

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 230.431 van 6 maart 2015
in de zaak A. 214.941/XII-7828**

In zake: de NV GOM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Van Der Snickt
kantoor houdend te 9300 Aalst
Leopoldlaan 48
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de MAATSCHAPPIJ VOOR HET INTERCOMMUNAAL
VERVOER TE BRUSSEL (MIVB)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre en Lore Derdeyn
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c bus 113
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV KÖSE CLEANING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christiaan Luyckx
kantoor houdend te 1000 Brussel
Antoine Dansaertstraat 92
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 februari 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Raad van Bestuur van de MIVB van 20 januari 2015 verzonden per e-mail en aangetekend schrijven van 21 januari 2015, waarbij aan [de nv

GOM] werd meegedeeld dat haar offerte voor de opdracht 'raamovereenkomst reiniging van de metrostations met referentie AL_2591/SL/BVH' niet werd weerhouden als eerste dienstverlener maar als secundaire dienstverlener; dat de opdracht 'raamovereenkomst reiniging van de metrostations met referentie AL_2591/SL/BVH' zal worden gegund aan KÖSE CLEANING als eerste dienstverlener voor een periode van 5 jaar en een optie van 2 jaar”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 18 februari 2015 heeft de nv Köse Cleaning gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 maart 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Wendy Van Laethem, die loco advocaat Jan Van Der Snickt verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Jens Debièvre, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Christiaan Luyckx, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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 Maatschappij voor het Intercommunaal Vervoer te Brussel (hierna: MIVB) schrijft een overheidsopdracht van diensten uit voor het sluiten

van een raamovereenkomst voor de reiniging van de metro- en premetrostations van de MIVB met hun aanpalende technische en commerciële lokalen, alsook in de spoorzone in de stations en de tunnels.

De opdracht wordt geraamd tussen 40.000.000 en 42.000.000 euro, btw niet inbegrepen.

De opdracht is onderverdeeld in de volgende vier percelen:

- “1. De dagelijkse reiniging van de metro- en pré-metrostations van de MIVB met hun aanpalende technische en commerciële lokalen, alsook de spoorzone in de stations en tunnels.
2. Het reinigen van de metro- en premetrostations in regie (hoogtewerk).
3. Het reinigen van de ruiten in de metro en pré-metro stations van de MIVB, inclusief op de moeilijk bereikbare plaatsen.
4. Het periodiek en/of in regie reinigen van de installaties aan de bovengrondse haltes (Brussels Hoofdstedelijk Gewest en omgeving)”.

De opdracht, die door de aanbestedende overheid wordt gekwalificeerd als een opdracht inzake de nutssectoren, wordt gegund bij wijze van onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.2. De opdracht wordt op 25 maart 2014 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Publicatieblad van de Europese Unie.

In de aankondiging worden inzake de kwalitatieve selectie, onder meer de volgende vereisten gesteld:

“III.2.2) Economische en financiële draagkracht.

Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan (indien van toepassing):

Volgende documenten moeten verplicht de kandidatuurstelling vergezellen:

1° Een verklaring op erewoord betreffende het totale zakencijfer gerealiseerd door de onderneming gedurende de laatste 3 boekjaren, alsook het aandeel binnen dit zakencijfer van de goederen en/of diensten die het voorwerp uitmaken van deze opdracht.

2° De laatste drie neergelegde balansen en jaarrekeningen van de onderneming (volledig model, inclusief de bijlagen, het rapport met de goedkeuring van de rekeningen door de bevoegde organen van de

onderneming en door een extern controleorganisme zoals bedrijfsrevisor, extern auditor, enz.) of de link naar de website waarop deze documenten gratis kunnen worden gedownload. Voor Belgische bedrijven is dit niet verplicht, aangezien de MIVB de jaarrekeningen kan opvragen, afkomstig van de balanscentrale van de Nationale Bank van België.

3° Indien de kandidaat deel uitmaakt van een groep, het laatste jaarverslag en financieel rapport van deze groep of de link naar de website waarop deze documenten gratis kunnen worden gedownload.

III.2.3) Vakbekwaamheid.

Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan (indien van toepassing):

Volgende documenten moeten verplicht de kandidatuurstelling vergezellen, alsook de ingevulde template hiervoor die op eenvoudig verzoek verstrekt wordt toegestuurd.

1° De ervaring van de onderneming moet op overtuigende wijze aangetoond worden; door het aanbrengen van haar referenties per perceel waarvoor een kandidatuur ingediend wordt.:

- Een lijst van de voornaamste soortgelijke prestaties die de onderneming gedurende de afgelopen 5 jaar heeft verricht, vervolledigd met een beschrijving van de opdracht en met vermelding van het bedrag, de data of periode, de gegevens van de ondernemingen waarvoor zij bestemd waren, de naam en contactgegevens van een contactpersoon binnen deze ondernemingen.

- Tevredenheidsattesten, opgemaakt door deze klanten.

2° Een beschrijving van de expertise van de kandidaat in het betreffende domein en van zijn voornaamste technische uitrustingen en zijn mogelijkheden ten opzichte van het aantal operationele medewerkers (het aantal) per perceel waarvoor een kandidatuur ingediend wordt.

3° Een beschrijving van de politiek van de kandidaat op het vlak van het milieu, van het sociale beleid en van zijn kwaliteitszorgsysteem.

a) Voor het milieubeleid mag het ISO 14000 certificaat, het Europese reglement EMAS (CE) n°761/2001 of eender welk ander certificaat of beschrijving van een gelijkaardige benaderingswijze toegevoegd worden aan het kandidaatsdossier.

b) Voor de sociale criteria mag het sociaal label SA 8000 of eender welke andere beschrijving van een gelijkaardige benaderingswijze, of zelfs een verklaring op erewoord van het respecteren van alle conventies die aan de basis lagen van het label SA 8000, toegevoegd te worden.

c) Voor de kwaliteitszorg mag het ISO 9000 certificaat of eender welk ander certificaat of een beschrijving van het kwaliteitszorgsysteem van de kandidaat toegevoegd worden.

d) Een kopij van het VCA-attest, OHSAS 1800-attest of equivalent dat verleend werd aan de kandidaat. (de sporen zijn onder spanning van 900V)

4° Een formele verklaring dat de kandidaat, zonder speciale formaliteiten, het bezoek aanvaardt van een MIVB-delegatie binnen zijn eigen installaties of de installaties bij een klant, teneinde zijn technische mogelijkheden te beoordelen en een reiniging in exploitatie te kunnen onderzoeken.

5° Een bevestiging op erewoord dat de kandidaat indien nodig een testbestelling kan uitvoeren teneinde zijn kwaliteit te kunnen beoordelen.

6° Een bevestiging op erewoord dat het tewerkgestelde operationeel personeel van de kandidaat en hun omkadering de Nederlandse of Franse taal begrijpt

Het dossier van de kandidatuur moet gestructureerd worden volgens de volgorde zoals hierboven hernomen.

Omwille van operationele redenen, behoudt MIBV zich het recht voor om kandidaturen, die deze vraag niet eerbiedigen, niet in overweging te nemen.”

De aankondiging bevat tevens de volgende nadere inlichtingen:

“Omwille van operationele redenen zal het aantal geselecteerde kandidaten beperkt worden tot maximum 8. De rangorde van de kandidaten zal desgevallend bepaald worden op basis van de kwalitatieve selectiecriteria die in onderhavige aankondiging beschreven worden en meer in het bijzonder op basis van:

- de beoordeling van de kwaliteit van de opgegeven gelijkaardige referenties per perceel gedurende de laatste 3 jaren.

- het aantal van de opgegeven soortgelijke referenties vergezeld door een tevredenheidattest van de klant.

- het aantal vaste operationele werknemers van de kandidaat, gedetailleerd per departement, als volgt: financiën, commercieel/marketing/administratie, personeelsdienst, kwaliteit, leidinggevend omkaderingspersoneel, alsook het organigram.

Een kandidaat zal slechts een offerte kunnen indienen voor de percelen waarvoor hij zich kandidaat heeft gesteld en waarvoor hij weerhouden werd. Een kandidaat kan zich, in voorkomend geval, beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten. In dat geval moet hij aan de aanbestedende dienst aantonen dat hij zal beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de leverancier dergelijke middelen ter beschikking te stellen. Deze entiteit zal zich moeten garant stellen voor alle engagementen die door de kandidaat gemaakt worden en zal zich ertoe verbinden zijn volledige medewerking te verlenen en alle nodige middelen ter beschikking van de MIVB te stellen in het kader van onderhavige opdracht. Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van kandidaten zich beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie of die van andere entiteiten.

Elke onderneming (juridische entiteit) mag slechts 1 kandidatuur indienen, hetzij in eigen naam, hetzij in een tijdelijke vereniging. De tijdelijke verenigingen moeten ten laatste worden verklaard op het ogenblik van de indiening van hun dossier met het oog op de selectie van de kandidaten. Gezien de aard van de opdracht, zal onderaanneming voor de uitvoering van deze opdracht niet toegelaten worden.”

3.3. Tien kandidaten dienen een kandidatuurstelling in voor de opdracht, waaronder de verzoekende partij en de nv Köse Cleaning. Beiden stellen zich kandidaat voor de vier percelen.

3.4. Op 7 juli 2014 beslist de verwerende partij om vijf kandidaten te selecteren, waaronder de verzoekende partij en de nv Köse Cleaning.

3.5. Het selectieverslag wordt vervolgens meegedeeld aan de niet-geselecteerde kandidaten. De geselecteerde kandidaten worden in kennis gesteld van hun selectie. Tevens ontvangen zij het bestek op grond waarvan zij worden gevraagd een offerte in te dienen.

3.6. In het bestek wordt verduidelijkt dat de MIVB de intentie heeft het contract te gunnen aan één primaire opdrachtnemer voor de duur van het contract. Dit voor zover de MIVB geen reden heeft om het contract stop te zetten of dat de opdrachtnemer zich niet in een situatie bevindt die het ontbinden van het contract tot gevolg heeft. Indien één van bovenvermelde situaties zich voordoet, heeft de MIVB het recht om de primaire opdrachtnemer te vervangen door de secundaire opdrachtnemer.

