

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 230.360 van 27 februari 2015
in de zaak A. 214.895/XII-7820**

In zake: de CVBA INNO.COM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de BV ARS TRAFFIC & TRANSPORT TECHNOLOGY
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie en Peter Henderyckx
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 30 januari 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van [de Vlaamse minister van Mobiliteit, Openbare Werken, Vlaamse Rand, Toerisme en Dierenwelzijn] van [23 december 2014] waarbij de offerte van [de cvba Inno.com] voor de overheidsopdracht voor de realisatie van

een Enterprise Architectuur Schelderadarketen en IVS Migratie (dossier 16EN2013/1) onregelmatig is bevonden en is geweerd [en de opdracht is gegund aan de BV ARS Traffic & Transport Technology]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 10 februari 2015 heeft de bv Ars Traffic & Transport Technology gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 februari 2015, om 14.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Rika Heijse en Aline Heyrman, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Anthony Verheggen, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Sofie Logie, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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. Het Vlaamse Gewest en het Ministerie van Infrastructuur en Milieu van het Koninkrijk der Nederlanden schrijven gezamenlijk een opdracht uit voor de aanneming van diensten met als voorwerp “Enterprise Architectuur Schelderadarketen en IVS migratie”.

Het agentschap Maritieme Dienstverlening en Kust, Afdeling scheepvaartbegeleiding, treedt namens de twee opdrachtgevers op.

3.2 De selectieleidraad licht de opdracht en de aanleiding ervan toe. Daaruit blijkt onder meer het volgende.

De Schelderadarketen (hierna SKR) is een grensoverschrijdend (België/Nederland) verkeersbegeleidend systeem ten behoeve van de scheepvaart op de (Wester)Schelde en haar mondingen. Het instrumentarium SRK wordt gebruikt voor het verlenen van Vessel Traffic Services in het Scheldegebied (hierna VTS SG).

De SRK is opgebouwd uit 3 grote deelsystemen:

- a. Radar en doelvolger (RW);
- b. Informatie Verwerkend Systeem (IVS);
- c. VHF systeem.

De huidige opdracht situeert zich binnen de noodzaak tot vernieuwing van de bestaande IVS Software. De kern van de huidige IVS applicatie binnen de SRK is nog steeds gesteund op een ontwerp en de ontwikkeling van meer dan 10 jaar geleden. Deze applicatie werd initieel in 2003 operationeel en is nadien, tijdens het voorbije decennium, uitgebreid met een aantal software componenten. Vanuit verschillende perspectieven (technisch/functioneel – operationeel/ financieel) dringt zich thans echter een vernieuwing op.

De beoogde opdracht bestaat uit 3 deelopdrachten:

“A. Deelopdracht A: Basisopdracht, d.i. de realisatie van de Enterprise Architectuur SRK, incl. de migratie van het IVS, deze deelopdracht bestaat uit 3 onderdelen:

- * A1 – realisatie kanaal IVS
- * A2 – realisatie centraal gedeelte: ESB en bijhorende services
- * A3 – realisatie domein IVS

B. Deelopdracht B: software upgrades voor de komende jaren in de vorm van nieuwe releases, dit geldt voor de 3 lagen.

Dit is een opdracht in regie, waarvoor elk jaar een voorbehouden som wordt voorzien.

C. Deelopdracht C: beheer & onderhoud (3de lijn).”

3.3. De aankondiging van de opdracht is gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 28 november 2013 met erratum op 29 november 2013 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 29 november 2013 met erratum op 3 december 2013.

De gunning van deze opdracht gebeurt via de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, op grond van artikel 26, § 2, 3°, van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’.

De gunning van de opdracht verloopt aldus in twee fasen.

De selectie van de kandidaten is onderworpen aan de selectieleidraad 16EN2013/1.

Onder punt “3.3. Selectie” valt in deze selectieleidraad te lezen wat volgt:

“De geschiktheid van de kandidaat-inschrijvers wordt bepaald aan de hand van uitsluitinggronden en kwalitatieve selectiecriteria.

[...]

3.3.2. Criteria voor de kwalitatieve selectie (Art. 67, 68 en 72 KB Plaatsing)

[...]

Zijn technische bekwaamheid (Art. 68 en 72) toont hij aan door het voorleggen van:

Nr.	Criterium	Punten
C1	▪ een lijst van de voornaamste projecten uitgevoerd tijdens de laatste drie jaar (jaar 2010, 2011, 2012), waaruit de opgebouwde en gehonoreerde expertise in de bedoelde materie moet blijken: het betreft realisatieprojecten, studies en diensten voor het opzetten van applicaties voor informatiesystemen t.b.v. Vessel Traffic Services (business) en/of realisatieprojecten, studies en diensten m.b.t. Enterprise Architectuur, SOA.	50

C2	▪ een document waaruit blijkt dat de kandidaat-inschrijver ruime kennis heeft van en ervaring met de business context van Vessel Traffic Services (ook genoemd VTM: Vessel Traffic Management, en/of VTMISS: Vessel Traffic Management and Information Services);	20
C3	▪ een document waaruit blijkt dat de kandidaat-inschrijver ruime kennis heeft van en ervaring met Enterprise Architectuur, SOA (Service Oriented Architecture) en Software Engineering;	50
C4	▪ een lijst van de personen c.q. functies die kunnen ingeschakeld worden voor deze dienstverlening met opgave van de beroepskwalificaties;	20
C5	▪ een beschrijving van de methodieken en softwaretools waarover de dienstverlener zal beschikken voor de uitvoering van het projectmanagement;	20
C6	▪ een beschrijving van de organisatie van het bedrijf;	10
C7	▪ een beschrijving van de maatregelen die de kandidaat-inschrijver treft om de kwaliteit te waarborgen, alsook een beschrijving van de toegepaste methodieken en procedures om kwalitatief goede projecten te leveren;	15
C8	▪ een lijst van de al dan niet tot de onderneming van de kandidaat-inschrijver behorende technici of diensten, in het bijzonder belast met het kwaliteitsmanagement	15
	Totaal	200

In de laatste kolom wordt een gewicht toegekend aan het betreffende item dat toegepast wordt door de opdrachtgevers bij de beoordeling van de kandidaturen.

Een minimum van 120 punten (60%) is vereist voor verdere selectie.

Aan de hand van deze criteria wordt een rangorde (op basis van de behaalde puntenscore) bepaald waarbij minimum 3 (drie) en maximaal 6 (zes) gegadigden, die aan de gestelde eisen met betrekking tot de bekwaamheid voldoen, geselecteerd worden voor de onderhandelingsprocedure.

De kandidaat-inschrijver dient ter staving van C1 t/m C8 bijgevoegde vragenlijst volledig in te vullen.

3.3.3 Beroep op draagkracht van andere entiteiten (Art. 74 KB Plaatsing)

a) De inschrijver kan zich beroepen op de draagkracht van onderaannemers of andere entiteiten. In dat geval voegt de inschrijver de nodige documenten toe aan zijn kandidaatstelling, waaruit de verbintenis van deze onderaannemers of van andere entiteiten blijkt om de voor de opdracht noodzakelijke middelen ter beschikking te stellen

van de inschrijver.

b) De opdrachtnemer is verplicht de onderaannemers in te zetten waarop hij zich heeft beroepen in het kader van de kwalitatieve selectie. Het gebruik van andere onderaannemers is onderworpen aan de toestemming van de aanbestedende overheid.

Deze onderaannemers of entiteiten mogen zich niet in een toestand van uitsluiting bevinden, zoals bedoeld in artikel 61 KB Plaatsing.”

In bijlage is de vragenlijst ten bewijze van de technische bekwaamheid gevoegd.

3.4. De sluitingsdatum voor het indienen van de kandidatuurstellingen is vastgesteld op 10 januari 2014.

Acht kandidatuurstellingen worden ontvangen, waaronder die van de verzoekende partij en van de bv ARS Traffic & Transport Technology.

3.5. Het rapport van de selectiecommissie van 24 februari 2014 evalueert de selectiecriteria betreffende de verzoekende partij als volgt:

“Inno.com scoort wisselend op de verschillende subcriteria. De VTS business kennis is onvoldoende, de kennis en ervaring echter op gebied van EA/SOA vrij goed en bepalend voor de selectie. De eindscore is net voldoende.”

De bijlage “Technische beoordeling” vermeldt betreffende de verzoekende partij het volgende:

Criterium	[...]	Inno.com	[...]
C1	[...]	▪ weinig projecten compleet getrokken door Inno.com ▪ slechts 1 VTS referentie ▪ niet alle referenties voldoen aan de criteria zoals gesteld in de oproep, (vb referenties zonder tijdsperiode en referenties van 2007) ▪ meerdere EA/SOA referenties	[...]
	[...]	Kandidaat toont veel referenties op vlak van EA/SOA, VTS referenties vrij beperkt: ➤ Voldoende score	[...]

		➤ 31/50	
C2	[...]	▪ kennis opgedaan uit SRK projecten uit het verleden ▪ ook ATC kennis ▪ RealDolmen, geen omschrijving van gevraagde kennis	[...]
	[...]	Aantoonbaarheid beperkt tot ‘oude’ VTS projecten. Onderaannemer heeft geen VTS kennis ➤ Onvoldoende score ➤ 8/20	[...]
C3	[...]	▪ netjes en compleet ▪ degelijk EA/SOA verhaal ▪ kennis is aanwezig maar komt niet direct terug in projectenlijst	[...]
	[...]	Kandidaat antwoordt uitgebreid en degelijk op de criteria maar er is geen relatie met eerder genoemde referenties ➤ Zonder meer goed ➤ 41/50	[...]
C4	[...]	▪ personen die betrokken waren bij assessment worden niet voorgesteld ▪ korte omschrijving verschillende profielen ▪ uitgebreide CV’s	[...]
	[...]	Uitgebreide voorstelling inzetbare teamleden per profiel ➤ Ruim voldoende ➤ 15/20	[...]
C5	[...]	▪ beknopte omschrijving van de projectmethodieken (verwijzing naar vorige paragrafen) ▪ tools voor projecten enorm uitgebreid	[...]
	[...]	De gevraagde criteria worden niet volledig beantwoord (tools ok, methodieken onvoldoende) ➤ Net voldoende ➤ 12/20	[...]
C6	[...]	▪ beschrijving Inno.com/RealDolmen OK ▪ geen beschrijving over manier van samenwerken – onduidelijkheid omtrent de precieze rolverdeling tussen hoofdaannemer en onderaannemer ▪ dunne bezetting Inno.com	[...]
	[...]	De manier van samenwerken tussen kandidaat en onderaannemer, alsook de teamstructuur is onduidelijk ➤ Zwak ➤ 5/10	[...]

C7	[...]	▪ kwaliteitssysteem op basis van best practices ▪ hoofdaannemer stelt de onderaannemer verantwoordelijk voor kwaliteitsmanagement	[...]
	[...]	Geen gedefinieerd kwaliteitssysteem, maar een aanpak op basis van best practices ➤ Ruim onvoldoende ➤ 5/15	[...]
C8	[...]	▪ verwijzing kwaliteitshandboek van RealDolmen (onderaannemer) ▪ rol hoofdaannemer?	[...]
	[...]	Kandidaat verwijst naar onderaannemer voor dit criteria ➤ Slecht ➤ 4/15	[...]
Opmerking	[...]	Inschrijver steunt volledig op onderaannemer	[...]
Totaal	[...]	121	[...]

3.6 De beslissing van 2 juni 2014 van de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken selecteert de verzoekende partij als vijfde gerangschikte en de bv ARS Traffic & Transport Technology als vierde gerangschikte.

Bij aangetekende brieven van 5 juni 2014 worden de verzoekende partij en de tussenkomende partij door de verwerende partij in kennis gesteld van de selectie en uitgenodigd een offerte in te dienen tegen 25 juli 2014 op basis van het bestek nr. 16EN2013/1. Het bestek wordt per e-mail verzonden.

3.7. Op 25 juni 2014 vindt een informatievergadering plaats. Tijdens die vergadering wordt onder meer de volgende van de voorafgaandelijk door de geselecteerde kandidaten ingediende vragen behandeld en beantwoord:

“Kan er nog een tweede vragenronde worden opgenomen zodat er nog vragen naar aanleiding van de informatievergadering en nadere analyse kunnen worden gesteld?

A.: Er is geen tweede vragenronde. Het betreft een onderhandelings-procedure. De geselecteerde inschrijver dient een eerste offerte in te dienen ten laatste tegen 25 juli 2014 om 11:00 uur. Daarna volgen één of meerdere onderhandelings sessies met elke geselecteerde afzonderlijk. Na elke onderhandelings sessie dient de offerte te worden bijgesteld. Vervolgens wordt de geselecteerde inschrijver verzocht om tegen een nader vast te stellen datum een ‘Best and Final Offer’ (BAFO) in te dienen.”

De kwestie van de onderaanneming maakt niet het voorwerp uit van een vraagstelling van de verzoekende partij.

Drie geselecteerde kandidaten, waaronder de verzoekende partij en de tussenkomende partij, dienen een eerste offerte in.

De verzoekende partij stelt in haar offerte de nv Ausy Belgium voor als onderaannemer. Zij verklaart dat de samenwerking met RealDolmen is stopgezet.

3.8. Met een e-mailbericht van 11 augustus 2014 – herhaald op 4 september 2014 – informeert de verzoekende partij bij de verwerende partij naar “de concrete data [...] om ons voorstel te bespreken en de onderhandelingen aan te vatten”.

Met een e-mailbericht van 5 november 2014 antwoordt de hoofdbeheerder van het beheer & exploitatieteam Schelderadarketen het volgende:

“Na overleg met onze juridische dienst kan ik u enkel medelen dat op basis van het gevoerde onderzoek van de offertes, Inno.com momenteel niet uitgenodigd wordt voor de onderhandelingen. Meer informatie kan pas worden gegeven nadat hierover een definitieve beslissing is genomen”.

Met de twee overgebleven inschrijvers wordt door de verwerende partij een onderhandelingsronde georganiseerd.

De onderhandelingen hebben finaal geresulteerd in de indiening van een Concept BAFO en tenslotte een BAFO door de overige resterende inschrijvers.

3.9. Op 4 november 2014 wordt een gunningsverslag opgemaakt.

Op grond van de toetsing van de BAFO's aan de vooropgestelde gunningscriteria wordt de offerte van de tussenkomende partij als de economisch meest voordelige beschouwd met een totaalscore van 81,58/100.

3.10. Bij besluit van 23 december 2014 beslist de verwerende partij deelopdrachten A en B te gunnen aan de bv ARS Traffic & Transport Technology.

Dit is het bestreden besluit.

Voormeld besluit bevat betreffende de verzoekende partij de volgende vermelding:

“Gelet op het feit dat:

1. De offerte van Inno.com niet in overstemming met artikel 12 van het KB Plaatsing, noch met punt 3.3.3.b) van de selectieleidraad was;
2. Bij een verdere deelname aan de onderhandelingsprocedure door Inno.com het gelijkheidsbeginsel tussen de verschillende inschrijvers mogelijk geschaad zou kunnen worden;
3. De offerte Inno.com diende geweerd te worden wegens de bovenvermelde niet-conformiteit”.

3.11. Met een ter post aangetekend schrijven van 12 januari 2015 wordt aan de verzoekende partij kennis gegeven van deze motieven om haar offerte onregelmatig te bevinden en te weren.

IV. Tussenkost

4. De bv ARS Traffic & Transport Technology blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. De tussenkomende partij werpt op dat de beslissing om de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te beschouwen, een vóórbeslissing is die geen deel uitmaakt van de gunningsbeslissing en waarvan de verzoekende partij op 4 september 2014 zou in kennis zijn gesteld. Aangezien de verzoekende partij deze vóórbeslissing niet tijdig blijkt te hebben aangevochten, is de onregelmatig-verklaring definitief. Bovendien stelt zij dat, aangezien de verzoekende partij geen middelen ontwikkelt tegen de beslissing om de offertes van de resterende inschrijvers regelmatig te bevinden, zij geen belang heeft bij de vordering. De

bestreden beslissing van 23 december 2014 bevestigt hoogstens de onregelmatig-verklaring maar doet geen nieuwe beroepstermijn ingaan.

Beoordeling

6. Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat op datum van 5 november 2014 slechts een informatieve e-mail werd verstuurd naar de verzoekende partij en dat er alleszins nog geen definitieve beslissing voorlag in verband met de niet-conformiteit van haar offerte. Slechts met een op 12 januari 2015 ter post aangetekende brief is de verzoekende partij vervolgens in kennis gesteld van de motieven om haar offerte te weren. Aangezien niet blijkt dat de brief houdende de motieven voor de wering van haar offerte ook elektronisch is verzonden, dient te worden aangenomen dat het verzoekschrift, ingeleid op 30 januari 2015, tijdig is.

Voorts kan aan de verzoekende partij niet het rechtens vereiste belang worden ontzegd om de toewijzingsbeslissing aan te vechten met middelen die haar eigen wering wegens niet-conformiteit betwisten. In die zin valt de exceptie samen met de grond van de zaak en kan ze niet worden bijgevalen.

VI. Schorsingsvoorwaarden

7.1. 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.

7.2. 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.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8.1. Een eerste middel wordt geput uit de schending van de artikelen 12 en 74 van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ van 15 juli 2011 (hierna koninklijk besluit Plaatting), punt 3.3.3.b) van de selectieleidraad 16EN2013/1 en de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

De verzoekende partij betoogt dat voormelde bepalingen en beginselen werden geschonden:

“Doordat de verwerende partij de offerte van verzoekende partij niet conform verklaart omdat de inschrijver in zijn offerte niet zou samenwerken met de onderaannemer op wiens draagkracht hij zich beriep tijdens de selectiefase.

Terwijl inno.com zich in het ‘formulier kandidaatstelling’ alleen en individueel als enige kandiderende onderneming heeft kandidaat gesteld en uitsluitend op basis van haar eigen referenties en draagkracht is

geselecteerd; dat inno.com geen beroep heeft gedaan op de draagkracht van RealDolmen om geselecteerd te worden en dat zulks ook uitdrukkelijk is bevestigd door de aanbestedende overheid in het rapport van de selectiecommissie en in de bijlagen bij het rapport van de selectiecommissie; dat inno.com dan ook in het kader van haar offerte zonder probleem kon samenwerken met de onderaannemer Ausy en niet langer met RealDolmen die oorspronkelijk in het toelichtende document bij de kandidatuurstelling was gevoegd,

Terwijl de selectieleidraad noch het bijzonder bestek vereisten dat de kandidaat of de inschrijver vermelden voor welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is in onderaanneming te geven en welke onderaannemer(s) hij voorstelt;

Zodat de aanbestedende overheid de offerte van inno.com ten onrechte niet conform heeft verklaard”.

De verzoekende partij licht toe dat zij zich in het “formulier kandidaatstelling” kandidaat heeft gesteld als individuele onderneming. Ondanks het feit dat in het toelichtende document bij het “formulier kandidaatstelling” RealDolmen wordt vermeld als de onderaannemer die zal instaan voor de coding van de software, is het niet zo dat de verzoekende partij zich op de draagkracht van RealDolmen beroept met het oog op haar selectie. In die zin heeft de verzoekende partij dan ook geen verbintenis van RealDolmen toegevoegd aan haar kandidatuurstelling. Het feit dat de verzoekende partij zich niet op de draagkracht van RealDolmen heeft beroepen, blijkt volgens haar des te meer uit de selectiebeslissing die uitdrukkelijk zou bevestigen dat zij op basis van haar eigen individuele draagkracht is geselecteerd. De verzoekende partij benadrukt voorts dat de selectiecriteria C1 en C3 de belangrijkste zijn, gelet op het eraan toegekende gewicht. Zij krijgt voor deze criteria en trouwens ook voor het criterium C4 een ruim voldoende score omwille van haar eigen individuele kwaliteiten. De elementen waarvoor zij naar RealDolmen heeft verwezen, betreffen niet-essentiële aspecten van de opdrachten, bijvoorbeeld het criterium C8, dat slechts voor 15 van de 200 punten wordt gequoteerd. De verzoekende partij besluit dat zij in haar kandidatuurstelling en in haar offerte enkel de onderaannemers heeft voorgesteld, ondanks het niet toepasselijk maken door de opdrachtdocumenten van het vereiste van artikel 12, eerste lid, van het koninklijk besluit Plaatsing.

In de mate dat de verzoekende partij geen beroep heeft gedaan op de draagkracht van RealDolmen om geselecteerd te worden, is de bepaling van artikel 3.3.3.b) van de selectieleidraad volgens haar vervolgens niet van toepassing. Anders gezegd, het feit dat zij in haar offerte gebruik maakt van een andere onderaannemer dan in de kandidatuurstelling kan geen reden zijn om de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren. De aanbestedende overheid mocht dus geen gebruik maken van artikel 58, § 5, van het koninklijk besluit Plaatsing om haar selectie te herzien. Om dezelfde reden schendt de aanbestedende overheid volgens de verzoekende partij het vertrouwensbeginsel, aangezien zij er als geselecteerde inschrijver rechtmatig mocht op vertrouwen, te worden toegelaten tot de onderhandelingen. Ondergeschikt en zelfs indien overeenkomstig punt 3.3.3.b), de toestemming van de aanbestedende overheid vereist zou zijn geweest om een andere onderaannemer in te zetten, dan nog had de overheid deze toestemming niet lichtzinnig mogen weigeren zonder enige toelichting aan de verzoekende partij te vragen. Aldus schendt de aanbestedende overheid het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel, zeker in het licht van de soepelheid van de onderhandelingsprocedure.

Uit al wat voorafgaat, leidt de verzoekende partij nog af dat in overeenstemming met de bepalingen van de selectieleidraad, respectievelijk het bestek, zij als geselecteerde inschrijver toegelaten had moeten worden tot de onderhandelingen. De motieven om dat niet te doen zijn niet draagkrachtig, want gesteund op foutieve vaststellingen, zowel in feite als in rechte.

Beoordeling

8.2. Artikel 12 van het koninklijk besluit Plaatsing luidt:

“De opdrachtdocumenten kunnen de inschrijver verzoeken om in zijn offerte te vermelden welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt. Deze vermelding laat de aansprakelijkheid van de inschrijver onverlet. Wanneer de procedure een eerste fase met de indiening van aanvragen tot deelneming omvat, neemt de inschrijver in zijn offerte steeds de vermelding van het eerste lid op voor de onderaannemers en van de andere entiteiten als bedoeld in artikel 74 waarvan de draagkracht bepalend is geweest voor zijn selectie”.

Artikel 74 van hetzelfde besluit bepaalt:

“Een kandidaat of een inschrijver kan zich voor welbepaalde opdrachten beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten. In dat geval toont hij de aanbestedende overheid aan dat hij zal beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen, door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de kandidaat of inschrijver dergelijke middelen ter beschikking te stellen. Op deze entiteiten is artikel 61 toepasselijk. [...]”.

Punt 3.3.3 van de selectieleidraad luidt als volgt:

“3.3.3 Beroep op draagkracht van andere entiteiten (Art. 74 KB Plaatsing)

- a) De inschrijver kan zich beroepen op de draagkracht van onderaannemers of andere entiteiten. In dat geval voegt de inschrijver de nodige documenten toe aan zijn kandidaatstelling, waaruit de verbintenis van deze onderaannemers of van andere entiteiten blijkt om de voor de opdracht noodzakelijke middelen ter beschikking te stellen van de inschrijver.
- b) De opdrachtnemer is verplicht de onderaannemers in te zetten waarop hij zich heeft beroepen in het kader van de kwalitatieve selectie. Het gebruik van andere onderaannemers is onderworpen aan de toestemming van de aanbestedende overheid.

Deze onderaannemers of entiteiten mogen zich niet in een toestand van uitsluiting bevinden, zoals bedoeld in artikel 61 KB Plaatsing.”

Artikel 58, § 5, van het koninklijk besluit Plaatsing bepaalt:

“§ 5. Bij de gunningsbeslissing kan de aanbestedende overheid de selectie van een reeds geselecteerde herzien, indien zijn persoonlijke situatie of bekwaamheid alsdan niet meer beantwoorden aan de grond van paragraaf 1 bepaalde selectievoorwaarden”.

8.3. De verwerende partij heeft de offerte van de verzoekende partij met toepassing van voormeld artikel 58, § 5, van het koninklijk besluit Plaatsing geweerd omdat ze “niet in overeenstemming [was] met artikel 12 van het KB Plaatsing, noch met punt 3.3.3.b), van de selectieleidraad”. Uit artikel 12, tweede lid blijkt dat wanneer de procedure een selectiefase omvat, de inschrijver in zijn offerte steeds de onderaannemers moet vermelden waarvan de draagkracht bepalend is geweest voor zijn selectie. Punt 3.3.3.b), van de selectieleidraad

bepaalt dat de opdrachtnemer de onderaannemers moet inzetten waarop hij zich heeft beroepen in het kader van de kwalitatieve selectie. De verzoekende partij heeft in haar offerte een andere onderaannemer voorgesteld dan diegene in de selectiefase. Zij betwist echter dat zij zich op de draagkracht van de in de selectie voorgestelde onderaannemer RealDolmen heeft beroepen, zodat artikel 12, tweede lid, van het koninklijk besluit Plaatsing geen toepassing mocht vinden.

