingsvrijheid. De beoordelingsmethodiek kanaliseert die beoordelingsvrijheid en draagt aldus bij tot een meer transparante en objectieve uitkomst van het beoordelingsproces.

24. Een algemene, principiële verplichting om de beoordelingsmethodiek op voorhand, in het bestek, mee te delen wordt door de Raad van State in de huidige stand van het recht niet ontwaard.

Ook bestaat er naar de mening van de Raad van State geen verplichting voor verwerende partij om, gelet op de in het middel aangevoerde

rechtsregels, tenminste in de concrete omstandigheden van déze zaak de beoordelingsmethodiek vooraf mee te delen.

25. Als gezien is in twee gunningcriteria voorzien, die elk een zelfde weging toebedeeld kregen (50 punten).

De punten voor het eerste gunningcriterium, de prijs, zijn met toepassing van de regel van drie naar evenredigheid met de geboden prijzen toegekend. Precies bij ontstentenis van een vooraf bepaalde methodiek komt die handelwijze voor een van de meest voor de hand liggende en neutrale beoordelingsmethododes te zijn.

Wat het gunningcriterium van het plan van aanpak betreft, maakt het bestek er allerminst een geheim van dat het in vijf subgunningcriteria uiteenviel. Ze hebben elk aanleiding gegeven, in het gunningverslag, tot een kwalitatieve bespreking en waardering, die daarna in punten zijn omgezet. Dat, zoals verzoekster beweert, “door de afwezigheid van een beoordelingsmethodologie in het bijzonder bestek, niet geverifieerd [kan] worden of de beoordeling vanwege verwerende partij op objectieve grondslagen berust”, mist grond. Haar hiervoor besproken middel bewijst het.

Blijft de klacht van verzoekster dat als zij had geweten dat het gunningcriterium prijs maar weinig invloed op de uiteindelijke rangschikking zou hebben, “zij meer geld en energie gespendeerd [zou hebben] aan het uitwerken van haar offerte in functie van het tweede gunningscriterium”.

De grief kan niet overtuigen. Van meet af moest voor verzoekster op grond van het bestek duidelijk zijn dat wie de beste prijs bood zich allerminst van de opdracht verzekerd mocht weten. Even zwaar -namelijk voor 50 punten- woog het plan van aanpak door. Dat verzoekster dit verkeerd heeft ingeschat en zich onvoldoende met betrekking tot het tweede gunningcriterium heeft ingespannen, heeft zij louter aan zichzelf te wijten en verantwoordt niet dat

te dezen in hoofde van verwerende partij de verplichting wordt aangenomen om in het bestek mee te delen hoe zij concreet van plan was tot een score voor de gunning- en subgunningcriteria te komen.

26. Het middel wordt verworpen.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

27. In een derde middel voert de verzoekster de schending aan van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, van het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Verzoekster zet uiteen dat, niettegenstaande de weging van de beide gunningcriteria in het bestek gelijk werd gesteld, de wijze van puntentoekenning tot gevolg had dat het gunningcriterium “prijs” van zeer ondergeschikt belang werd gemaakt bij het opstellen van de rangschikking. Met een verwijzing naar het arrest van de Raad van State nr. 168.990 van 15 maart 2007, meent verzoekster dat het belang van het eerste gunningcriterium ten onrechte gemarginaliseerd is geworden. Door de wijze van puntentoekenning die *a posteriori* werd bepaald, is er eigenlijk maar één gunningcriterium, namelijk het plan van aanpak. De verschillen bij het gunningcriterium van de prijs werden niettegenstaande het bestek anders deed vermoeden volledig uitgevlakt door het hanteren van de zogenaamde regel van drie.

28. In de memorie van wederantwoord blijft verzoekster erbij dat gelet op de wijze van puntentoekenning het gunningcriterium “prijs” noodzakelijk van ondergeschikt belang moest zijn. Het is praktisch onmogelijk dat een inschrijver voor het gunningcriterium “prijs” een score van 13/50 zou halen. Aangezien dit wel mogelijk is bij het gunningcriterium “plan van aanpak” zijn de beide gunningcriteria niet evenwaardig, ofschoon het bestek dat wel vooropstelt. Het is onjuist dat er slechts geringe prijsverschillen zouden zijn. Immers moet naar de nominale verschillen en niet naar de procentuele verschillen worden gekeken.

29. In de laatste memorie herhaalt verzoekster dat de gelijkwaardigheid tussen de gunningcriteria is geschonden. Het staat volgens haar vast dat de inschrijvers bij het gunningcriterium “plan van aanpak” grotere voorsprongen kunnen nemen dan bij het gunningcriterium “prijs”. Bovendien is het zo dat de prijsverschillen tussen de verschillende inschrijvers bezwaarlijk als gering kunnen worden aanzien.

Beoordeling

30. Het middel bekritiseert in essentie de wijze waarop de offertes voor het eerste gunningcriterium gequoteerd zijn. Door de prijsverschillen tussen de onderscheiden offertes met toepassing van de regel van drie te hebben omgezet in punten zouden de verschillen “volledig uitgevlakt” zijn en zou het gunningcriterium van ondergeschikt belang gemaakt zijn ten opzichte van het tweede gunningcriterium, niettegenstaande de twee gunningcriteria eenzelfde weging kregen: met het eerste criterium zou minder voordeel behaald kunnen worden ten opzichte van de andere inschrijvers, dan met het tweede criterium, waar “de te behalen score veel belangrijker was (want een groter verschil tussen de inschrijvers)”.

31. Het komt de aanbestedende overheid toe om uit te maken volgens welke beoordelingsmethode de offertes aan de gunningcriteria worden getoetst. Weliswaar dient die keuze binnen de wettigheid te blijven.

Volgens verzoekster diende zij zich er niet aan te verwachten dat verwerende partij voor de toekenning van de punten met betrekking tot het eerste gunningcriterium de regel van drie zou hanteren: “Hoewel deze regel mogelijks veelal in bijzonder bestekken wordt vooropgesteld als beoordelingsmethode, was dit in het kader van dit bijzonder bestek niet het geval”.

De Raad van State volgt niet die zienswijze. Zoals reeds bij de bespreking van het tweede middel is overwogen, is die methode een van de meest voor de hand liggende en neutrale, inzonderheid bij ontstentenis van een vooraf bepaalde andere methodiek.

32. Overigens vergist verzoekster zich wanneer zij meent voor de beweerde onjuistheid van de wijze van puntentoekenning met betrekking tot het gunningcriterium “prijs”, steun te vinden in het arrest inzake nv Allcomm, nr. 168.990 van 15 maart 2007.

In de betrokken zaak gaf de aanbestedende overheid de laagste inschrijver het maximum van de punten -25-, de tweede laagste 24, de derde laagste 23 en de hoogste 22. De Raad van State oordeelde “dat aldus, door *in concreto* en, gegeven de vier concrete prijsverschillen, de punten toe te kennen zoals vermeld voor het criterium van de prijs, de verwerende partij haar eigen bestek en de gelijkheid onder de inschrijvers geschonden heeft”.

Hij deed dat op grond van een redenering die aldus begon: “dat de verwerende partij gewerkt heeft, telkens met een verschil van slechts één punt van de laagste tot de hoogste prijs; dat dergelijke werkwijze te dezen, bij een criterium dat op 25 punten is gewaardeerd, met zich meebrengt dat grote

prijsverschillen tussen verschillende offertes niet op een evenredige wijze worden omgezet in een toekenning van verschillende punten”.

Vastgesteld moet worden dat, anders dan in die zaak, de verwerende partij te dezen bij de quoterings voor het prijs criterium juist wél de prijsverschillen “op een evenredige wijze” in punten heeft omgezet.

33. Het middel is in elk geval ongegrond.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

34. In een vierde middel voert verzoekster de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, van de verplichting tot motivering van bestuurshandelingen en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Uit de bestreden beslissing noch uit het gunningverslag kan volgens verzoekster worden afgeleid hoe tot de puntenverdeling wordt gekomen voor het gunningcriterium “plan van aanpak”. Voorts wordt met “vage en onduidelijke bewoordingen” gemotiveerd. Verzoekster kan niet achterhalen hoe en waarom zij bepaalde scores heeft behaald.

35. In de memorie van wederantwoord doet verzoekster gelden dat geenszins duidelijk is welke negatieve of positieve beoordeling aanleiding heeft gegeven tot het verschil in puntentoeckenning. Mocht het al zo zijn dat wel blijkt wat de sterke en zwakke punten per inschrijving waren, dan neemt dit niet weg dat onduidelijk is welke band er bestaat tussen die beoordeling en de toegekende punten. Nog minder duidelijk is waarom bepaalde elementen per subcriterium in aanmerking worden genomen ter beoordeling van dit subcriterium.

36. In de laatste memorie herhaalt verzoekster eens te meer dat het allerm minst duidelijk is “om welke reden zij voor elk subcriterium een welbepaalde score heeft gekregen en precies die score”.

Beoordeling

37. Volgens het middel is de puntentoe kenning voor het tweede gunningcriterium op geen enkele wijze gemotiveerd.

Dit getuigt van een slechte lectuur van het gunningbesluit en -verslag. Daarin wordt voor iedere offerte per subgunningcriterium aangegeven wat positief en wat negatief werd gewaardeerd en wat aldus het toegekende cijfer verantwoordt. Bijgevolg is het ongegrond dat verzoeker niet kan lezen of achterhalen hoe en waarom de score is verkregen of bepaald.

Wat het subgunningcriterium betreft waarvoor verzoekster 1 op 10 krijgt, waarnaar zij in het bijzonder verwijst, namelijk “Waarborg en kwaliteit”, is als enige positief gegeven vermeld: “Er is een trainingsprogramma voorzien”. Daartegenover staan de afwezigheid van certificaten, opstartplannen, opvolging en controle, betrokkenheid, mededeling van de externe communicatie, evenals van enige informatie over kwaliteitsopvolging en tijdsregistratie.

38. Die per subgunningcriterium uitgeschreven kwalitatieve appreciatie verantwoordt de toegekende punten en laat verzoekster toe de beoordeling door verwerende partij en de punten waarin die beoordeling resulteerde, met kennis van zaken te betwisten.

Het is een mogelijkheid die verzoekster benut heeft ook, in het eerste middel. In zoverre zij in de memorie van wederantwoord doet gelden dat niet duidelijk is waarom bepaalde elementen per subcriterium in aanmerking worden genomen, valt haar kritiek overigens met dat eerste middel samen.

39. Het vierde middel is alleszins ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. Verzoekster wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 23 december 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest