

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 228.781 van 16 oktober 2014
in de zaak A. 213.787/XII-7753**

In zake: de BVBA FARESA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Joost Bosquet en Wouter Moonen
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Roderveldlaan 5/3
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de HOGESCHOOL PXL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Steven Van Geeteruyen
kantoor houdend te 3700 Tongeren
Achttiende Oogstwal 37 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 september 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van de Hogeschool PXL genomen 5 september 2014 waarbij aan de ‘vzw CAW Limburg’ een overheidsopdracht wordt toegewezen met als voorwerp ‘Offerteaanvraag voor aanbod van therapeutische begeleiding ten behoeve van studenten van Universiteit Hasselt en Hogeschool PXL’”.

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 2014, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Wouter Moonen, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Steven Van Geeteruyen, 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. De Hogeschool PXL schrijft een open offerteaanvraag uit voor een opdracht van diensten, genoemd “offerteaanvraag voor aanbod van therapeutische begeleiding ten behoeve van studenten van Universiteit Hasselt en Hogeschool PXL”.

De opdracht heeft, blijkens het verslag van nazicht, een geraamde waarde van 290.400 euro, btw inbegrepen .

3.2. De opdracht wordt op 13 mei 2014 aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 16 mei 2014 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Artikel I.10 van het bestek bepaalt de gunningscriteria als volgt:

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1.	Prijs	40
	<i>Evenredigheidsregel; Score offerte = (prijs laagste offerte / prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs</i>	
2.	Professionaliteitswaarborgen inzake personeelsinzet en coördinatie	35
	<p>- Het personeel dat wordt ingezet bij de uitvoering van de opdracht (10 punten)</p> <p>- De opgave van het begeleidingsaanbod, de competentie- en diplomavereisten van het personeel (8 punten)</p> <p>- De coördinatie (op inhoudelijk en administratief vlak) in functie van de toeleiding vanuit de twee onderwijsinstellingen en de lopende begeleidingen (7 punten)</p> <p>- Accurate doorgedreven registratie, communicatie, en evaluatie ten aanzien van de onderwijsinstellingen (10 punten)</p> <p><i>De kwalitatief beste beoordeelde offerte zal gelijkgesteld worden aan 35 punten. De toekenning van de punten aan de andere offertes gebeurt volgens de rangschikking in dalende volgorde.</i></p>	
3.	Kwaliteitswaarborgen inzake aanpak en methodiek van de begeleiding	25
	<p>- De timing van het intakegesprek en de eventuele opstart van de begeleiding (9 punten)</p> <p>- De specifieke invulling van de begeleiding en de remediërende acties (5 punten)</p> <p>- De multidisciplinaire aanpak van de ondersteuning en opvolging van de begeleidingsgesprekken (6 punten)</p> <p>- Een beschrijving van de manier waarop de voorgestelde aanpak wordt geïmplementeerd, bewaakt, geëvalueerd en eventueel verbeterd (5 punten)</p> <p><i>De kwalitatief best beoordeelde offerte zal gelijkgesteld worden aan 25 punten. De toekenning van de punten aan de andere offertes gebeurt volgens de rangschikking in dalende volgorde.</i></p>	

Met betrekking tot de gunningscriteria:

- Aan elk criterium werd een gewicht toegekend. Op basis van de afweging van al deze criteria rekening houdende met het gewicht dat er aan werd toegekend, zal de opdracht gegund worden aan de inschrijver die de economisch voordeligste regelmatige offerte, vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, heeft ingediend.
- Kwaliteit van de dienstverlening:
 - de inschrijver geeft een gedetailleerde beschrijving van de aanpak en methodiek inzake de therapeutische begeleiding.
 - in functie van de continue bewaking van de kwaliteit van de dienstverlening beschrijft de inschrijver tevens hoe de voorgestelde aanpak en methodiek wordt gecommuniceerd, geïmplementeerd, bewaakt, geëvalueerd en verbeterd.
- De professionaliteitswaarborgen:
 - Inzake de personeelsinzet: de inschrijver geeft een omschrijving van de personeelsinzet in functie van deze opdracht en beschrijft minimaal alle sleutelfuncties die worden ingezet bij de uitvoering van de opgegeven aanpak. De inschrijver beschrijft duidelijk het diploma en/of de ervaring van de medewerker in deze sleutelfunctie.

- Inzake de coördinatie: de inschrijver geeft weer hoe zijn organisatiestructuur en takenverdeling afgestemd zijn op een performante inhoudelijke en administratieve opvolging van de dossiers in functie van de toeleiding vanuit de Universiteit Hasselt en de Hogeschool PXL.

De beoordeling van de offerte gebeurt op basis van de informatie die in het inschrijvingformulier is beschreven. Alle andere documenten die de inschrijver nodig acht om hun inschrijving te verduidelijken, hebben een illustratieve functie.”

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 12 mei 2014. Er worden vier offertes ingediend waaronder de offerte van de verzoekende partij en deze van de vzw CAW Limburg.

3.5. Op 11 augustus 2014 wordt door de ontwerper een verslag van nazicht opgesteld. Drie inschrijvers waaronder de verzoekende partij en de vzw CAW Limburg worden geselecteerd. Hun offertes worden ook regelmatig bevonden en vervolgens getoetst aan de gunningscriteria. Dit leidt tot de volgende vergelijking en rangschikking:

“Vergelijking van de offertes volgens de in het bestek vermelde gunningscriteria

Nr.	Naam	Motivering	Score
Gunningscriterium nr. 1: Prijs			
1	CAW Limburg vzw	Laagste prijs	40
2	Faresa		29,69
3	Eupora Counseling Services		23
Gunningscriterium nr. 2: Professionaliteitswaarborgen inzake personeelsinzet en coördinatie			
2	Faresa		33
1	CAW Limburg vzw		26
3	Europa Counseling Services		26
Gunningscriterium nr. 3: Kwaliteitswaarborgen inzake aanpak en Methodiek van de begeleiding			
1	CAW Limburg vzw		22
2	Faresa		22
3	Eupora Counseling Services		18

Finale rangschikking regelmatige offertes (gerangschikt volgens totale score)

Nr.	Naam	Score
1	CAW Limburg vzw	88
2	Faresa	84,69
3	Eupora Counseling Services	67

Het administratief dossier bevat voorts wat de inventaris omschrijft als een “analyse van de offertes” van 11 augustus 2014 blijkbaar opgesteld door een beoordelingscommissie met voor elk van deze drie offertes een nadere beoordeling in woorden en motivering van de scores in het licht van de gunningscriteria. In het besluit wordt de offerte van de vzw CAW Limburg, die “de meest volledige prijsopgave voor[legt] en [...] in ruime mate [voldoet] aan de voorwaarden inzake professionaliteits- en kwaliteitswaarborgen”, “na weging van de gunningscriteria”, als “meest aangewezen [aangemerkt]”. “Op grond van de kwalitatieve selectie van de inschrijvingen, het formeel en materieel nazicht van de offertes en de vergelijking van de offertes gemaakt in de voorgaande punten”, stelt de ontwerper in het verslag van nazicht vervolgens voor om de opdracht te gunnen aan de vzw CAW Limburg als “de firma met de economisch meest voordelige regelmatige (rekening houdend met de gunningscriteria) offerte”.

3.6. Met verwijzing naar de analyse van de ingediende offertes waaruit blijkt dat de vzw CAW Limburg de “meest voordelige aanbieder” is, beslist het directiecomité van de verwerende partij op 19 augustus 2014 om de opdracht te gunnen aan deze inschrijver.