Voor elk van de vier percelen zullen de offertes worden getoetst aan de volgende vijf gunningscriteria: 1) de financiële kwaliteit van de offerte, 2) de technische kwaliteit van de offerte, 3) de commerciële kwaliteit van de offerte, 4) de organisatorische kwaliteit van de offerte en 5) de ecologische kwaliteit van de offerte. Die criteria krijgen voor elk perceel een bepaalde – soms verschillende – weging.

3.7. Op 1 oktober 2014 brengen de vijf geselecteerde kandidaten onder leiding van de verwerende partij een bezoek aan de metro- en prémetro-stations. Naar aanleiding van dit bezoek wordt de vijf geselecteerde kandidaten de mogelijkheid geboden om bijkomende vragen te stellen. De verzoekende partij maakt van deze mogelijkheid gebruik per e-mail van 3 oktober 2014.

3.8. De vijf geselecteerde kandidaten dienen vervolgens een offerte in.

3.9. Met een e-mailbericht van 27 oktober 2014 stelt de verwerende partij aan de inschrijvers nog een aantal vragen.

Op 3 november 2014 worden de inschrijvers uitgenodigd op een vergadering waar zij worden verzocht om bepaalde technische, administratieve en financiële aspecten van hun offerte nader toe te lichten.

Met een e-mailbericht van 4 november 2014 ontvangen de inschrijvers het verslag van de vergadering en worden nog een aantal vragen gesteld.

De inschrijvers richten vervolgens nog een laatste schrijven aan de verwerende partij in antwoord op voormelde vragen. De nv Köse Cleaning doet dit op 5 november, de verzoekende partij op 6 november 2014.

3.10. In de gunningsbeslissing van 20 januari 2015 wordt aangaande de kwalitatieve selectie van de kandidaturen opgemerkt dat tien ondernemingen blijk hebben gegeven van belangstelling en dat op 12 september 2014 de vijf ondernemingen die aan alle juridische, economische en technische selectiecriteria beantwoorden de aannemingsvoorwaarden hebben ontvangen voor het perceel of de percelen waarvoor zij waren geselecteerd.

Vervolgens wordt vastgesteld dat vijf offertes werden ingediend en dat alle inschrijvers de mogelijkheid kregen om hun offerte te vervolledigen en te verbeteren.

Uit de gunningsbeslissing blijkt voorts dat, na toetsing van de offertes aan de gunningscriteria, de offerte van nv Köse Cleaning voor de vier percelen telkens als eerste wordt gerangschikt en de verzoekende partij telkens als tweede.

De verwerende partij beslist aldus om met de nv Köse Cleaning een raamovereenkomst te sluiten van 5 jaar en een optie van 2 jaar als eerste dienstverlener, en met de verzoekende partij als secundaire dienstverlener.

3.11. Bij aangetekende brief van 21 januari 2015 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen als eerste dienstverlener, maar wel als secundaire dienstverlener.

IV. Tussenkoms

4. De nv Köse Claening blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek tot tussenkoms worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5.1. De tussenkomsende partij werpt op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar vordering omdat zij op geen enkele wijze aantoon

5.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de tussenkomsende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

Bovendien hangen de excepties samen met de grond van de zaak.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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

7.1. Het middel is geput uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, artikel 63 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 16 juli 2012) en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het *patere legem* beginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

De voormelde bepalingen en beginselen worden volgens de verzoekende partij geschonden doordat de aanbestedende overheid de opdracht heeft toegekend aan een inschrijver die niet voldoet aan de vastgestelde selectiecriteria inzake de vereiste vakbekwaamheid.

In een *eerste onderdeel* van het middel voert de verzoekende partij aan dat in de bestreden beslissing elke motivering ontbreekt waarom de vijf firma's aan alle juridische, economische en technische selectiecriteria beantwoorden, dat uit niets in de bestreden beslissing blijkt dat de MIVB daadwerkelijk de geschiktheid van alle kandidaten heeft geëvalueerd op grond van haar eigen vastgelegde selectiecriteria en dat de bestreden beslissing geen rangorde van de geselecteerde kandidaten weergeeft. Voorts wijst zij erop dat volgens de rechtspraak van de Raad van State niet wordt voldaan aan de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel wanneer de aanbestedende overheid er zich toe beperkt in het evaluatieverslag te verwijzen naar een aantal opgegeven referenties en zonder enige nadere motivering vaststelt dat aan de kwalitatieve selectiecriteria is voldaan zonder nader effectief onderzoek.