De omstandigheid dat de verzoekende partij zich in het formulier kandidaatstelling kandidaat heeft gesteld als individuele onderneming, doet in de eerste plaats weinig ter zake. RealDolmen wordt in de kandidaatstelling voorgesteld als de “subcontractor” of onderaannemer en treedt dus als dusdanig niet op als de kandidaat-inschrijver die zich als enige verbindt ten aanzien van de aanbestedende overheid.

Ook de vermelding in het selectieverslag dat onder de rubriek “onderaannemer” van het formulier kandidaatstelling RealDolmen niet is vermeld, is niet bepalend. De toevoeging onder de rubriek “Er wordt personeel tewerkgesteld dat onderworpen is aan de sociale zekerheidswetgeving van een andere lidstaat van de Europese Unie” schept verwarring omtrent de inhoud van de JA/NEE die er op volgt. Uit een vergelijking van de kandidaturen – waarop de Raad ondanks het vertrouwelijk karakter ervan vermag acht te slaan – blijkt overigens dat ook andere kandidaat-inschrijvers NEE hebben aangeduid hoewel uit bepaalde van die kandidaturen blijkt dat gebruik wordt gemaakt van een onderaannemer.

De verzoekende partij ontkent voorts niet dat zij in het toelichtende document bij het formulier kandidaatstelling RealDolmen voorstelt als “subcontractor”. Daaruit kan echter niet zonder meer worden afgeleid dat de verzoekende partij zich ook heeft beroepen op de draagkracht van RealDolmen in het kader van haar selectie. Bovendien wordt niet betwist dat de kandidaatstelling van de verzoekende partij geen verbintenis bevat van RealDolmen in de zin van artikel 74 koninklijk besluit Plaatsing.

Niettemin lijkt het betoog van de verzoekende partij op het eerste gezicht onvoldoende toereikend om het standpunt van de verwerende partij dat RealDolmen de onderaannemer is op wiens draagkracht de verzoekende partij zich beriep tijdens de selectiefase aan het wankelen te brengen.

Hoewel de samengevatte bevindingen van de selectiecommissie in een eerste lezing inderdaad enkel worden betrokken op de verzoekende partij, lijken de gedetailleerde resultaten van de evaluatie, zoals opgenomen in de bijlagen bij het selectieverslag, ook RealDolmen in de technische beoordeling te hebben betrokken. Meer nog, als “opmerking” geeft de commissie mee dat de “inschrijver [...] volledig [steunt] op [de] onderaannemer”.

Het voorgaande lijkt bevestiging te vinden in de kandidatuurstelling zelf van de verzoekende partij en waarop de Raad van State, zoals gezegd, vermag acht te slaan ondanks het vertrouwelijk karakter ervan. Specifiek wat betreft de selectievereisten inzake de technische bekwaamheid, verwijst de verzoekende partij in haar kandidatuurstelling op tal van plaatsen naar referenties en competenties van RealDolmen.

In haar verzoekschrift lijkt de verzoekende partij niet alleen selectief te zijn geweest in het citeren van de voormelde technische beoordeling, maar lijkt zij bovendien de door haar behaalde scores op de door haar geciteerde criteria, ten onrechte te extrapoleren naar de door de selectieleidraad vereiste minimumscore van 120/200. De som van de door haar behaalde scores op de criteria C1, C3, C4 en C5 bedraagt 99/140. Nog aangenomen dat de punten die de verzoekende partij voor de genoemde subcriteria heeft behaald, zijn ingegeven door haar eigen individuele kwaliteiten, kan de daarop betrokken argumentatie van de verzoekende partij geenszins op zich overtuigen om ook aan te nemen dat zij zich in het geheel niet heeft beroepen op de technische bekwaamheid van RealDolmen met het oog op haar selectie.

Haar eigen verwijzing naar het subcriterium C8, en waarvan zij uitdrukkelijk verklaart te hebben verwezen naar RealDolmen, lijkt zulks overigens te bevestigen, weze het dat de verzoekende partij die elementen definieert als “niet-essentiële aspecten van de opdracht”. Wat deze laatste stelling betreft, lijkt

het daarbij te volstaan stil te staan bij de totaalscore van de verzoekende partij na technische beoordeling, namelijk 121/200 en de impact hierop van dit subcriterium C8. Vastgesteld dat de op dit laatste subcriterium behaalde score van 4/15 niet anders dan bepalend kan zijn geweest om de vereiste minimumscore te behalen, kan het beweerd niet essentiële karakter van dit subcriterium in deze stand van het geding dan ook niet worden bijgevalen.

8.4. De verzoekende partij lijkt dan ook te falen in haar bewijsvoering dat zij geen beroep heeft gedaan op de draagkracht van RealDolmen met het oog op haar selectie. Bijgevolg lijkt zij evenmin te kunnen worden gevolgd in haar standpunt dat punt 3.3.3.b), van de selectieleidraad niet van toepassing zou zijn en zij dan ook in het kader van haar offerte zonder probleem kon samenwerken met een andere onderaannemer dan diegene waarop zij zich in de sectiefase had beroepen, te weten de nv Ausy Belgium.

Eveneens vergeefs lijkt de verzoekende partij zich te beroepen op het vertrouwensbeginsel. Het blijkt niet dat de aanbestedende overheid op enige wijze in hoofde van de verzoekende partij de rechtmatige verwachting heeft gecreëerd, in die zin dat de verzoekende partij erop mocht vertrouwen dat zij eenmaal geselecteerd tot de onderhandelingen zou worden toegelaten, ook al blijkt uit haar offerte dat zij niet langer voldoet aan een selectievoorwaarde.

8.5. In zoverre de verzoekende partij in ondergeschikte orde aanvoert dat de aanbestedende overheid haar toestemming om van onderaannemer te wisselen, niet had mogen weigeren zonder haar om toelichting te vragen, kan het volgende worden opgemerkt.

De “toestemming”, zijnde de goedkeuring of instemming van de aanbestedende overheid, lijkt een vraag of aanbod van de inschrijver te vooronderstellen. Te dezen lijkt de verzoekende partij noch in haar offerte, noch voorafgaandelijk in vraagvorm, noch tijdens de informatievergadering van 25 juni 2014, aandacht te hebben besteed aan de wijziging van onderaannemer, laat staan voor “het gebruik van andere onderaannemers” de toestemming te hebben gevraagd aan de verwerende partij.

Voorts en nog daargelaten de vraag of de “toestemming” waarvan sprake in punt 3.3.3.b), van de selectieleidraad en die betrekking heeft op de “opdrachtnemer” niet enkel de fase na sluiting van een overeenkomst betreft, lijkt artikel 12, tweede lid, van het koninklijk besluit Plaatsing de vermelding van andere onderaannemers in de offerte dan diegene waarvan de draagkracht bepalend is geweest voor de selectie, alleszins niet toe te staan onder voorwaarden.

Noch het zorgvuldigheidsbeginsel, noch het redelijkheidsbeginsel, noch de soepele aard van de onderhandelingsprocedure lijken de aanbestedende overheid dan ook te verhinderen alleen al om de betrokken reden de offerte te weren, zonder de verzoekende partij voorafgaandelijk om toelichting te vragen of te motiveren waarom geen toestemming wordt gegeven voor het beroep op een andere onderaannemer. Voor het overige kan worden verwezen naar de beoordeling van het tweede middel.

8.6. Aangezien de verzoekende partij er in deze stand van het geding niet in is geslaagd aan te tonen dat de verwerende partij ten onrechte de offerte niet conform heeft verklaard met artikel 12 van het koninklijk besluit Plaatsing en punt 3.3.3.b) van de selectieleidraad, kan zij niet worden bijgevalen in haar standpunt dat de aanbestedende overheid, wilde zij rechtmatig handelen, haar om toelichting had moeten vragen. Evenmin toont zij met de *prima facie* vereiste ernst aan dat de beslissing om haar offerte te weren, zou worden gedragen door foutieve vaststellingen, zowel in feite als in rechte.

8.7. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8.8. In een tweede middel wordt de schending aangevoerd van de artikelen 3, 8°, en 5 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, artikel 109 van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ van 15 juli 2011, punt D.6., van het bijzonder bestek 16EN2013/1 en van de beginselen van behoorlijk

bestuur, meer bepaald het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

De verzoekende partij acht voormelde bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de inschrijver inno.com niet is toegelaten tot de onderhandelingen en niet is uitgenodigd voor de eerste voorstelling van de offerte en eerste onderhandelingsronde, Terwijl zowel het bijzonder bestek als het antwoord van de aanbestedende overheid op de vraag 3 van de geselecteerde kandidaten voorzag in een eerste voorstelling van de offerte na indiening ervan, dat het bestek niet voorzag in een onderhandelingsprocedure in opeenvolgende fases, zodat ieder inschrijver de kans diende te krijgen om zijn offerte voor te stellen en te onderhandelen over de offerte, Terwijl het bestuur heeft nagelaten om de eerste onderhandelingsvergadering aan te wenden om nadere informatie in te winnen over de reden tot wissel van onderaannemer van inno.com en de geoorloofdheid ervan; dat de aanbestedende overheid in strijd met het eigen bestek en selectieleidraad heeft nagelaten om op gemotiveerde wijze te verantwoorden waarom een wijziging van onderaannemer aan een voorafgaande toestemming zou zijn onderworpen en ondergeschikt hoe dan ook geen motieven heeft aangebracht waarom een dergelijke toestemming in het concrete voorliggende geval van inno.com niet kon worden verleend; Zodat inno.com ten onrechte niet is uitgenodigd voor de onderhandelingen en geen kans heeft gekregen om mee te dingen naar de opdracht en het bestuur de principes van de onderhandelingsprocedure en van de eerlijke mededinging heeft geschonden.”