3.7. Met een blijkbaar aangetekende brief gedateerd 21 augustus 2014 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat de opdracht werd gegund aan de vzw CAW Limburg. Het verslag van nazicht “met de weging van de gunningscriteria” wordt bijgevoegd.

3.8. Bij brief van 3 september 2014 van haar raadslieden vraagt de verzoekende partij deze beslissing in te trekken, een nieuwe gemotiveerde gunningsbeslissing op te stellen en hiervan op behoorlijke wijze kennis te geven.

3.9. Op 4 september 2014 beslist de verwerende partij om de gunningsbeslissing van 19 augustus 2014 in te trekken aangezien deze “niet in overeenstemming is met de bepalingen van het bestek aangaande de kwotering van de gunningscriteria 2 en 3, in die zin dat de hoogst gekwoteerde kandidaat het maximum van de punten diende te krijgen”. Aangezien “uit de analyse van de ingediende offertes is gebleken dat CAW Limburg vzw de meest voordelige aanbieder is” wordt vervolgens beslist om de opdracht opnieuw te gunnen aan de vzw CAW Limburg. Het besluit vermeldt ook “Deze analyse wordt als bijlage bij huidige beslissing gevoegd en maakt er integraal deel van uit”.

De nieuwe beslissing tot gunning aan de vzw CAW Limburg is de bestreden beslissing.

Er blijkt geen nieuw verslag van nazicht te zijn opgesteld, maar het administratief dossier bevat wel een nieuwe “analyse van de offertes” van 4 september 2014. Deze is identiek aan de voormelde analyse van 11 augustus 2014 met dien verstande dat het besluit ontbreekt en dat de eindscore voor het tweede en derde gunningscriterium is aangepast voor de verzoekende partij – nu 35 op 35 in plaats van 33 op 35 respectievelijk 25 op 25 in plaats van 22 op 25 en de eindscore van de gekozen inschrijver voor het derde gunningscriterium, ook 25 op 25 in plaats van 22 op 25. Ook hun totaalscore werd dienovereenkomstig aangepast: 89,69 op 100 (in plaats van 84,69 op 100) voor de verzoekende partij en 91 op 100 (in plaats van 88 op 100) voor de gekozen inschrijver.

3.10. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd 5 september 2014 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat de opdracht werd gegund aan de vzw CAW Limburg. Het “initieel verslag van nazicht met de weging van de gunningscriteria” wordt bijgevoegd evenals de voormelde beslissing van 4 september 2014 en voormelde “analyse van de offertes” van dezelfde datum.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

A. Enig middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij formuleert dit middel onder meer als volgt:

“Middel gebaseerd op de schending van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, o.a. de artikelen 2 en 3, van het artikel 5, 9° van de Wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, van de beginselen van behoorlijk bestuur, o.a. de materiële motiveringsplicht, de zorgvuldigheidsplicht, het gelijkheidsbeginsel, redelijkheidsbeginsel en het beginsel patere legem quam ipse fecisti.

Doordat, eerste onderdeel, de offerte van de verzoekende partij in het gunningsverslag een gelijke quotering wordt toebedeeld op het derde gunningscriterium als de gekozen inschrijver; doordat de beoordeling onzorgvuldigheden en (materiële) onjuistheden bevat.

Doordat de geformaliseerde motieven niet afdoende zijn;

Terwijl op grond van de formele motiveringswet een administratieve rechtshandeling de feitelijke en juridische overwegingen moet bevatten, die de beslissing schragen; dat bovendien deze geformaliseerde motieven afdoende moeten zijn;

Terwijl de materiële motiveringsplicht vereist dat voor elke administratieve beslissing rechtens aanvaardbare motieven bestaan met een voldoende feitelijke grondslag en dat het werkelijk bestaande feiten betreft die door het bestuut met de nodige zorgvuldigheid worden vastgesteld.[...]”

7. In de toelichting benadrukt de verzoekende partij bij het eerste onderdeel, omschreven als “motivering i.f.v. de gunningscriteria”, dat van de thans meegedeelde motivering moet worden beoordeeld of deze afdoende is om de gegeven puntenquotering te ondersteunen, dat het verschil in quotering tussen de gekozen inschrijver en de verzoekende partij minimaal is – de offerte van de gekozen inschrijver behaalt een score van 91 op 100, terwijl de offerte van de verzoekende partij een score van 89,69 op 100 behaalt –, dat uit het gunningsverslag concreet blijkt dat de verzoekende partij en de gekozen

inschrijver op het derde gunningscriterium “Kwaliteitswaarborgen inzake aanpak en methodiek van de begeleiding” een gelijke score van 22/25 hebben behaald, dat “[i]ngevolge de beoordelingsmethodiek van het bestek [...] deze quotering voor beide inschrijvers [resulteert] in een maximumscore van 25 punten” en dat de verzoekende partij bijgevolg aan één punt voldoende heeft om als de meeste voordelige te worden bevonden:

“In dat geval zou immers enkel de offerte van de verzoekende partij in aanmerking komen voor de maximumscore op het derde gunningscriterium. Meer nog, wanneer de verzoekende partij 1 punt meer bekomt op het derde gunningscriterium zal de quotering van de gekozen inschrijver zakken met drie punten, hetgeen uiteraard tot gevolg heeft dat de offerte van de verzoekende partij de meeste voordelige moet worden bevonden aangezien het minimale verschil in quotering wordt overbrugd”.

Vervolgens stelt de verzoekende partij concreet de quotering voor het derde gunningscriterium “Kwaliteitswaarborgen inzake aanpak en methodiek van de begeleiding” in vraag en argumenteert zij dat beoordelingen werden gemaakt die niet corresponderen met de offerte alsmede dat gunstige elementen bij de beoordelingen niet op gelijke wijze worden toegepast op alle inschrijvers. Aldus blijkt, volgens dit onderdeel, dat de motivering van het derde gunningscriterium “behept is met een motiveringsgebrek en als dusdanig onzorgvuldig werd opgesteld”.

Haar concrete grieven betreffen de beoordeling van het subcriterium “Multidisciplinaire aanpak van de ondersteuning en opvolging van de begeleidingsgesprekken”. Na de motivering van haar offerte voor dit subcriterium te hebben geciteerd, betoogt zij dat deze motivering “meerdere onjuistheden, onzorgvuldigheden en onredelijke appreciaties” bevat. Daarbij gaat zij in op de beoordeling van de “multidisciplinariteit”, de “samenwerking met derden professionele hulpverleners”, de “residentiële opvang en juridische hulpverlening”, “de samenstelling team” en de “intervisie en supervisie”. Vervolgens citeert zij de beoordeling van haar offerte inzake het subcriterium “Remediëring” en gaat zij in op de remediëring begrepen in schoolcontext en de remediëring begrepen als verhelpen, verbeteren van therapie.

Zij besluit de toelichting van dit onderdeel als volgt :

“De verzoekende partij heeft hiervoor aangetoond dat de motivering van het derde gunningscriterium verschillende aannames bevat die niet stroken met de inhoud van de offerte van de verzoekende partij. Eveneens is gebleken dat de offerte van de verzoekende partij niet op gelijke wijze wordt benaderd als de gekozen inschrijver.

De verzoekende partij herneemt kort de kernpunten:

De stellingname dat de verzoekende partij enkel gedragstherapeuten zou voorstellen in haar team doet manifest afbreuk aan de overige bewezen kwalificaties van de teamleden, Terwijl de gekozen inschrijver voor de begeleiding slechts twee therapeuten inzet met dezelfde beroepskwalificaties;

→ Gelijk met de gekozen inschrijver biedt de verzoekende partij samenwerking en netwerking met derden professionele hulpverleners aan;

→ Het aanbod van de gekozen inschrijver om juridische dienstverlening en residentiële opvang ter beschikking te stellen, valt buiten de dienstverlening die wordt gevraagd in de opdracht;

→ De stellingname dat geen remediërende acties worden beschreven is onjuist; ROM houdt uit zijn aard remediëring in. Remediëring in de vorm van faalangstbegeleiding werd eveneens omschreven.

→ De stellingname dat er geen melding wordt gemaakt hoe er beroep zal worden gedaan op het ingezette team is onjuist, vermits uitdrukkelijk wordt toegelicht op welke teamleden beroep zal worden gedaan;

→ De stellingname dat er geen melding wordt gemaakt van intervisie is onjuist gelet op de duiding dat de CAPA-methodiek zal worden toegepast. Intervisie is eigen aan deze methodiek.

De gegeven motivering is bijgevolg niet draagkrachtig om de gegeven quoterings te verantwoorden. De verzoekende partij en de gekozen inschrijver worden niet op gelijke wijze vergeleken in de beoordeling. Een dergelijke willekeurigheid doet afbreuk aan de zorgvuldigheidsplicht, het redelijkheidsbeginsel.”

8. De verwerende partij antwoordt dat het merkwaardig is dat verzoekende partij “in één beweging argumenteert dat zowel de formele als de materiële motiveringsplicht geschonden zijn” nu zij met zoveel woorden stelt dat de verwerende partij zich bij de beoordeling van de gunningscriteria beperkt heeft tot een loutere puntentoekenning, maar tegelijk de verwerende partij verwijt dat zij bij de motivering van de punten toegekend aan de verzoekende partij “een motivering heeft gebruikt en een beoordeling heeft gemaakt die volgens verzoekster niet strookt met de inhoud van haar offerte”. De verzoekende partij zal

een keuze moeten maken: ofwel meent zij dat de bestreden beslissing behept is met een gebrek aan een afdoende motivering, ofwel meent zij dat er wel degelijk een motivering voorhanden is maar dat deze motivering niet strookt met de inhoud van de offerte van de verzoekende partij.

Vervolgens benadrukt de verwerende partij dat de verzoekende partij argumenteert dat zij te kort is gedaan bij de puntentoekenning van de subcriteria en dat zij bijgevolg bij bepaalde subcriteria een hoger aantal punten had moeten krijgen, maar vergeet dat zij, doordat zij voor het tweede en derde gunningscriterium de hoogste score heeft behaald, automatisch al de hoogst haalbare score heeft gekregen voor deze twee criteria. Zij heeft er dus geen enkel belang bij aan te voeren dat de verwerende partij bij de beoordeling van haar offerte onvoldoende rekening heeft gehouden met de door haar ingediende offerte en bijgevolg onvoldoende punten aan haar heeft toegekend. Deze grieven lijken geënt op de eerste, ingetrokken gunningsbeslissing en niet op de huidige gunningsbeslissing, en zijn naast de kwestie. De verzoekende partij “moet niet argumenteren dat zij te weinig punten heeft gekregen voor gunningscriteria 2 en 3 (zij heeft het maximum gehaald !), zij moet argumenteren dat degene aan wie de opdracht uiteindelijk is gegund te veel punten heeft gehaald”.

Enkel de grief bij “(iii) residentiële opvang en juridische hulpverlening”, namelijk dat dit element niet mee had mogen opgenomen worden in de beoordeling van het subcriterium met betrekking tot het multidisciplinair team van de gekozen inschrijver, betreft de offerte van de gekozen inschrijver. Deze grief is echter niet ernstig nu nergens in de beoordeling staat dat dit element doorslaggevend is geweest om de vzw CAW Limburg uiteindelijk op dit subcriterium de hoogste score toe te kennen en nu nog minder uit de bepalingen van het bestek kan worden afgeleid dat dit element niet zou mogen meespelen in het kader van de multidisciplinaire aanpak :

“In tegenstelling tot hetgeen verzoekster beweert, kan uit blz. 13 van het bestek helemaal niet worden afgeleid dat residentiële opvang en juridische hulpverlening volledig voorbijgaan aan de opdrachtomschrijving en irrelevant zouden zijn in het kader van de multidisciplinaire aanpak.

Integendeel, juridische hulpverlening is wel degelijk bijzonder relevant in het kader van de beschreven opdracht. Het kan bezwaarlijk worden ontkend dat het verlenen van juridische hulp wel degelijk een pluspunt is in het kader van een multidisciplinaire aanpak van studenten die bijvoorbeeld een gestoorde relatie hebben met hun onmiddellijke omgeving...”

Beoordeling

9. De verzoekende partij voert in wezen aan dat de motivering bij het derde gunningscriterium verschillende aannames bevat die niet stroken met de inhoud van haar offerte en dat haar offerte niet op gelijke wijze werd beoordeeld als de offerte van de gekozen inschrijver. Tevens betwist zij dat bepaalde punten als positief beoordeeld bij de gekozen inschrijver relevant zijn nu zij het voorwerp van de opdracht te buiten gaan.

10. De verwerende partij merkt op dat het bevreemdend is dat de verzoekende partij tegelijk de schending inroept van de formele- en materiële motiveringsplicht en dat zij moet kiezen.

11. In de huidige stand van het geding en mede in het licht van de vervolgens concreet opgeworpen grieven die de inhoud van de beoordeling betreffen, wordt aangenomen dat de verzoekende partij niet aanvoert dat de bestreden beslissing, die steunt op de voormelde analyse die tegelijk werd meegedeeld, niet afdoende formeel werd gemotiveerd maar dat deze motieven niet draagkrachtig zijn, hetgeen een grief is betreffende de materiële motivering.

12. 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 de rangschikking wijzigen. Zulks houdt echter niet in dat het oordeel van de aanbestedende overheid zou onttrokken zijn aan het wettigheids-toezicht van de Raad van State. Aldus kan de Raad desgevraagd onder meer nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

De ingeroepen materiële motiveringsplicht houdt in dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren bewezen is en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen. Bij de beoordeling van de naleving van de materiële motiveringsplicht is de Raad van State niet bevoegd om zijn oordeel omtrent de feiten in de plaats te stellen van het oordeel van het bestuur. Hij is enkel bevoegd om desgevraagd na te gaan of de administratieve overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen.

13. In de mate dat de verwerende partij tegenwerpt dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middelonderdeel in de mate dat dit de aan haar offerte toegekende punten betwist nu zij bij het in dit onderdeel aan de orde zijnde derde gunningscriterium reeds de maximumscore van 25 op 25 behaalde, geldt dit in ieder geval niet voor de kritiek op de beoordeling van de offerte van de gekozen inschrijver.

Daarbij kan worden vastgesteld dat de verzoekende partij, zoals de gekozen inschrijver, voor dit gunningscriterium eerst 22 op 25 scoorde en dat zij en de gekozen inschrijver, in de nieuwe “analyse van de offertes” van 4 september 2014, vervolgens de maximale score van 25 op 25 kregen. Indien de verzoekende partij aantoont dat zij ten onrechte in de initiële beoordeling slechts 22 op 25 scoorde en daar een hogere score had moeten krijgen, zou haar offerte voor dit criterium de hoogste score kunnen halen. Dit zou weliswaar niet haar totaalscore – 89,69 op 100 – wijzigen maar zou wel voor de gekozen inschrijver kunnen leiden tot een lagere score op dit gunningscriterium en dus voor hem ook een lagere totaalscore en zulks kan de rangschikking wijzigen. Indien de verzoekende partij aldus bijvoorbeeld als enige 25 op 25 zou scoren voor dit gunningscriterium en de gekozen inschrijver nog slechts 22 op 25, zou de totaalscore van de gekozen inschrijver immers dalen tot 88 op 100.

14. De eerste reeks grieven betreffen de beoordeling van het subcriterium “De multidisciplinaire aanpak van de ondersteuning en opvolging van de begeleidingsgesprekken (6 punten)”.

Hiermee kunnen, zo lijkt, de artikelen III.4 “Hulpverleningsaanbod” en III.7 “Personeelsinzet” van het bestek in verband worden gebracht:

“III.4 Hulpverleningsaanbod

Indien de student in aanmerking komt voor het eigen begeleidingsaanbod van het centrum, zal de opstart van de begeleiding binnen de 7 werkdagen na het intakegesprek plaatsvinden. Dit aanbod omvat therapeutische begeleiding gebaseerd op verschillende therapeutische modellen. De therapeutische ondersteuning omvat maximaal 10 sessies. Indien meerdere sessies nodig/wenselijk zijn kan dit na overleg met de verwijzende onderwijsinstelling.

Een multidisciplinair team of netwerk staat in voor de inhoudelijke ondersteuning en opvolging van de begeleidingsgesprekken. De betrokken hulpverlener en het team hanteert hierbij een deontologische code met betrekking tot het verwerven, het gebruiken en het doorgeven van informatie van en over de studenten met respect voor hun persoonlijke levenssfeer.

Na afronding van deze begeleiding wordt er, in het kader van de warme overdracht, steeds contact opgenomen met de verwijzende onderwijsinstelling.

Indien de student niet in aanmerking komt voor het eigen begeleidingsaanbod van het centrum zijn er, steeds na overleg met verwijzer, drie mogelijkheden: verdere doorverwijzing, warme overdracht naar de onderwijsinstelling of stopzetting.”

“III.7 Personeelsinzet

De inschrijver voorziet voldoende gekwalificeerd personeel voor een professionele en kwalitatieve uitvoering van de opdracht. Het aanbod, zoals omschreven in dit bijzonder bestek, wordt uitgevoerd door een master psychologie/pedagogie/sociaal werk met een aanvullende therapeutische opleiding van voldoende niveau. De opdracht wordt gegund tegen een vaste prijs, uitgaande van een personeelsinzet van 1 VTE. Indien noodzakelijk, kan de overeenkomst door de opdrachtgever herzien worden.”

15. De offerte van de verzoekende partij wordt in dit verband als volgt beoordeeld:

“• Faresa-team omvat 12 medewerkers met verschillende specialisaties en kwalificaties (www.faresa.be'). maar geen melding hoe en of er beroep op dit team wordt gedaan.

• Geen melding van intervisie tussen medewerkers, noch tussen ingezette therapeuten, noch in groter Faresa-teamverband.

• Positief: bij keuze therapeuten rekening gehouden met verschillende levensfase en geslacht,

• Geen echte multidisciplinaire aanpak; ingezette therapeuten zijn allemaal gedragstherapeuten.”

Zij krijgt vervolgens een score van 4 punten op 6.

De offerte van de gekozen inschrijver wordt in dit verband als volgt beoordeeld:

“• Ondersteuning door multidisciplinair team binnen (G)RW team en samenwerking met kinesist, huisarts, psychiater, OCMW...

• Ook mogelijkheid om gebruik te maken van overig aanbod CAW (residentiële opvang, juridische hulpverlening, ...)”

Zij krijgt vervolgens een score van 6 punten op 6.

16. In dit kader argumenteert de verzoekende partij dat de verwerende partij het als gunstig beschouwt dat “residentiële opvang en juridische hulpverlening” in de marge wordt aangeboden bij de gekozen inschrijver, maar dat dit element geheel vreemd is aan de omschrijving van het subgunningcriterium en voorbij gaat aan de situering en omschrijving en doel van de opdracht, zoals beschreven in de technische bepalingen van het bestek. In het bestek staat beschreven dat het gaat om een therapeutische ondersteuning voor een afgelijnd aantal problemen en de verwijzing naar residentiële opvang en de juridische hulpverlening als pluspunt kan redelijkerwijze geen deel uitmaken van de beoordeling zodat de gekozen inschrijver redelijkerwijze op grond van dit motief niet als gunstiger gequoteerd mag worden in het kader van dit subgunningscriterium.

17. In de mate dat de verwerende partij opwerpt dat dit element niet doorslaggevend was, kan worden vastgesteld dat dit één van de twee punten is, vermeld in de beoordeling bij dit subcriterium. De Raad mag niet, zonder in de plaats van het bestuur te treden, bepalen dat, ook zonder dit element, de gekozen inschrijver dezelfde score had verkregen.

Op het eerste gezicht lijkt het de Raad van State echter niet vanzelfsprekend om welke reden bijvoorbeeld juridische hulpverlening niet relevant kan zijn in het kader van de beoordeling van de multidisciplinaire aanpak van de ondersteuning en opvolging van de begeleidingsgesprekken of voorbij gaan aan de opdrachtschrijving, bijvoorbeeld in het kader van hulp bij moeilijkheden die hun oorsprong vinden in een gestoorde relatie met omgeving, waarnaar artikel III.2 van het bestek onder meer verwijst. Deze grief lijkt niet ernstig.

18. Inzake de samenstelling van het team betoogt de verzoekende partij dat, anders dan de verwerende partij oordeelde, in haar offerte wel wordt vermeld op welke wijze een beroep wordt gedaan op het team.

De verzoekende partij lijkt hier terecht te betogen dat haar offerte een tabel van medewerkers bevat – weliswaar onder “technische bekwaamheid” (blz. 14 – 15) – met in cursief de “medewerkers ingezet in dit project” en met één medewerker aangewezen als “(back-up therapeut 1)” terwijl verderop in de offerte (blz. 25) de geschatte tijdsbesteding en de individuele taakverdeling van het projectteam wordt geschetst.

Zeker bij ontstentenis van inhoudelijk verweer op dit punt blijkt *prima facie* niet waarom aldus werd geoordeeld dat niet wordt vermeld hoe en of een beroep wordt gedaan op het team. De grief is ernstig.

19. Een derde grief in het kader van de beoordeling van dit subcriterium “De multidisciplinaire aanpak van de ondersteuning en opvolging van de begeleidingsgesprekken (6 punten) betreft het motief dat er geen melding is van

“intervisie tussen medewerkers, noch tussen ingezette therapeuten, noch in groter Faresa-teamverband.” Aldus zou de verwerende partij volgens de verzoekende partij voorbijgaan aan de verwijzing op de bladzijden 15, 18 en 24 van de offerte naar het gebruik van de CAPA-methodiek (“Choice and Partnership Approach”). Intervisie maakt volgens het verzoekschrift een inherent onderdeel uit van deze methodiek. Deze methodiek is volgens haar ook genoegzaam bekend in België. Zo wordt naar dit kwaliteitssysteem bijvoorbeeld verwezen door het Federaal Kenniscentrum voor de Gezondheidszorg. Indien dit model onbekend is voor de verwerende partij, had zij zich minstens dienen te informeren.

In de huidige stand van het geding kan worden vastgesteld dat in de offerte op bladzijde 15 bij één van de teamleden wordt vermeld dat zij een opleiding “Masterclass CAPA” volgde. Hieruit lijkt niet meteen te kunnen worden afgeleid dat de verzoekende partij deze methode zal gebruiken in de uitvoering van de opdracht.

Bladzijde 18 van de offerte, waarnaar de verzoekende partij vervolgens verwijst, bevat, zo lijkt, geen verwijzing naar deze methode en lijkt dan ook niet relevant.

Wel wordt op bladzijde 24 vermeld dat de verzoekende partij “Naar kwaliteitseisen toe, [...] voor de organisatie van de zorg ook beroep [doet] op de CAPA-methodiek. CAPA is een geïntegreerde methodiek om zorgaanbod en zorgstructuur dusdanig te organiseren zodat beschikbare middelen zo efficiënt mogelijk aangewend worden en er niet met wachtlijsten gewerkt dient te worden”.

Aldus lijkt, op grond van de offerte, niet onmiddellijk het verband duidelijk met intervisie en supervisie. De uiteenzetting in het verzoekschrift met name de “Peer Group Discussion” zou daarmee, zo lijkt, wel in verband gebracht kunnen worden. In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat dit systeem genoegzaam in België bekend is, hetgeen de verwerende partij in de nota niet tegenspreekt, blijkt in dat licht en bij ontstentenis van inhoudelijk verweer op

dit punt, in de huidige stand van het geding niet waarom de verwerende partij desondanks van oordeel was dat er in de offerte van de verzoekende partij geen melding was van intervisie of supervisie.

20. Om deze redenen en in het licht van de ontstentenis van inhoudelijk verweer staat in de huidige stand van het geding niet vast dat de geciteerde motivering voldoende draagkrachtig is om de aan de offerte van de verzoekende partij toegekende score van 4 op 6 voor het subcriterium “Multi-disciplinaire aanpak van de ondersteuning en opvolging van de begeleidings-gesprekken” te verantwoorden en lijkt de beoordeling onvoldoende zorgvuldig te zijn gebeurd zonder dat nader dient te worden ingegaan op de andere grieven opgeworpen in het kader van de beoordeling van dit subcriterium.

21. Een tweede reeks grieven betreft de beoordeling van het subcriterium “de specifieke invulling van de begeleiding en de remediërende acties (5 punten).”

22. De verzoekende partij krijgt voor dit subcriterium volgende beoordeling:

- “•Therapie volgens evidence-based principes
- Behandelde problematieken binnen FFY (individuele begeleidingen)
- Positief: ook aanbod m.b.t ontwikkelingsstoornissen (diagnostiek en begeleiding)
- Geen beschrijving remediërende acties.”

Zij krijgt vervolgens een score van 4 punten op 5.

23. De verzoekende partij meent dat duidelijk is dat het “verlies van één punt te wijten is aan het feit dat de verwerende partij van oordeel is dat er geen beschrijving is van de remediërende acties”, maar dat deze vaststelling feitelijk onjuist is.

Onder remediërende acties in de schoolcontext begrijpt de verzoekende partij vooral de bijdrage uit de FAS-afdeling (Faresa at school) in aanvulling op de bestaande studiebegeleidingsdiensten van de onderwijsinstellingen en remediëring in de vorm van faalangstbegeleiding en actieve ondersteuning bij de studiebegeleiding die worden vermeld in de offerte, zelfs in een samenwerking met de toeleidende onderwijsinstellingen:

“In de offerte p. 6 heeft de verzoekende partij remediërende acties in functie van de verbetering van schoolse prestaties vermeld: introductiesessie faalangst en stress, faalangsttrainingen voor de voormalige partnerscholen Xios Hogeschool en PHL en Universiteit Hasselt en ook recentelijk een assertiviteitstraining voor PXL (waarin ook spreekangst bij presentaties aan bod komt).

In de offerte op p. 11 wordt nog meer informatie gegeven over de mogelijke know-how vanuit deze afdeling voor de opdracht: o.a. groepstrainingen voor leerlingen en studenten op school (faalangst, subassertiviteit en sociale vaardigheden, omgaan met pesten,...) en infosessies voor leerlingen en studenten.

Faalangstbegeleiding wordt bovendien ook op p.9 en p.10 als expertise vermeld voor de afdeling FFY.

Op p. 10 in de offerte wordt ten behoeve van deze remediëring ook melding gemaakt van casusoverleg: ‘Voor het studentendossier staat vast, gezien de deontologische code in verband met het doorgeven van gegevens van en over studenten, dat dit enkel kan ingekeken worden door ND en de betrokken therapeut (tenzij de student met schriftelijke toestemming verkiest over te gaan tot een casusoverleg ten behoeve van specifieke maatregelen rond studiebegeleiding (aangeduid in het blauw in Figuur2)’.

De remediëring in de vorm van faalangstbegeleiding en actieve ondersteuning bij de studiebegeleiding werd dus aangehaald in de offerte, zelfs in een samenwerking met de toeleidende onderwijsinstellingen. Het bestek p. 13 diende hier als inspiratie: “Faalangst en gebrek aan assertiviteit indien er geen eigen aanbod is binnen de onderwijsinstelling. Met dit begeleidingsaanbod bieden de studentenvoorzieningen de betrokken studenten therapeutische ondersteuning met het oog op het verbeteren van de kansen op een succesvol studietraject.”

Voor zover de verwerende partij doelt op remediëring in begeleiding mag zij volgens de verzoekende partij derhalve redelijkerwijze niet poneren dat de verzoekende partij geen remediërende acties heeft omschreven: dit gaat in tegen hetgeen hierboven staat beschreven en letterlijk voortvloeit uit de offerte.

Voor zover remediëring dient te worden begrepen als het verhelpen en verbeteren van therapie, betoogt de verzoekende partij voorts omstandig dat haar offerte steunt op de begeleidingsmethodiek ROM (“Routine Outcome Measurement System”) en dat aldus actief aan remediëring wordt gewerkt. De verwerende partij zou dit ten onrechte herleiden tot een louter evaluatiesysteem alsof het zou gaan over eindmetingen (“outcome measurement”) zonder remediërende functie. Het is derhalve niet alleen onjuist om te poneren dat er geen remediërende actie wordt beschreven. Het is juist met de remediërende actie door middel van “ROM”, die wordt beschreven, dat de verzoekende partij zich kwalitatief onderscheidt van de gekozen inschrijver. Remediërende actie bij wijze van routinematige metingen is net de essentie van de begeleidingsmethodiek die wordt voorgesteld. Voorts stelt zij dat zij in haar offerte extensief heeft toegelicht dat de onderneming als doel heeft als kenniscentrum te fungeren onder het “evidence-based onderzoek”, waarbij zij heeft toegelicht dat zij dit onderzoek zal implementeren en dat er aan actieve kwaliteitscontrole wordt gedaan.

24. De offerte bevat (blz. 20) in dat verband de volgende passage:

“Verder bevat het studentendossier de resultaten van een standaard testbatterij aan vragenlijsten (diagnostiek met behulp van routine outcome measurement systeem, ROM) waarop het preliminair behandelvoorstel als resultaat van het intakeproces gestoeld is (naast het interview) (voorbeeld in Figuur 6) en een voorlopige probleemsamenhang met behandelindicatie. ROM houdt in dat er op regelmatige tijdstippen opnieuw gemeten wordt (bij de start, tussentijds en bij afronding met dezelfde of (gelimiteerde) testbatterij). ROM garandeert een kwalitatieve opvolging van elke begeleiding en onderzoek toont aan dat het de efficiëntie van therapie verhoogt, de betrokkenheid van cliënten bij therapie stimuleert en drop-out vermindert. In de testbatterij bevindt zich ook een risico inschatting op suicide. De studenten worden per e-mail uitgenodigd om de vragenlijst online in te vullen.”