In een tweede onderdeel van het middel voert de verzoekende partij aan dat artikel 63 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 en het *patere legem* beginsel zijn geschonden doordat de nv Köse Cleaning werd geselecteerd terwijl deze kandidaat volgens de verzoekende partij onmogelijk aan alle juridische, economische en technische selectiecriteria kan hebben beantwoord. Zij verwijst hierbij inzonderheid naar de verplichting in de aankondiging om wat de vakbekwaamheid betreft, een lijst van de voornaamste soortgelijke prestaties die de onderneming de afgelopen vijf jaar heeft verricht toe te voegen, met onder meer vermelding van het bedrag. Uit de rechtspraak van de Raad van State blijkt volgens haar dat enkel referenties die betrekking hebben op gelijkaardige opdrachten als degene die het voorwerp van de opdracht uitmaken, mogen worden aanvaard door de aanbestedende overheid. Een eenvoudig nazicht van de neergelegde jaarrekeningen van de laatste drie jaar toont volgens de verzoekende partij ontegensprekelijk aan dat de nv Köse Cleaning onmogelijk soortgelijke of gelijkaardige referenties met dezelfde omvang als de opdracht kan hebben voorgelegd. Bovendien kan de nv Köse Cleaning volgens haar evenmin op regelmatige wijze een beroep hebben gedaan op de referenties toebehorende aan een andere entiteit aangezien in de aankondiging wordt gesteld dat onderaanneming niet is toegelaten.

In een derde onderdeel voert de verzoekende partij nog aan dat er sprake zou zijn van een gebrek aan daadwerkelijk en zorgvuldig nazicht van de documenten die in het kader van de selectie werden opgevraagd omdat, indien de

MIVB een nazicht had gedaan van de door haar opgevraagde jaarrekening, zij bij eerste doorlezing van voormelde neergelegde jaarrekeningen van de laatste drie jaar had kunnen vaststellen dat de nv Köse Cleaning onmogelijk de sociale wetgeving kan naleven. Het volstaat volgens haar ter zake te kijken naar de sociale balans die werd opgenomen in de jaarrekening van het jaar 2013, waaruit alarmerende cijfers blijken en aldus het risico op sociale fraude niet blijkt te zijn uitgesloten.

Beoordeling

7.2. De verwerende partij en de tussenkomende partij werpen een exceptie *obscuri libelli* op. Aangezien zij er in de nota en het verzoekschrift tot tussenkomst in zijn geslaagd dit middel te beantwoorden, kan niet worden aangenomen dat het middel onvoldoende duidelijk is geformuleerd om op die grond te kunnen besluiten tot de onontvankelijkheid.

7.3. Wat het eerste onderdeel van het middel betreft dient te worden vastgesteld dat in de gunningsbeslissing van 20 januari 2015 aangaande de kwalitatieve selectie van de kandidaturen wordt opgemerkt dat tien ondernemingen blijken hebben gegeven van belangstelling en dat op 12 september 2014 de vijf ondernemingen die aan alle juridische, economische en technische selectiecriteria beantwoorden de aannemingsvoorwaarden hebben ontvangen voor het perceel of de percelen waarvoor zij waren geselecteerd.

Uit het administratief dossier blijkt voorts dat de verwerende partij op 7 juli 2014 heeft beslist om vijf kandidaten te selecteren, waaronder de verzoekende partij en de tussenkomende partij.

In het selectieverslag wordt aangaande de kandidaatstelling van tussenkomende partij het volgende opgemerkt:

“KÖSE CLEANING SA

De maatschappij KÖSE CLEANING SA is conform voor haar persoonlijke situatie, economische en financiële draagkracht. Wat haar technische draagkracht betreft, is het dossier zeer volledig en de verschaft referenties

tonen aan dat de kandidaat in staat is aan alle percelen op een tevredenstellende manier te beantwoorden.
De kandidatuur KÖSE CLEANING SA zal worden weerhouden voor de 4 percelen.”

De formele motivering van de selectie blijkt aldus niet beperkt te zijn tot de vermeldingen in de bestreden gunningsbeslissing inzake de kwalitatieve selectie die de verzoekende partij in haar middel aanhaalt.

Voorts dient erop te worden gewezen dat in het kader van een selectie van een aanbestedende overheid niet lijkt te kunnen worden verwacht dat zij elk detail te kennen geeft voor elk selectie criterium in het licht van elk document zoals door de inschrijvers voorgelegd, hierbij telkenmale de positieve redenen aangevende waarom een kandidatuur niet zou moeten worden verworpen.

De verzoekende partij toont op het eerste gezicht niet aan dat, indien het bestuur van oordeel is dat voldaan is aan de selectiecriteria, zoals hier voor de vijf geselecteerde kandidaten, de formelemotiveringsplicht veronderstelt dat meer wordt toegelicht dan hetgeen reeds overwogen is in de gemotiveerde selectiebeslissing.

7.4. In de mate dat de verzoekende partij nog aanvoert dat in de bestreden gunningsbeslissing geen rangorde van de geselecteerde kandidaten wordt weergegeven, dient erop te worden gewezen dat in de aankondiging wordt meegedeeld, zoals onder randnummer 3.2. geciteerd, dat de rangorde slechts “desgevallend” moet worden bepaald, namelijk wanneer er meer dan acht kandidaten zouden voldoen aan de selectiecriteria. Aangezien te dezen volgens de verwerende partij slechts vijf kandidaten voldeden aan de selectiecriteria, diende zij op het eerste gezicht geen rangorde te bepalen.

7.5. Uit de selectiebeslissing van 7 juli 2014 blijkt op het eerste gezicht bovendien dat, in tegenstelling tot hetgeen het geval was in het arrest nr. 192.274 van 9 april 2009 waarnaar de verzoekende partij verwijst, de verwerende partij te dezen daadwerkelijk de geschiktheid van alle kandidaten heeft geëvalueerd.

7.6. Het eerste onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

7.7. Wat het tweede onderdeel van het middel betreft dient te worden vastgesteld dat het in de eerste plaats aan de verwerende partij toekomt de voorgelegde referenties te beoordelen en dat zij ter zake over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt.

7.8. Te dezen blijkt de gekozen inschrijver door de verwerende partij te zijn geselecteerd en wordt inzake de technische draagkracht of vakbekwaamheid in de selectiebeslissing van 7 juli 2014 opgemerkt dat het dossier zeer volledig is en dat de verschafte referenties aantonen dat de kandidaat in staat is aan alle percelen op een tevredenstellende manier te beantwoorden.

Uit het administratief dossier blijkt voorts dat de gekozen inschrijver een lijst van referenties evenals de bijhorende tevredenheidsattesten aan zijn offerte heeft toegevoegd.

Zo blijkt de gekozen inschrijver onder meer referenties te hebben toegevoegd met betrekking tot onder meer het dagelijks en periodiek onderhoud van de publieke ruimtes in de stations voor de NMBS, een referentie met betrekking tot het verwijderen van “tags” in de metro en pré-metro voor de verwerende partij zelf, diverse referenties voor dagelijks en periodiek schoonmaken van kantoren en schoonmaken van ruiten voor diverse opdrachtgevers. Daarbij lijkt deze inschrijver geen beroep op referenties van andere ondernemingen te hebben gedaan.

7.9. Het standpunt van de verzoekende partij dat enkel referenties van gelijksoortige omvang als de voorliggende opdracht in aanmerking zouden komen, lijkt op het eerste gezicht geen grondslag te vinden in de aankondiging zelf waar sprake is van “soortgelijke prestaties” en opgave wordt gevraagd van de beschrijving van de opdracht, het bedrag, de data of de periode en gegevens van de ondernemingen waarvoor ze bestemd waren.

In het arrest nr. 220.490 van 30 augustus 2012 waar de verzoekende partij naar verwijst, schreef het bestek uitdrukkelijk voor dat het om referenties met betrekking tot gelijksoortige werken in aard en omvang moest gaan, zodat het volgens de Raad van State om cumulatieve voorwaarden leek te gaan. Dergelijke cumulatieve voorwaarden blijken te dezen echter op het eerste gezicht niet uit de aankondiging.

De verzoekende partij slaagt er op het eerste gezicht dan ook niet in aan te tonen dat de verwerende partij de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid te buiten is gegaan door de referenties voorgelegd door de gekozen inschrijver te aanvaarden als referenties met betrekking tot soortgelijke prestaties zoals gevraagd in de aankondiging.

7.10. Bovendien blijkt dat inzake de economische en financiële draagkracht specifieke selectievoorwaarden worden gesteld en dat de verzoekende partij in haar middel niet betwist dat aan deze vereisten zou zijn voldaan.

7.11. Op het eerste gezicht schendt de verwerende partij dan ook geen van de in het middel ingeroepen beginselen en bepalingen door, gelet op de door de gekozen inschrijver opgegeven lijst van de voornaamste soortgelijke prestaties, aan te nemen dat deze inschrijver over de vereiste technische bekwaamheid beschikt om deze werken tot een goed einde te kunnen brengen.

Ook het tweede onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

7.12. Wat het derde onderdeel van het middel betreft lijkt op het eerste gezicht het feitelijk uitgangspunt van de verzoekende partij, dat de verwerende partij zou hebben nagelaten om de in het kader van de kwalitatieve selectie opgevraagde documenten aan een daadwerkelijk onderzoek te onderwerpen niet te kunnen worden gevolgd. Het tegendeel blijkt op het eerste gezicht immers uit de gemotiveerde selectiebeslissing van 7 juli 2014.

Het argument dat “risico’s op sociale fraude niet uitgesloten zijn” lijkt niet meer te zijn dan een niet onderbouwde speculatie en leidt dan ook niet tot een andere conclusie.

Alleszins blijkt dat de gekozen inschrijver in regel is met de betaling van sociale zekerheidsbijdragen en dat dit door de verwerende partij daadwerkelijk werd onderzocht.

De tussenkomen partij legt bovendien een attest neer waaruit op het eerste gezicht blijkt dat in de balans van 2013 een materiële vergissing was geslopen.

7.13. Ook het derde onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

7.14. Het middel is geput uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van de artikelen 5 en 26, § 3, van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 15 juni 2006), en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheids-, onpartijdigheids-, transparantie-, fair-play- en redelijkheidsbeginsel.

Volgens de verzoekende partij heeft de verwerende partij de inschrijvers op een ongelijke wijze behandeld met betrekking tot de uitwisseling van informatie. Zo zou de verwerende partij ten onrechte aan de nv ISS, de nv Köse Cleaning en andere inschrijvers hebben meegedeeld voor welke post zij een verbeterde offerte moesten indienen om eventueel als economisch voordeligste inschrijver te kunnen worden gerangschikt, waarbij dergelijke informatie niet werd meegedeeld aan de verzoekende partij. Er werd aan de verzoekende partij niet meegedeeld voor welke posten zij zwakker scoorde dan de andere inschrijvers en er werd haar dus – *a fortiori* – ook niet de mogelijkheid geboden om haar offerte voor deze posten op geïnformeerde wijze te verbeteren, wat aan andere inschrijvers wel zou zijn toegestaan.

Ook het onpartijdigheidsbeginsel en het fairplay-beginsel zijn volgens de verzoekende partij geschonden doordat de verwerende partij op selectieve wijze informatie heeft doorgegeven aan sommige inschrijvers die zij niet op analoge wijze aan andere ter beschikking heeft gesteld.

Indien de verwerende partij aan de verzoekende partij, net als aan de andere inschrijvers, had meegedeeld tijdens de vergadering van 3 november 2014 dat haar offerte zwakker scoorde dan de offerte van haar concurrenten op de criteria ‘financiële waarde’ en ‘technische samenhang’, had zij net als de andere inschrijvers zoals de nv ISS en de nv Köse Cleaning haar offerte kunnen verbeteren.

Beoordeling

7.15. De exceptie *obscuri libelli* die de verwerende partij en de tussenkomende partij ook hier opwerpen, lijkt om dezelfde reden als de exceptie bij het eerste middel niet te kunnen worden aanvaard.

7.16. De verwerende partij werpt tevens op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het tweede middel omdat zij nalaat aan te tonen in welke mate de tussenkomende partij voordeliger zou zijn behandeld door de verwerende partij. Wat de beweerd discriminatoire handelwijze ten aanzien van de inschrijver de nv ISS betreft, merkt zij op dat de nv ISS geenszins de gekozen inschrijver is, zodat de verzoekende partij geen belang heeft bij deze kritiek.

Op het eerste gezicht lijkt de verzoekende partij inderdaad geen belang te hebben bij haar middel in de mate dat zij zich in het middel beroept op een beweerd ongelijke behandeling ten aanzien van de nv ISS aangezien deze inschrijver in de bestreden beslissing met betrekking tot geen van de vier percelen vóór de verzoekende partij werd gerangschikt. Daarentegen lijkt zij op het eerste gezicht wel belang te hebben bij het middel in de mate dat haar grieven op de gekozen inschrijver betrekking hebben.

7.17. Overeenkomstig artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 dienen de aanbestedende overheden de aannemers, leveranciers en dienstverleners op gelijke, niet-discriminatoire en transparante wijze te behandelen en worden de overheidsopdrachten gegund na mededinging, na verificatie van het toegangsrecht, de kwalitatieve selectie en onderzoek van de offertes van de deelnemers.

Luidens artikel 26, § 3, van dezelfde wet verzekert de aanbestedende overheid de gelijke behandeling van alle inschrijvers en verstrekt zij met name geen discriminerende informatie die bepaalde inschrijvers kan bevoordelen.

7.18. De voorliggende opdracht wordt gegund middels een onderhandelingsprocedure met bekendmaking bij toepassing van de regelgeving inzake de nutssectoren.

Overeenkomstig artikel 108 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 onderhandelt de aanbestedende overheid met de inschrijvers over hun offertes om de beste offerte te kiezen vanuit haar oogpunt.

In beginsel beschikt de aanbestedende overheid in een onderhandelingsprocedure met bekendmaking over een grote vrijheid om met de inschrijvers te onderhandelen en om de procedure in te richten en te doorlopen. Deze vrijheid is echter niet onbeperkt. Zij wordt onder meer beperkt, naast het wettelijke en reglementair kader, door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, onder meer het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel in overheidsopdrachten. Zij wordt ook beperkt door de regels die de aanbestedende overheid zelf in het bestek heeft opgelegd.

7.19. In het bestek wordt de onderhandelingsprocedure als volgt toegelicht:

“De opdracht zal gegund worden bij onderhandelingsprocedure. Deze procedure zal voor de inschrijvers zo doeltreffend mogelijk verlopen. Men zal er hierbij over waken dat de gelijkheid tussen de inschrijvers strikt gerespecteerd wordt.

Tijdens de onderhandelingsperiode kunnen inschrijvers gezamenlijk of afzonderlijk, maar in gelijkaardige omstandigheden, ontvangen worden door een delegatie van de MIVB.

Tijdens deze eventuele vergaderingen:

- kan de inschrijver de sterke punten van zijn offerte toelichten;
 - zal de inschrijver eventueel uitgenodigd worden om de technische, administratieve en financiële aspecten van zijn offerte verder toe te lichten.
- De aanbestedende overheid zal, tijdens deze vergaderingen, benadrukken welke de voornaamste elementen van de offerte zijn die eventueel nog verbeterd kunnen worden.

De aanbestedende overheid behoudt zich het recht voor om op elk moment te opteren om de onderhandelingen verder te zetten met alle inschrijvers of met bepaalde inschrijvers in functie van de voorlopige resultaten. De aanbestedende overheid kan echter, op ieder ogenblik, de onderhandelingen met de andere inschrijvers hervatten.

Tijdens de onderhandelingen kunnen de contacten met de inschrijvers ook schriftelijk, per brief via de post, per fax of via elektronische post verlopen. Deze benadering heeft duidelijk de bedoeling de inschrijvers en de aanbestedende overheid te vrijwaren van belangrijke en onnodige uitgaven.”

Deze besteksbepalingen worden door de verzoekende partij als dusdanig niet betwist.

7.20. Op het eerste gezicht blijkt nergens uit de stukken van het administratief dossier dat de verwerende partij aan de gekozen inschrijver expliciet zou hebben meegedeeld voor welke posten hij een verbeterde offerte moest indienen om eventueel als economisch voordeligste inschrijver te kunnen worden gerangschikt of voor welke posten de gekozen inschrijver zwakker scoorde dan andere inschrijvers.

Uit het administratief dossier blijkt op het eerste gezicht dat de verwerende partij ten aanzien van deze inschrijver, net zoals ten aanzien van de verzoekende partij, nog een aantal specifieke vragen heeft gesteld, en dat beide inschrijvers hun offerte nog hebben kunnen aanvullen met de antwoorden op deze vragen. Verschillende vragen blijken overigens ten aanzien van beide inschrijvers te zijn gesteld. Voorts blijken zowel ten aanzien van de gekozen inschrijver als ten aanzien van de verzoekende partij vragen te zijn gesteld met betrekking tot de “prijzen tabellen 10”. Er blijkt op het eerste gezicht ook niet dat het schrijven van

de gekozen inschrijver van 5 november 2014 andere verbeteringen zou inhouden dan het antwoord op de door de verwerende partij gestelde punctuele vragen.

Aldus blijkt op het eerste gezicht niet dat de verzoekende partij en de gekozen inschrijver niet op gelijke wijze zouden zijn geïnformeerd, noch dat hen niet dezelfde kansen werd geboden hun offerte te verbeteren.

De voorliggende zaak lijkt dan ook niet vergelijkbaar met de zaak die heeft geleid tot het arrest nr. 215.797 van 18 oktober 2011, waar de verzoekende partij naar verwijst, aangezien de verwerende partij in die zaak uitdrukkelijk had meegedeeld voor welke post in het bijzonder het bestuur graag een verbeterde eenheidsprijs had verkregen.

7.21. Het tweede middel is dan ook niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

7.22. In dit middel voert de verzoekende partij de schending aan van de bepalingen van artikel 5, 9°, van de voormelde wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, de artikelen 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel.

In een eerste onderdeel van het middel voert de verzoekende partij een schending aan van de formelemotiveringsplicht omdat de gemotiveerde beslissing voor het perceel 2 met betrekking tot het gunningscriterium “financiële waarde” uitsluitend een cijfermatige quoteringsbevat, zonder enige verduidelijking, zodat de verzoekende partij niet kan nagaan of de cijfermatige quoteringswordt gedragen door correcte feitelijke gegevens. Zij wijst erop dat volgens vaste rechtspraak van de Raad van State een loutere puntentoekenning geen afdoende motivering betreft.

In een tweede onderdeel van het middel stelt de verzoekende partij nog dat de bestreden beslissing niet op deugdelijke motieven steunt in de mate dat ze met betrekking tot perceel 1 voor het beoordelingscriterium ‘haalbaarheid van de beschreven arbeidsritmes, op 3 punten’ van het gunningscriterium ‘technische samenhang van de opgegeven waarden in de prijzenmatrix’, slechts 1,50 op 3 punten verkreeg.

De overweging dat de beschreven cadansen in haar offerte iets te hoog zijn om de vereisten zoals ze beschreven staan in de aannemingsvoorwaarden te garanderen, betreft volgens haar een onjuist motief. Zij wijst er in dat verband op dat zij de huidige dienstverlener is van de MIVB en al jaren de metrostations van de verwerende partij reinigt zodat de arbeidsritmes/cadansen in haar offerte werden bepaald op basis van deze jarenlange daadwerkelijke praktijkervaring.

Beoordeling

7.23. De exceptie *obscuri libelli* die de verwerende partij en de tussenkomenende partij ook hier opwerpen, lijkt om dezelfde reden als de exceptie bij het eerste en het tweede middel niet te kunnen worden aanvaard.

7.24. Het eerste onderdeel van het derde middel heeft uitsluitend betrekking op de beoordeling van het gunningscriterium “financiële waarde” met betrekking tot perceel 2 van de opdracht.

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

Overeenkomstig artikel 5, 9°, van de voormelde wet van 17 juni 2013, waarvan eveneens de schending wordt ingeroepen, bevat de in artikel 4 bedoelde gemotiveerde beslissing, naargelang de procedure en het soort beslissing,

de namen van de gekozen inschrijver of de gekozen deelnemer of deelnemers bij de raamovereenkomst en van de deelnemers en inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, voor de beslissingen die daarop betrekking hebben.

De draagwijdte van de motiveringsplicht lijkt te moeten worden beoordeeld in verhouding tot de graad van beoordelingsvrijheid waarover de aanbestedende overheid beschikt. Indien punten worden toegekend aan de offertes, moet de motivering toelaten te achterhalen waarom aan de offertes een bepaald aantal punten wordt toegekend, zodat achteraf elke inschrijver kan nagaan of de puntentoekenning rechtmatig is gebeurd.

7.26. Met betrekking tot perceel 2 van de opdracht wordt het gunningscriterium “de financiële kwaliteit van de offerte” als volgt omschreven in het bestek: “Het bedrag van de offerte, met inbegrip van de prijzen van de in aanmerking genomen opties, inclusief alle kosten bij toepassing van een TCO berekening”.

In de bestreden beslissing wordt met betrekking tot perceel 2 de beoordeling van dit gunningscriterium in het algemeen toegelicht als volgt:

“ E.2.1. Financiële waarde: 40 punten

De aannemingsvoorwaarden voorzien in een financiële beoordeling van de offerte berekend op de TCO (‘total cost of ownership’) door zich te baseren op een schatting van de toekomstige behoeftes”.

Wat de concrete beoordeling van dit gunningscriterium met betrekking tot perceel 2 betreft, wordt in de bestreden beslissing enkel het volgende vermeld:

Firma	GOM	ISS	JETTE CLEAN	KÖSE CLEANING
Cijfer op 40 punten	24,49	33,58	40,00	37,93

Terwijl de bestreden beslissing voor de percelen 1, 3 en 4 ook uitdrukkelijk de beoordelingsmethode vermeldt, dit is de toepassing van een mathematische formule waarbij de score van elke offerte bepaald wordt door de prijs van de laagste offerte te delen door de prijs van de betrokken offerte en de uitkomst te vermenigvuldigen met de maximale weging voor dat perceel, wordt geen beoordelingsmethode bij de beoordeling van dit gunningscriterium bij perceel 2 gegeven.

Uit het document op grond waarvan de financiële kwaliteit van de offertes werd berekend, dat de verwerende partij bijkomend op vraag van het auditoraat heeft neergelegd als stuk 27 van het administratief dossier, en waarvan zij de vertrouwelijke behandeling vraagt, blijkt op het eerste gezicht dat de verwerende partij de door de inschrijvers opgegeven prijzen in de algemene prijzentabel met betrekking tot perceel 2 heeft vermenigvuldigd met een schatting van haar behoeften, de aldus verkregen prijzen per inschrijver heeft opgeteld en op de aldus verkregen totaalbedragen per inschrijver de in de bestreden beslissing vermelde formule inzake de regel van drie heeft toegepast.

7.27. Aldus had de verzoekende partij er op het eerste gezicht op grond van de bestreden gunningsbeslissing van kunnen uitgaan dat te dezen bij de beoordeling van het criterium “financiële waarde” eenzelfde beoordelingsmethode werd gehanteerd als de beoordelingsmethode die in de bestreden gunningsbeslissing met betrekking tot hetzelfde gunningscriterium bij de drie overige percelen van de opdracht uitdrukkelijk wordt vermeld, te dezen evenwel op grond van “een schatting van de toekomstige behoeftes” zoals uitdrukkelijk vermeld, temeer daar de “regel van drie” in beginsel geldt als één van de meest voor de hand liggende en neutrale beoordelingsmethodes wat het prijscriterium betreft.

Aangezien uit hetgeen voorafgaat blijkt dat het litigieuze gunningscriterium een kwantitatief criterium betreft, waarbij de puntentoekenning louter steunt op de toepassing van een mathematische formule, lijkt de verzoekende partij er op het eerste gezicht ten onrechte van uit te gaan dat te dezen in de bestreden beslissing een beschrijvende evaluatie diende te worden opgenomen om tegemoet te komen aan de vereisten van de formelemotiveringsplicht.

7.28. In de huidige stand van de procedure lijkt dan ook geen schending van de formelemotiveringsplicht te zijn aangetoond.

Het eerste onderdeel van het derde middel is niet ernstig.

7.29. Het tweede onderdeel van het derde middel heeft uitsluitend betrekking op de beoordeling van het subgunningscriterium “haalbaarheid van de beschreven arbeidsritmes” van het gunningscriterium “technische samenhang van de opgegeven waarden in de prijzenmatrix” bij perceel 1 van de opdracht, met een weging van 3 punten.

De verzoekende partij behaalt 1,5 punten voor dit subgunningscriterium tegenover 3 punten voor de gekozen inschrijver. Vastgesteld dient echter te worden dat met betrekking tot perceel 1, de gekozen inschrijver in totaal 100 punten behaalt, tegenover 96,94 punten voor de verzoekende partij.

Op het eerste gezicht toont de verzoekende partij aldus haar belang niet aan bij dit tweede onderdeel van het derde middel aangezien het aanvaarden ervan niet voldoende lijkt om de rangschikking te kunnen wijzigen. Zelfs indien de verzoekende partij 3 punten zou hebben verkregen voor het litigieuze subgunningscriterium, lijkt zij immers nog steeds als tweede te zijn gerangschikt voor het eerste perceel.

Het tweede onderdeel van het derde middel is niet ontvankelijk.

VIII. Besluit

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

IX. Kosten en rechtsplegingsvergoeding

9.1. Aangezien de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient te worden verworpen past het de kosten ten laste te leggen van de verzoekende partij.

9.2. De verwerende partij vraagt dat de verzoekende partij zou worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij een rechtsplegingsvergoeding toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Köse Cleaning tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 6 maart 2015,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Johan Bovin