De verzoekende partij licht toe dat het bestuur niet gerechtigd was om de onderhandelingen in opeenvolgende fases te voeren en dat het bestek het bestuur ertoe verplichtte haar uit te nodigen voor minstens één gesprek om te onderhandelen over haar offerte teneinde de verzoekende partij de kans te bieden haar offerte aan te passen aan de eisen vermeld in de opdrachtdocumenten. Indien er al een probleem was met de onderaannemerswissel had de verzoekende partij dit tijdens een dergelijk gesprek kunnen uitklaren, ongeacht of de toestemming van de overheid dienaangaande al dan niet was vereist. Door aan de verzoekende partij de mogelijkheid te ontnemen om haar offerte in het kader van de onderhandelingen toe te lichten, heeft het bestuur de gelijkheid tussen de inschrijvers miskend en de mededinging niet ten volle laten spelen. Wat de als geschonden ingeroepen

algemene beginselen van behoorlijk bestuur betreft, herhaalt de verzoekende partij haar grieven uiteengezet onder het eerste middel.

Beoordeling

8.9. Artikel 3, 8°, van de voormelde wet van 15 juni 2006 definieert de onderhandelingsprocedure met bekendmaking als de gunningsprocedure waarbij elke aannemer, leverancier of dienstverlener een aanvraag tot deelneming mag indienen, waarbij alleen de geselecteerden een offerte mogen indienen en waarbij over de voorwaarden van de opdracht kan worden onderhandeld met de inschrijvers.

Overeenkomstig artikel 5 van voormelde wet behandelen de aanbestedende overheden de aannemers, leveranciers en dienstverleners op gelijke, niet-discriminerende en transparante wijze.

Artikel 109 van het koninklijk besluit Plaatsing luidt:

“§1. Dit artikel is van toepassing in geval van onderhandelingsprocedure met bekendmaking voor een opdracht voor werken, leveringen of diensten van bijlage II, A, van de wet die de drempel vermeld in artikel 32 bereikt.

§ 2. De aanbestedende overheid onderhandelt met de inschrijvers over de door hen ingediende offertes, om die aan te passen aan de eisen die zij in de opdrachtdocumenten heeft vermeld en om de beste offerte te kiezen.

Tijdens de onderhandelingen waarborgt de aanbestedende overheid de gelijke behandeling van alle inschrijvers. Met name geeft zij geen discriminerende informatie die sommige inschrijvers kan bevoordelen tegenover andere.

§ 3. De aanbestedende overheid kan bepalen dat de onderhandelingsprocedure in opeenvolgende fases verloopt, teneinde het aantal offertes waarover onderhandeld moet worden, te verminderen door toepassing van de gunningscriteria die in de opdrachtdocumenten zijn vermeld. Het gebruik van deze mogelijkheid wordt vermeld in de opdrachtdocumenten. In de slotfase moet het verminderde aantal zodanig zijn dat een daadwerkelijke mededinging kan worden gewaarborgd, voor zover er een voldoende aantal geschikte offertes is.”

Artikel D.6., van het deel 1 “Administratieve bepalingen” van het bestek nr. 16EN2013/1 bepaalt dat “de inschrijvers [...] hun 1ste offerte ten overstaan opdrachtgevers [zullen] komen toelichten op een nader te bepalen datum”.

8.10. De verzoekende partij lijkt in het middel een en ander uit het oog te verliezen.

In de eerste plaats kan uit de libellering van artikel 3, 8°, van de wet van 15 juni 2006 – het gebruik van het woord “kan” – geen principiële verplichting tot onderhandelen worden afgeleid voor de aanbestedende overheid.

Te dezen bepaalt het bijzonder bestek evenwel dat de inschrijvers hun offerte zullen mogen komen toelichten. Uit het antwoord op de vraag 3 tijdens de informatievergadering van 25 juni 2014 (zie hiervoor randnr. 3.7.) blijkt ook dat na de indiening van de offertes “een of meerdere onderhandelingsessies met elke geselecteerde afzonderlijk” zullen volgen.

Bij een onderhandelingsprocedure is weliswaar ruimte voor overleg. Dit overleg lijkt echter de fase van de beoordeling van de offertes te betreffen, waar een afstemming wat betreft de inhoud van de offerte op de wensen van het bestuur eventueel mogelijk zou zijn, maar het lijkt op het eerste gezicht geen betrekking te hebben op de selectie van de inschrijvers, zoals dit door de aanbestedende overheid zelf is geregeld in te dezen de selectieleidraad, en die in een voorafgaande fase reeds is beëindigd.

8.11. In zoverre de verzoekende partij zich beroept op een schending van het gelijkheidsbeginsel kan op het eerste gezicht worden volstaan met de vaststelling dat geen van de overige inschrijvers, voor zover deze al een beroep hadden gedaan op de draagkracht van onderaannemers met het oog op hun selectie, in hun offerte een andere onderaannemer hadden voorgesteld en niettegenstaande toch tot de onderhandelingen werden toegelaten.

8.12. In de huidige stand van het geding lijkt om de gegeven redenen de verwerende partij dan ook niet te kunnen worden verweten de verzoekende

partij niet te hebben toegelaten tot de onderhandelingen en is ook het tweede middel niet ernstig.

Het tweede middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

9. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv ARS Traffic & Transport Technology tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 februari 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Frank Bontinck,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Johan Bovin