Uit de figuur op bladzijde 23 van de offerte lijkt voorts te kunnen worden afgeleid dat de betrokken effectmeting (ROM) ook gebruikt wordt voor het “(preliminair) behandelplan” en uitvoering. Aldus lijkt dit minstens een methode die toelaat te detecteren wanneer remediërende actie in de behandeling nodig is. Vraag is of dit aldus ook beschouwd moet worden als een remediërende actie

waaraan de verwerende partij dan is voorbij gegaan en of de verwerende partij met de hier betwiste beoordeling niet veeleer bedoelde dat niet wordt aangegeven welke remediërende acties na deze evaluatie genomen worden.

25. De gehele argumentatie van de verzoekende partij is hier weliswaar van eerder technische aard, wat zijzelf ook erkent, doch de Raad van State lijkt toch te mogen vaststellen dat, mede bij ontstentenis van inhoudelijk verweer in de nota op dit punt, dat de geciteerde beknopte motivering onvoldoende lijkt om de aan de offerte van de verzoekende partij toegekende score van 4 op 5 voor dit subcriterium “De specifieke invulling van de begeleiding en de remediërende acties” te verantwoorden. Aldus lijkt de beoordeling hier onvoldoende zorgvuldig te zijn gebeurd en lijkt de grief ernstig zonder dat nader dient te worden ingegaan op de grief inzake remediëring begrepen in de schoolcontext.

26. Aldus staat in de huidige stand van het geding niet vast dat de meegedeelde motieven voldoende draagkrachtig zijn om de aan de offerte van de verzoekende partij toegekende score van 22 op 25 voor het derde gunningscriterium te verantwoorden, lijkt de beoordeling onvoldoende zorgvuldig te zijn gebeurd en is het middel in de aangegeven mate ernstig.

B. Nieuw middel opgeworpen in de pleitnota

Uiteenzetting van het middel

27. Na kennisname van het administratief dossier, dient de verzoekende partij een pleitnota in met daarin onder meer een nieuw middel.

De verzoekende partij put dit nieuwe middel uit de schending van de artikelen 51, § 2, 82 en 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘Plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’. In essentie betoogt zij dat een offerte die niet door de daartoe bevoegde persoon is ondertekend, substantieel

onregelmatig is en moet worden geweigerd en dat na kennisname van het offerteformulier van de gekozen inschrijver is gebleken dat de offerte werd ondertekend door de algemeen directeur van de vzw CAW Limburg, terwijl overeenkomstig de statuten van de vzw CAW Limburg de bevoegdheid om de vzw CAW Limburg te vertegenwoordigen bij de raad van bestuur ligt vertegenwoordigd door twee bestuurders, behoudens een bijzondere volmacht. Tenzij de Raad van State ter terechtzitting kan vaststellen dat het vertrouwelijke stuk 11 een bijzondere volmacht bevat, is de offerte van de gekozen inschrijver substantieel onregelmatig. “Voor zover het administratief dossier een verwijzing zou bevatten naar een publicatie van een handtekeningsbevoegdheid van dhr. Vanderstraeten” wijst de verzoekende partij er nog op dat “de gepubliceerde handtekening-bevoegdheid enkel van toepassing is bij de uitvoering van een beslissing van de raad van bestuur. De volmacht is dan maar geldig indien een uitdrukkelijke beslissing van de Raad van Bestuur eveneens in het administratief dossier is opgenomen.”

Beoordeling ontvankelijkheid van het middel

28. De procedureregeling voorziet niet in de neerlegging van pleitnota, niet voorafgaand aan of op de terechtzitting, noch heeft de Raad van State om een dergelijk stuk verzocht. In principe dient een pleitnota buiten het debat te worden gehouden tenzij in dat stuk nieuwe gegevens worden aangebracht die de indiener ervan niet eerder kon aanvoeren en eventueel decisief kunnen zijn voor de beslechting van de zaak.

In de huidige stand van het geding blijkt niet dat verzoekende partij vóór het indienen van het administratief dossier - op 26 september 2014 - kennis had van de offerte van de gekozen inschrijver en dus van de gegevens waarop dit middel steunt. Deze offerte werd trouwens als vertrouwelijk stuk 11 opgenomen in het administratief dossier en initieel zonder het bijhorende offerteformulier. Op vraag van 1 oktober 2014 van de behandelende auditeur deelde de raadsman van de verwerende partij het offerteformulier mee. Ook in het

verslag van nazicht wordt bij “Formeel nazicht” enkel vermeld “OK” en bij “Materieel nazicht” “Geen opmerkingen”. In het “Besluit van het formeel en materieel nazicht van de offertes” wordt vermeld “De volgende offertes worden door het bestuur als regelmatig beschouwd omdat eventuele onregelmatigheden als niet essentieel zijn” waarna, zonder nadere motivering, onder meer de gekozen inschrijver wordt vermeld.

Dit middel kon dan ook, zo lijkt, niet reeds in het verzoekschrift worden geformuleerd, en lijkt voorts decisief te kunnen zijn voor de oplossing van de zaak.

Indien een middel al zou mogen worden aangebracht in een pleitnota of ter terechtzitting, mag zulks, ook al is het middel van openbare orde, enkel gebeuren indien de daarin aangevoerde onrechtmatigheid evident lijkt en bijgevolg over alle aspecten ervan debat gevoerd kan worden ter terechtzitting.

De vraag of dit middel aan die laatste voorwaarde voldoet, valt samen met het onderzoek van het ernstig karakter ervan.

Tevens lijkt te kunnen worden verwacht dat dergelijke pleitnota met een nieuw middel zo spoedig mogelijk na kennisname van de gegevens waarop dit nieuw middel steunt aan de Raad van State en de verwerende partij wordt bezorgd. Te dezen werd het offerteformulier van de gekozen inschrijver door de verwerende partij met een e-mail van 2 oktober 2014 aan de Raad van State en de raadslieden van de verzoekende partij meegedeeld en werd de pleitnota ter zitting neergelegd, maar reeds de dag voordien, op 6 oktober 2014 in de namiddag, meegedeeld aan de Raad van State en de raadsman van de verwerende partij. Aldus lijkt te dezen niet onredelijk lang gewacht, minstens wordt dergelijke grief niet door de verwerende partij aangevoerd.

29. Aldus lijkt het middel op ontvankelijke wijze aangebracht, hetgeen overigens ter terechtzitting ook door de verwerende partij niet wordt betwist.

Beoordeling ernstig karakter van het middel

30. Artikel 51, § 2, tweede lid, van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011 bepaalt onder meer dat “de offerte wordt ondertekend door de persoon of personen die bevoegd of gemachtigd zijn om de inschrijver te verbinden”.

Het Verslag aan de Koning (*BS* 9 augustus 2011, blz. 44887) bij voormeld artikel 51, § 2, merkt onder meer op dat onder “ondertekening” wordt begrepen:

- “- de ondertekening door de inschrijver-natuurlijke persoon;
- de ondertekening door de natuurlijke persoon die bevoegd is om de inschrijver-rechtspersoon te verbinden krachtens de vennootschappenwet of andere wettelijke of reglementaire bepalingen en de toepasselijke statutaire bepalingen;
- de ondertekening door een natuurlijke of rechtspersoon, die gemachtigd is de inschrijver-natuurlijke of rechtspersoon te verbinden”.

Artikel 82 van hetzelfde koninklijk besluit bepaalt:

“§ 1. De inschrijver ondertekent de offerte en de eventuele samenvattende opmeting of inventaris en de andere bijlagen bij de offerte.

[...]

§ 3. Als de ondertekening gebeurt door een gemachtigde, vermeldt hij duidelijk zijn volmachtgever of volmachtgevers. De gemachtigde voegt bij de offerte de authentieke of onderhandse akte waaruit zijn bevoegdheid blijkt of een afschrift van zijn volmacht. Eventueel verwijst hij naar het nummer van de bijlage van het Belgisch Staatsblad waarin de akte bij uittreksel is bekendgemaakt.

[...]”.

Artikel 95 van dat koninklijk besluit van 15 juli 2011, zoals vervangen bij artikel 21 van het koninklijk besluit van 7 februari 2014, luidt:

“Artikel 95. § 1. De aanbestedende overheid gaat de regelmatigheid na van de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen. Ze onderzoekt de regelmatigheid, zowel op formeel als op materieel vlak.

§ 2. Op formeel vlak is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de vormvoorschriften van de artikelen 6, § 1, 51, § 2, 52, 54, § 2, 55, 80, 81, 82, 90 en 91 en van de opdrachtdocumenten, in de mate dat de vormvoorschriften van die artikelen of die documenten essentieel zijn.

Als een offerte daarentegen afwijkt van de overige vormvoorschriften van de in het eerste lid vermelde artikelen of van de opdrachtdocumenten, is ze aangetast door een niet-substantiële onregelmatigheid.

§ 3. Op materieel vlak is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de bepalingen van dit besluit of van de opdrachtdocumenten betreffende met name de prijzen, termijnen en technische specificaties, in de mate dat die bepalingen essentieel zijn, of in geval van een abnormale prijs als bedoeld in de artikelen 21 en 99.

Als een offerte daarentegen niet in overeenstemming is met de andere bepalingen van dit besluit, meer bepaald met hoofdstuk 1, afdelingen 7 tot 11, en met hoofdstuk 6, afdelingen 2 tot 4, of van de opdrachtdocumenten, of nog enig voorbehoud inhoudt of elementen bevat die niet met de werkelijkheid overeenstemmen, is ze aangetast door een niet-substantiële onregelmatigheid.

§ 4. Een substantieel onregelmatige offerte is nietig.

In geval van een niet-substantiële onregelmatigheid kan de aanbestedende overheid de offerte nietig verklaren. Als de aanbestedende overheid een offerte niet nietig verklaart, dan wordt deze offerte geacht regelmatig te zijn.”

Het Verslag aan de Koning bij voormeld artikel 21 van het koninklijk besluit van 7 februari 2014 (*BS* 21 februari 2014, blz 14000 – 14002) bepaalt onder meer:

“Volgens de nieuwe tweede paragraaf moet een offerte steeds als formeel onregelmatig worden beschouwd wanneer ze afwijkt van de vormvoorschriften van de artikelen 6, § 1, 51, § 2, 52, 54, § 2, 55, 80, 81, 82, 90 en 91 in de mate dat die essentieel zijn. De verwijzing naar artikel 80 betekent evenwel niet dat de inschrijver geen gebruik meer zou kunnen maken van de erin bepaalde mogelijkheid om een ander formulier te gebruiken dan het bij de opdrachtdocumenten gevoegde.

De opdrachtdocumenten kunnen ook een of ander vormvoorschrift als essentieel aanduiden voor het onderzoek van de offerte. Daarbij kan het eventueel gaan om een technische bijlage die bij de offerte moet worden

gevoegd. Die aard van het vormvoorschrift kan blijken uit de vermelding ‘op straffe van absolute nietigheid’ die de aanbestedende overheid oordeelkundig dient te gebruiken.

De schending van een essentieel vormvoorschrift leidt immers tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte en bijgevolg tot de absolute nietigheid ervan (zie paragraaf 4).

Buiten het voormelde geval van de bepalingen die onder de vermelding ‘op straffe van nietigheid’ in de opdrachtdocumenten zijn opgenomen, kan niet in algemene en absolute zin worden gesteld welke van de in de bovengenoemde artikelen alsook de in de opdrachtdocumenten aangeduide vormvoorschriften een essentieel karakter hebben. Dat zal telkens in concreto dienen te worden bepaald op basis van een aantal elementen, die daartoe met name in de rechtspraak van de Raad van State als determinerende criteria naar voor worden geschoven. Meer bepaald mag doorgaans worden aangenomen dat een vormvoorschrift essentieel is wanneer een afwijking ervan :

- de betrokken inschrijver een voordeel zou kunnen opleveren ten opzichte van zijn concurrenten, m.a.w. tot een ongelijke behandeling zou kunnen leiden;
- de verbintenis van de betrokken inschrijver tot uitvoering van de opdracht overeenkomstig de voorwaarden bepaald in de opdrachtdocumenten zou kunnen uithollen of onzeker zou kunnen maken;
- de goede uitvoering van de opdracht in gevaar zou kunnen brengen;
- aanleiding zou kunnen geven tot manipulatie van de offertes (bijv. afwezigheid van een dubbele envelop of aanwezigheid daarop van een niet toegelaten vermelding) of tot speculatie.

Wanneer een of meer van de bovenstaande criteria zijn ingevuld, zal daaruit het essentiële karakter van een vormvoorschrift kunnen worden afgeleid.

De niet-naleving van de andere, niet-essentiële vormvoorschriften leidt eveneens tot de onregelmatigheid van de offerte, maar niet tot de substantiële onregelmatigheid ervan. Op aanbeveling van de Raad van State (zie punt 15 van zijn advies) is in de tekst van paragraaf 2 overigens een tweede lid toegevoegd dat naar analogie met het tweede lid van paragraaf 3 aangaande de materiële onregelmatigheden, een verduidelijking in de bovenstaande zin aanbrengt. In dat geval beschikt de aanbestedende overheid over een zekere beoordelingsmarge. Zij dient dan na te gaan of de betrokken offerte moet worden geweerd naargelang de bijzonderheden van elk concreet geval. Onder verwijzing naar het arrest van de Raad van State nr. 156.427 van 15 maart 2006 (n.v. Bouygues Belgium en n.v. Groep Thiran), kan zo het voorbeeld worden gegeven van een offerte die is behept met verschillende afwijkingen van niet-essentiële vormvoorschriften die elk afzonderlijk niet, maar samengenomen wel als een substantiële onregelmatigheid ten opzichte van eisen van het bestek kunnen worden beschouwd en die in globo dan ook tot de wering van de offerte zullen kunnen leiden (zie ook paragraaf 4).

[...]

De nieuwe paragraaf 4, die voor alle duidelijkheid geldt voor zowel de formele als de materiële onregelmatigheden, is gewijd aan de gevolgen van de onregelmatigheid van een offerte. De offerte is nietig en wordt bijgevolg geweerd als ze substantieel onregelmatig is. De aanbestedende overheid heeft dan geen ruimte om te oordelen over de sanctie voor de onregelmatigheid die is begaan. Zij dient de schending van een bepaling die door de reglementering als essentieel is aangeduid, als een substantiële onregelmatigheid te beschouwen die tot de absolute nietigheid van de offerte leidt. Als zij de essentiële aard van de geschonden bepaling in de opdrachtdocumenten heeft vastgesteld, moet zij daaruit de conclusies trekken in geval van schending opnieuw zonder nog een beoordelingsbevoegdheid te kunnen uitoefenen. Een substantieel onregelmatige offerte is nietig en moet worden geweerd.

Wanneer de onregelmatigheid van de offerte daarentegen niet substantieel is omdat ze geen betrekking heeft op de schending van een essentiële bepaling of vormvoorschrift, kan de aanbestedende overheid die offerte nietig verklaren. Zij heeft dus de ruimte om te oordelen of zij de relatieve nietigheid van een offerte met één of meer niet-substantiële onregelmatigheden aanvaardt. Als zij beslist om de onregelmatigheden te aanvaarden, wordt de offerte geacht regelmatig te zijn in het licht van de artikelen 24 en 25 van de wet van 15 juni 2006. Zij maakt gebruik van die beoordelingsruimte rekening houdend met de beginselen van gelijke behandeling, proportionaliteit, vergelijkbaarheid van de offertes, Verder kan hier nog worden herinnerd aan de hypothese van meerdere afwijkingen van niet-essentiële bepalingen of vormvoorschriften, die elk afzonderlijk niet, maar samengenomen wel als een substantiële onregelmatigheid kunnen worden beschouwd en die derhalve tot de nietigheid en de wering van de offerte zullen kunnen leiden.”

Te dezen gaat het om een eventuele afwijking van de vormvoorschriften van het hiervoor aangehaalde artikel 51, §2.

31. Te dezen werd de offerte van de vzw CAW Limburg ondertekend door de algemeen directeur. Artikel 21, § 1, eerste lid, van de statuten, zoals bekendgemaakt in de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad van 4 oktober 2012 en bij de offerte gevoegd, bepaalt :

“De raad van bestuur vertegenwoordigt en verbindt de vereniging in alle gerechtelijke en buitengerechtelijke handelingen. Ten overstaan van derden mag de vzw vertegenwoordigd worden door twee bestuurders. De raad van bestuur mag alle nodige verbintenissen aangaan ten einde het maatschappelijk doel van de vereniging te realiseren”.

Artikel 21, § 4, bepaalt :

“Voor alle handelingen die vallen buiten het dagelijks bestuur zoals het verwerven, vervreemden, in pand geven van onroerende goederen, het aangaan van leningen, als eiser of als verweerder optreden voor de bevoegde instanties, enz. is de gezamenlijke handtekening van twee bestuurders vereist en voldoende opdat de vereniging geldig vertegenwoordigd zou zijn.

De raad van bestuur kan het dagelijks bestuur evenwel opdragen aan een gevolmachtigde derde.

De raad van bestuur kan bij gewone meerderheid een deel van haar bevoegdheden delegeren aan één of meer personen, al dan niet bestuurders, en deze dienovereenkomstig benoemen als persoon gemachtigd de vereniging te vertegenwoordigen.

De machtiging betreft door de raad van bestuur omschreven handelingen en mag volledige delegatie inhouden voor de betrokken domeinen. Alleen bijzondere en beperkte volmachten voor bepaalde of een reeks bepaalde rechtshandelingen zijn geoorloofd. De machtiging kan te allen tijde herroepen worden of neemt automatisch een einde op het ogenblik dat de gemandateerde de hoedanigheid verliest die de opname als gemandateerde rechtvaardigde, of overlijdt. De gemandateerden oefenen hun bevoegdheden ofwel alleen ofwel gezamenlijk uit.”

Te dezen werd de offerte niet ondertekend door twee bestuurders maar enkel door de algemeen directeur, die blijkens de bij de offerte gevoegde bekendmaking in de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad van 14 juni 2013 geen bestuurder is.

Wel werd de volgende “handtekeningsbevoegdheid Algemeen Directeur” bekendgemaakt in de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad van 23 juli 2013 en bij de offerte gevoegd:

“De Raad van Bestuur van CAW Limburg beslist met eenparigheid van stemmen dat de algemeen directeur Guy Vanderstraeten [...], binnen zijn opdracht bepaald door de RvB de organisatie kan verbinden om de praktische uitvoering en de toepassing van de beslissingen van de RvB te realiseren.

De handtekeningsbevoegdheid is uitsluitend geldig binnen het mandaat van de algemeen directeur en geldt niet voor het aangaan van notariële akten waarvoor de handtekening vereist zijn van twee bestuurders”.

Aldus lijkt de algemeen directeur de vereniging te kunnen verbinden, “binnen zijn opdracht bepaald door de RvB” maar de offerte bevat daaromtrent geen nadere gegevens. Een dergelijke opdracht mag dan nog enkel ertoe strekken “de praktische uitvoering en de toepassing van de beslissingen van de RvB te realiseren”. De offerte bevat ook geen gegevens welke beslissing of beslissingen van de raad van bestuur door het indienen van de offerte voor de voorliggende opdracht worden uitgevoerd en toegepast.

Het argument van de verwerende partij ter terechtzitting dat deze handtekeningsbevoegdheid niet zo beperkt mag worden gelezen gelet op uitzondering in de tweede alinea dat de handtekeningsbevoegdheid niet geldt voor het aangaan van notariële akten waarvoor de handtekeningen vereist zijn van twee bestuurders, overtuigt niet *prima facie*. Tegelijk wordt immers bepaald dat de handtekeningsbevoegdheid uitsluitend geldig is binnen het mandaat van de algemeen directeur, maar de offerte bevat ook daaromtrent geen nadere gegevens.

Mocht bedoeld zijn dat hij door de raad van bestuur werd belast met het dagelijks bestuur, blijkt dit niet uit de stukken bij de offerte nog daargelaten de vaststelling dat het ondertekenen van een offerte voor een overheidsopdracht geen daad van dagelijks bestuur lijkt.

Ter terechtzitting verwijst de verwerende partij, in antwoord op het middel, in wezen enkel naar voormelde handtekeningsbevoegdheid van de algemeen directeur maar toont zij om de voormelde redenen niet concreet aan waarom deze wel zou volstaan. Er worden ook geen stukken voorgelegd waaruit zou blijken dat het ondertekenen van van deze offerte valt binnen de opdracht of het mandaat van de algemeen directeur of een beslissing van de raad van bestuur uitvoert en toepast.

Evenmin blijkt uit het dossier dat de verwerende partij het gegeven van de volmacht, in het kader van het regelmatigheidsonderzoek, heeft

onderzocht en waarom zij van oordeel was dat de offerte geldig kon worden ondertekend door de algemeen directeur van de gekozen inschrijver en dus formeel regelmatig was of waarom dit anders geen afwijking was van een essentieel vormvoorschrift van artikel 51, § 2.

De ondertekening van een offerte is gelet op de geldend regelgeving een formaliteit, waarvan de niet-naleving de nietigheid van de offerte wegens substantiële onregelmatigheid tot gevolg heeft. Met het gebrek aan dergelijke ondertekening moet de situatie worden gelijkgesteld waarbij zij die ondertekenen niet degenen zijn die daartoe bevoegdheid hebben krachtens dwingende regelgeving of eigen statutaire bepalingen van de inschrijver.

Te dezen lijkt het aldus niet dat de gekozen inschrijver een geldig ondertekende offerte heeft ingediend en bijgevolg evenmin dat de verwerende partij deze offerte regelmatig mocht verklaren.

Het lijkt aldus niet dat het middel niet voldoende evident is of dat niet over alle aspecten van dit middel debat gevoerd kan worden ter terechtzitting. Dergelijk debat heeft overigens plaatsgevonden en een bezwaar daaromtrent werd niet aangevoerd door de verwerende partij.

32. Het nieuwe middel geformuleerd in de pleitnota is bijgevolg ontvankelijk en ernstig.

Besluit

33. Beide besproken middelen zijn in de aangegeven mate ernstig. Bijgevolg dient de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden bevolen van de bestreden beslissing.

VI. Kosten

34. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van het besluit van de Hogeschool PXL genomen 5 september 2014 waarbij aan de ‘vzw CAW Limburg’ een overheidsopdracht wordt gegund met als voorwerp ‘Offerteaanvraag voor aanbod van therapeutische begeleiding ten behoeve van studenten van Universiteit Hasselt en Hogeschool PXL.

2. De kosten worden in beraad gehouden.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 oktober 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest