

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK
VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 235.659 van 1 september 2016
in de zaak A. 219.931/XII-8201

In zake: de nv START PEOPLE
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Bob Martens en Evelien De Raeymaecker
 kantoor houdend te 1050 Brussel
 Louizalaan 106
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

 de VLAAMSE VERVOERMAATSCHAPPIJ DE LIJN
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Barteld Schutyser en Erika Leenknecht
 kantoor houdend te 1050 Brussel
 Louizalaan 99
 bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

 de nv TEMPO-TEAM
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Helga Van Peer, Valentijn De Boe en Veerle
 Pissierssens
 kantoor houdend te 1150 Brussel
 Tervurenlaan 268A
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 augustus 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Raad van Bestuur van [de Vlaamse Vervoermaatschappij De Lijn] van 13 juli 2016, waarvan verzoekende partij kopie ontving op 2 augustus

2016, tot gunning van de opdracht ‘Diensten voor het ter beschikking stellen van uitzendkrachten’ aan NV Tempo Team, en derhalve niet aan verzoekende partij”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 17 augustus 2016 heeft de nv Tempo-Team gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 augustus 2016, om 14.30 uur.

Staatsraad Carlo Adams heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bob Martens en advocaat Evelien De Raeymaecker, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Erika Leenknecht en advocaat Hans Plancke, die *loco* advocaat Barteld Schutyser verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Valentijn De Boe en advocaat Veerle Pissierssens, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 verwerende partij schrijft een onderhandelingsprocedure met bekendmaking uit voor een opdracht voor diensten houdende een raamovereenkomst voor vier jaar voor het ter beschikking stellen van uitzendkrachten. De opdracht wordt op 23 december 2015 aangekondigd in het

Bulletin der Aanbestedingen en op 26 december 2015 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2. Er worden zeven aanvragen tot deelneming ingediend, onder meer door de verzoekende partij en door de nv Tempo-Team.

De zeven kandidaten worden geselecteerd en de verwerende partij maakt hen op 23 maart 2016 het bestek over om hen toe te laten een offerte in te dienen.

3.3. Het bestek voorziet als gunningscriteria de “prijs van de offerte” (60 punten) en de “inhoud van de offerte” (40 punten). Dit laatste is onderverdeeld in vier subgunningscriteria, te weten het aantonen van “ervaring en curriculum van de beschikbare SPOC en back-up via CV en referenties [...] van de mate van ervaring van de SPOC én de back-up voor deze opdracht” voor 15 punten, het beschrijven van “de werking van een contactcenter dat in staat is om minimaal tijdens de normale kantooruren vacatures in te vullen [...]” voor 5 punten, het beschrijven van “de centrale loonverwerking in het kader van het opvolgen en het verwerken van prestatie staten en van de controle op facturatie; inclusief een uitgebreide beschrijving van methodiek en controlesysteem” voor 5 punten en tot slot “dienstverlening” voor 15 punten.

3.4. Meerdere kandidaten, waaronder de verzoekende partij, stellen een aantal vragen over het bestek, die de verwerende partij beantwoordt met een e-mail van 21 april 2016.

3.5. Er worden vervolgens zes offertes ingediend, waaronder deze van de verzoekende partij en deze van de nv Tempo-Team. Eén offerte wordt onregelmatig verklaard.

3.6. Aan de vijf overgebleven inschrijvers wordt de mogelijkheid geboden hun offerte toe te lichten, hetgeen gebeurt op 18 en 19 mei 2016.

De verwerende partij nodigt die inschrijvers met een brief van 24 mei 2016 uit om een verbeterde offerte in te dienen, doch één inschrijver deelt op 26 mei 2016 mee zich terug te trekken.

3.7. De vier overgebleven inschrijvers, waaronder nog steeds de verzoekende partij en de nv Tempo-Team, dienen op 27 mei 2016 hun verbeterde offerte in.

3.8. Op 13 juni 2016 nodigt de verwerende partij de vier inschrijvers uit om een *best and final offer* (hierna: BAFO) in te dienen, enkel voor wat betreft de prijs.

Alle vier de inschrijvers hebben tegen 16 juni 2016 een aangepaste prijstabel ingediend.

3.9. De verwerende partij gaat over tot de beoordeling van de BAFO's. Uit het gunningsverslag blijkt de volgende totaalscore voor de vier inschrijvers:

	t-Interim	Start People	Tempo-Team	ASAP
Prijs	59,45	59,41	57,70	53,99
Kwaliteit	7	26	33	15
Totaal	66,45	85,41	90,70	68,99

3.10. Op 13 juli 2016 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv Tempo-Team. Dit is de bestreden beslissing.

3.11. Op 22 juli 2016 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat haar offerte niet werd gekozen. Als bijlage worden de gunningsbeslissing van 13 juli 2016 en het gunningsverslag gevoegd.

IV. Tussenkomst

4. De verzoekende partij tot tussenkomst blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5. 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. 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 beslissing 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 beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij werpt in een eerste middel de schending op van artikel 33, § 3, *iuncto* artikel 55 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 15 juni 2006), van artikel 53, § 1, van dezelfde wet *iuncto* artikel 106 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 16 juli 2012), van artikel 63, § 1, eerste lid, 2°, en tweede lid van het koninklijk besluit van 16 juli 2012, van artikel 4, 8°, 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’ en van de formelemotiveringsplicht zoals vastgelegd in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

De verzoekende partij voert aan dat voor het subgunningscriterium “ervaring en curriculum van de beschikbare SPOC en back-up via CV en referenties [...] van de mate van ervaring van de SPOC én de back-up voor deze opdracht” geen bijzondere eisen uit het dossier blijken die kunnen verantwoorden dat elementen die verband houden met de technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver worden gehanteerd als subgunningscriteria. Door het onterecht hanteren van een selectiecriterium als een gunningscriterium worden de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen geschonden. De verzoekende partij zet uiteen dat in het bestek ervaring en referenties, bij uitstek selectiecriteria, als gunningscriterium worden aangewend zonder dat hiervoor motieven en vereisten blijken uit het bestek of het gunningsverslag. Volgens de verzoekende partij vragen aanbestedende overheden het hanteren van een *single point of contact* (hierna: het SPOC) en een back-up voor vrijwel iedere dienstenopdracht. Te dezen zouden het SPOC en zijn back-up instaan voor de communicatie tussen de dienstverlener en de verwerende partij, zodat de verzoekende partij geen bijzondere reden ziet waarom ervaring en

referenties als gunningscriterium zouden gelden. Bovendien werd reeds in de selectiefase gevraagd welke personeelsleden zouden instaan voor de uitvoering van de opdracht, zodat geen reden voorhanden is om dit nogmaals te vragen in het kader van de gunningsprocedure. De verzoekende partij verwijst voor een gelijkaardig geval ook naar 's Raads arrest nr. 220.839 van 2 oktober 2012.

Beoordeling

8. Selectiecriteria, die de kandidaten of inschrijvers betreffen, onder meer inzake hun bekwaamheid zijn te onderscheiden van gunningscriteria, die de intrinsieke waarde van de offerte betreffen. Ervaring en referenties betreffen doorgaans niet de intrinsieke waarde van de offerte, maar de geschiktheid van de inschrijvers en zijn dienvolgens in principe geen gunningscriterium. Het is echter niet uit te sluiten dat ervaring en referenties een gunningscriterium kunnen uitmaken, indien daardoor de intrinsieke kwaliteit van de offertes in het licht van de specificiteit van de opdracht kan worden aangetoond op differentiërende wijze, zoals het in een opdracht voor de aanneming van diensten het geval kan zijn.

Het wordt niet betwist dat het te dezen gaat om een dienst als bedoeld in de bijlage II, B, van de wet van 15 juni 2006.

Het in het middel ingeroepen artikel 106, eerste lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 is volgens het tweede lid van dat artikel niet van toepassing op de opdrachten voor diensten bedoeld in bijlage II, B, van de wet van 15 juni 2006, maar het bijzonder bestek 'Diensten voor het ter beschikking stellen van uitzendkrachten' bepaalt dat het bestuur de regelmatige offerte kiest die hem het voordeligst lijkt met inachtneming van de gunningscriteria.

In artikel 33, § 3, van de wet van 15 juni 2006, dat op grond van artikel 55 van die wet van toepassing is op overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, is te lezen:

“Wanneer een overheidsopdracht of een perceel louter betrekking heeft op diensten als bedoeld in de bijlage II, B, van deze wet, kunnen elementen die

verband houden met de technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver uitzonderlijk als gunningscriteria worden gebruikt. Die mogelijkheid kan alleen worden aangewend als wordt aangetoond dat de bijzondere vereisten van de opdracht of van het betrokken perceel zulks noodzakelijk maken.

De Koning kan de bijzondere voorwaarden en nadere regels voor de toepassing van deze paragraaf bepalen.”

In het verslag van de parlementaire werkzaamheden en in het bijzonder betreffende het amendement dat tot het invoegen van de voornoemde paragraaf heeft geleid, is te lezen:

“Met haar amendement nr. 4 (DOC 53 1590/003) beoogt voorzitter Muriel Gerken (Ecolo-Groen!) artikel 33 van de wet van 15 juni 2006 aan te vullen met een § 3, om aan te geven dat wanneer een overheidsopdracht of een perceel louter betrekking heeft op diensten als bedoeld in bijlage II, B, bij deze wet, elementen die verband houden met de technische draagkracht en de beroepsbekwaamheid van de inschrijver uitzonderlijk als gunningscriteria kunnen worden gehanteerd. Die mogelijkheid kan alleen worden aangewend als wordt aangetoond dat de bijzondere vereisten van de opdracht of van het betrokken perceel zulks noodzakelijk maken. Het amendement heeft voorts tot doel de Koning toe te staan de bijzondere voorwaarden en de nadere regels voor de toepassing van deze bepaling vast te stellen.

Bedoeling van dit amendement is in te gaan op de bezorgdheden waaraan mevrouw Gerken uiting heeft gegeven tijdens de algemene bespreking en bij de bespreking van artikel 22, in verband met de in bijlage II, B, bij de wet van 15 juni 2006 bedoelde diensten, onder meer op het stuk van de gezondheidszorg. Zij wijst met aandrang op de noodzaak bij de gunning van opdrachten rekening te kunnen houden met criteria die in principe niet zijn toegestaan in het kader van de overheidsopdrachten, zoals bijvoorbeeld de ervaring van een arts of van een chirurg als hij in dienst genomen wordt door een ziekenhuis.

De staatssecretaris stemt in met dit amendement.

De heer Steven Vandeput (N-VA) vraagt zich af of dit amendement nodig is aangezien het alleen uitdrukkelijker formuleert wat de ontworpen wet al bepaalt, met name dat mogelijkerwijze met een aantal bijzondere criteria rekening wordt gehouden.

De staatssecretaris geeft aan dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de selectiecriteria (kwaliteiten en middelen van de persoon of de onderneming) en de gunningscriteria (intrinsieke kwaliteit van de offerte). Voor sommige opdrachten voor diensten, onder meer intellectuele prestaties, kan het moeilijk zijn om het onderscheid tussen die twee soorten van criteria te maken, omdat in dat geval de bekwaamheid van de inschrijver ook bepalend is voor de kwaliteit van de offerte. In het geval van een artsenteam houdt de kwaliteit ervan vaak rechtstreeks verband met de kwaliteit en de ervaring van de artsen die er deel van uitmaken. Voor de in bijlage II, B, bedoelde diensten wordt dus voorgesteld de voorwaarden enigszins te versoepelen voor de gevallen waarin het onderscheid tussen selectie- en gunningscriteria niet wenselijk is. Het amendement van mevrouw Gerken is in dat opzicht gegrond omdat het preciseert dat elementen die verband houden met de technische draagkracht en de beroepsbekwaamheid van de inschrijver uitzonderlijk als toewijzingscriteria kunnen worden gehanteerd. Die uitzonderlijke aard moet terdege worden verantwoord in het dossier dat op de

betrokken opdracht betrekking heeft. Nadien zal kunnen worden beoordeeld of de uitzondering wel gerechtvaardigd was”. (*Parl.St.* 2010-2011, nr. 1590/4, 21-22)

Derhalve dient een verwerende partij de uitzonderlijke aard van het hanteren van de beroepsbekwaamheid als gunningscriterium aan te tonen of dient zulks duidelijk uit dossierstukken zoals het bestek te blijken. Daartoe zal te dezen moeten blijken of het eerste subgunningscriterium (‘Ervaring en curriculum van het beschikbare SPOC en diens back-up via CV en referenties’) van het tweede gunningscriterium (‘Inhoud van de offerte’) betrekking heeft op een wezenlijk kenmerk van de inschrijving en niet op een kenmerk van de inschrijver.

Ook het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in zijn arrest van 26 maart 2015 in zaak C-601/13 (*Ambisig*) aanvaard dat en omschreven in welke gevallen de professionele kwaliteit van degene die met de uitvoering van een opdracht wordt belast, een intrinsiek kenmerk van de inschrijving kan zijn en verband kan houden met het voorwerp van de opdracht, zodat die kwaliteit als gunningscriterium kan worden aangekondigd. Het Hof heeft dit als volgt verwoord:

“Eveneens zij vastgesteld dat de criteria aan de hand waarvan de aanbestedende diensten de economisch voordeligste aanbidding kunnen bepalen, niet limitatief zijn opgesomd in artikel 53, lid 1, van richtlijn 2004/18. Overeenkomstig die bepaling kunnen de aanbestedende diensten dus kiezen welke gunningscriteria zij willen toepassen. Die keuze mag echter geen betrekking hebben op andere criteria dan die welke strekken tot bepaling van de economisch voordeligste aanbidding (zie in die zin arrest *Lianakis e.a.*, C-532/06, EU:C:2008:40, punten 28 en 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Te dien einde schrijft artikel 53, lid 1, onder a), van richtlijn 2004/18 uitdrukkelijk voor dat de gunningscriteria verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht (zie arrest *Commissie/Nederland*, C-368/10, EU:C:2012:284, punt 86).

De kwaliteit van de uitvoering van een overheidsopdracht kan op doorslaggevende wijze afhangen van de professionele waarde van degenen die met de uitvoering ervan zijn belast, die bestaat uit hun professionele ervaring en opleidingsniveau.

Dit is met name het geval wanneer de opdracht betrekking heeft op een intellectuele dienst en, zoals in het hoofdgeding, ziet op opleidings- en adviesdiensten.

Wanneer een dergelijke opdracht door een team moet worden uitgevoerd, zijn de bekwaamheden en de ervaring van de leden van dat team doorslaggevend bij de beoordeling van de professionele kwaliteit van dat team. Die kwaliteit kan een intrinsiek kenmerk van de inschrijving zijn en kan verband houden met het

voorwerp van de opdracht in de zin van artikel 53, lid 1, onder a), van richtlijn 2004/18.

Bijgevolg kan die kwaliteit als gunningscriterium worden opgenomen in de aankondiging van opdracht of in het bestek.”

9. Te dezen is als selectievereiste opgenomen in de aankondiging van de opdracht in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 december 2015: “Ervaring van de inschrijver (drie referenties) met vergelijkbare opdrachten voor bedrijven met meer dan 1000 medewerkers, waarvan minimaal één referentie betrekking heeft op de sector van openbaar vervoer en/of de publieke sector”.

De verzoekende partij is op grond van dit vereiste geselecteerd. Er lijkt dan ook te zijn voldaan aan het ingeroepen artikel 63, § 1, eerste lid, 2°, en tweede lid van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 dat luidt:

“§ 1. De aanbestedende overheid gaat over tot de selectie van de kandidaten of inschrijvers in de mate dat de noodzakelijke inlichtingen en documenten aantonen dat ze cumulatief voldoen aan :

[...]

2° de kwalitatieve selectiecriteria van financiële, economische of technische aard of inzake beroepsbekwaamheid die de aanbestedende overheid heeft vastgesteld overeenkomstig deze afdeling en afdeling 3. Zij preciseert deze criteria en het vereiste niveau ervan op zodanige wijze dat ze verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Bij open procedure en vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking is het opleggen van een minimaal niveau verplicht.

De aanbestedende overheid geeft in de aankondiging van opdracht of, bij ontstentenis daarvan, in de uitnodiging tot het indienen van een offerte aan welke de vastgestelde kwalitatieve selectiecriteria zijn en welke de te verstrekken noodzakelijke inlichtingen en documenten zijn.”

10. Het subgunningscriterium “ervaring en curriculum van de beschikbare SPOC en back-up via CV en referenties [...] van de mate van ervaring van de SPOC én de back-up voor deze opdracht” wordt in het bestek omschreven:

“De SPOC en back-up van de SPOC kunnen beide twee referenties van opdrachten voorleggen die aantonen dat deze personen ervaring hebben in uitzendwerk als in-house-consulent en/of SPOC. Ervaring daarbij als SPOC of inhouse-consulent in de publieke sector in het algemeen, en bij een openbare vervoersinstelling is een belangrijk pluspunt

- De Lijn VVM stelt dat de SPOC minimaal 15 jaar ervaring in uitzendwerk kan voorleggen, waarvan 10 jaar als SPOC en/of in-house consulent.
- De Lijn VVM stelt dat de back-up van de SPOC minimaal 5 jaar ervaring in uitzendwerk kan voorleggen, waarvan 2 jaar als SPOC en/of in-house consulent.

Beoordeling

- 2 referenties van vergelijkbare opdrachten voor de SPOC = 1 punt[...]
- 2 referenties van vergelijkbare opdrachten voor de back-up van de SPOC = 1 punt
- Uitgebreid CV van de SPOC = 2 punten
- Uitgebreid CV van de back-up van de SPOC = 2 punten
- Voor de SPOC:
 - o Minimaal 15 jaar aantoonbare ervaring heeft in uitzendwerk via bv tewerkstellingsattesten en referenties = 2 punten
 - o Minimaal 10 jaar aantoonbare ervaring als SPOC en/of in-house consultant via referenties van de werkgevers/bedrijven (verklaring op eer) = 3 punten
- Voor de back-up van de SPOC:
 - o Minimaal 5 jaar aantoonbare ervaring heeft in uitzendwerk via bv tewerkstellingsattesten en referenties = 2 punten
 - o Minimaal 2 jaar aantoonbare ervaring als SPOC en/of in-house consultant via referenties van de werkgevers/bedrijven (verklaring op eer) = 2 punten.”

Bij de beoordeling van dit subgunningscriterium wordt dus gekeken naar de ervaring van het voorgestelde team, met name van het SPOC en zijn back-up.

In het bestek is opgenomen dat het SPOC alle vragen van de verwerende partij over de uitzendkrachten moet beantwoorden, die zullen rijzen onder meer ten gevolge van de liberalisering van de sector in 2019, waardoor bijzondere behoeften naar het inzetten van tijdelijk personeel – tijdelijke werknemers, tijdelijke werknemers (met opdrachten van maximaal drie dagen), seizoenstijdelijke werknemers, tijdelijke werknemers die permanent worden en jobstudenten – zullen ontstaan. Het SPOC coördineert en initieert de communicatie met de verwerende partij en beheert en coördineert alle vacatureaanvragen. Enkel het SPOC communiceert met de verwerende partij.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij betoogt, lijken er op het eerste gezicht wel redenen voorhanden te zijn om aan de hand van cv's en referenties, de ervaring van het team dat niet voorheen in het kader van het selectiecriterium hoefde te worden voorgesteld, te beoordelen in het kader van een gunningscriterium. Er lijkt te moeten worden aangenomen dat met het eerste subgunningscriterium van het tweede gunningscriterium de merites van de offerte zelf – gelet op de specificiteit van de dienstenopdracht zoals die blijkt uit het bestek – worden onderzocht in het licht van dat (sub)gunningscriterium en in vergelijking met de andere offertes, en niet de vakbekwaamheid van de verzoekende partij.

11. De verwijzing door de verzoekende partij naar 's Raads arrest nr. 220.839 van 2 oktober 2012 lijkt niet dienstig te zijn. In die zaak werd als selectie criterium en als gunningscriterium een lijst gevraagd van de voornaamste gelijkaardige diensten die de inschrijver de laatste drie jaar had uitgevoerd. In de huidige zaak daarentegen wordt in het kader van het betrokken subgunningscriterium niet de algemene ervaring van de inschrijver maar slechts de ervaring van bepaalde uitvoerders van de inschrijver beoordeeld.

12. Bovendien heeft de verzoekende partij na kennisname van het bestek de verwerende partij op geen enkele wijze op de hoogte gebracht van het voorgehouden onrechtmatig karakter van het subgunningscriterium, hoewel het bestek de inschrijvers oproept om vergissingen tijdig schriftelijk te melden aan de verwerende partij. Door dit niet te doen en zonder opmerkingen deel te nemen aan de betrokken procedure, lijkt de verzoekende partij het ernstig karakter van het middel minstens zelf te hebben gerelativeerd.

13. Het eerste middel is niet ernstig

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

14. De verzoekende partij werpt in een tweede middel de schending op van artikel 53, § 1, van de wet van 15 juni 2006 *iuncto* artikel 106 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012, van artikel 4, 8° *iuncto* artikel 5, 9°, van de wet van 17 juni 2013, en van “het transparantiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het onpartijdigheidsbeginsel, het materiële motiveringsbeginsel en het *patere-legem-quam-ipse-fecisti* beginsel”.

De verzoekende partij voert aan dat de verwerende partij in het gunningsverslag niet de in het bestek aangekondigde (sub-)subgunningscriteria als maatstaf heeft gebruikt maar wel de offerte van de gekozen inschrijver. Het gunningsverslag bevat ook fouten en gebreken bij de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij, met een foutieve puntentoekening tot gevolg.

Concreet voert de verzoekende partij eerst aan dat voor wat betreft het sub-subgunningscriterium “2 referenties van vergelijkbare opdrachten voor de SPOC” in het bestek niet is aangegeven dat de omvang van de opdracht als maatstaf zou worden gebruikt voor de beoordeling van die referenties, doch dat dit wel als doorslaggevend element is gehanteerd ten nadele van de verzoekende partij en ten voordele van de gekozen inschrijver. Daarna stelt de verzoekende partij dat haar voor wat betreft het sub-subgunningscriterium “minimaal 15 jaar aantoonbare ervaring [...] in uitzendwerk” voor het SPOC nul punten werden toegekend hoewel zij 11 jaar ervaring heeft aangetoond en het bestek niet de uitsluiting voorziet van een inschrijver die niet aan dit vereiste voldoet. Dit had enkel tot een verlaagde puntenscore kunnen leiden. Hierna laat de verzoekende partij voor wat betreft het sub-subgunningscriterium “minimaal 10 jaar aantoonbare ervaring als SPOC en/of in-house consulent” gelden dat het door haar voorgestelde SPOC wel degelijk over de gevraagde 10 jaar ervaring beschikt en niet slechts over de in het gunningsverslag vermelde 6 jaar ervaring. Zij verwijst daartoe naar de door haar bijgebrachte stukken betreffende de ervaring van Veerle Laureys. Vervolgens zet de verzoekende partij voor wat betreft het subgunningscriterium “contactcenter” uiteen dat zij in haar offerte niet nader is ingegaan op de rol en de taak van het SPOC in procedures, opgestart via de contactcenter, maar dat zulks ook niet werd gevraagd in het bestek. Dat de gekozen inschrijver dit wel heeft toegelicht, wordt echter als maatstaf gebruikt voor een negatieve beoordeling van de offerte van de verzoekende partij. Dit klemmt volgens de verzoekende partij des te meer omdat zij de rol van het SPOC wel degelijk zeer gedetailleerd heeft toegelicht in de offerte. Verder betoogt de verzoekende partij voor wat betreft het subgunningscriterium “Centrale loonverwerking” dat de inhoud van haar offerte op verschillende punten wordt vergeleken met de offerte van de gekozen inschrijver terwijl het gaat om elementen die niet werden gevraagd in het bestek. De verzoekende partij wijst er in dit verband op dat zij die elementen wel degelijk heeft toegelicht in een ander onderdeel van de offerte, met name de wijze van facturatie door middel van *e-invoicing*, bevestiging van aansluiting op het Magda-systeem, de vermelding dat maandelijks één factuur zal worden gestuurd en het feit dat een *template* is gevoegd bij de offerte als voorbeeld van een prestatiestaat en factuur. Tot slot haalt de verzoekende partij voor wat betreft het subgunningscriterium “dienstverlening” aan dat de beoordeling als zou zij op twee bepaalde punten geen toelichting hebben gegeven, onjuist is. Zij verwijst daartoe naar blz. 37-38 en 94-95 van haar offerte.

Beoordeling

15. De verzoekende partij betwist enkel de beoordeling van een aantal sub-subgunnings- en subgunningscriteria die deel uitmaken van het gunningscriterium “inhoud van de offerte”.

16. Voor wat betreft het sub-subgunningscriterium “2 referenties van vergelijkbare opdrachten voor de SPOC” wordt uitdrukkelijk naar “vergelijkbare” opdrachten gevraagd. Dit begrip is niet nader gedefinieerd, zodat het in zijn spraakgebruikelijke betekenis moet worden begrepen. Op het eerste gezicht valt niet in te zien waarom voor de vergelijkbaarheid van reeds uitgevoerde opdrachten geen rekening zou mogen worden gehouden met de omvang van die opdrachten, ook zonder dat uitdrukkelijk naar de omvang is gevraagd.

17. Voor wat betreft het sub-subgunningscriterium “minimaal 15 jaar aantoonbare ervaring [...] in uitzendwerk” voor het SPOC geeft de verzoekende partij aan slechts 11 jaar ervaring te kunnen aantonen en erkent zij dat zij niet voldoet aan de voorwaarde van 15 jaar. Anders dan de verzoekende partij voorhoudt, is er geen sprake van “uitsluiting” om die reden. Er worden haar geen punten toegekend omdat zij niet aan het vereiste minimum van 15 jaar ervaring voldoet. Op het eerste gezicht gaat het inderdaad om een minimumvereiste en is nergens voorzien dat *pro rata* een gedeelte van de punten moet worden gegeven aan de inschrijver die een kleiner aantal jaren ervaring kan aantonen.

18. Voor wat betreft het sub-subgunningscriterium “minimaal 10 jaar aantoonbare ervaring als SPOC en/of in-house consultant” wordt in het bestek gevraagd dat die ervaring wordt aangetoond “via referenties van de werkgevers/bedrijven (verklaring op eer)”. De verzoekende partij verwijst in het middel naar het cv van Veerle Laureys doch de vermeldingen daarin kunnen op het eerste gezicht niet worden beschouwd als “referenties van de werkgevers/bedrijven”. De twee referenties die de verzoekende partij in haar verbeterde offerte vermeldt voor Veerle Laureys hebben betrekking op de periode van mei 2006 tot december 2010 en van februari 2014 tot november 2015 en beslaan dus een totale duur van minder dan 10 jaar. Aan deze vaststelling wordt geen afbreuk gedaan door de vermelding door de verzoekende partij zelf in die

offerte dat “Veerle [Laureys] beschikt over een 4-tal ervaringen als SPOC” en dat zij “minimaal 10 jaar ervaring [heeft] in uitzendwerk”. Verder dient ook voor dit punt te worden herhaald dat het op het eerste gezicht om een minimumvereiste gaat waarbij niet is voorzien dat *pro rata* een gedeelte van de punten moet worden gegeven aan de inschrijver die een kleiner aantal jaren ervaring kan aantonen.

19. Voor wat betreft het subgunningscriterium “contactcenter” worden aan de verzoekende partij drie punten op vijf toegekend met als motivering in het gunningsverslag:

- “- Er is een omschrijving van de responstijd van de oproepen (grafisch voorgesteld)
- Het grafisch overzicht en de begeleidende omschrijving kan beter geduid worden om meer specifiek te kunnen analyseren naar bv dag-, week- of maandoverzicht. Deze informatie is nu te summier opgenomen.
- Er is een verklaring dat minimaal 50% van de medewerkers in het contactcenter op de payroll staan van de eigen organisatie
- Het is onduidelijk hoe de feedback naar de klant gaat gebeuren vanuit het contactcenter
- Meer bepaald is niet omschreven wat de rol en taak van de SPOC is in de procedures die via het contactcenter worden opgestart, en hoe de informatie intern binnen Start People en naar de klant dan zullen worden opgevolgd
- Er is onvoldoende duidelijk en in detail omschreven welke rol het callcenter zal vervullen in het selectietraject. Start People stelt dat in functie van de noden van de klant (m.n. De Lijn) een selectietraject zal worden uitgeschreven waarbij de rol van het Contactcenter zal gedefinieerd worden. Op basis van deze informatie zullen dan de nodige agenten getraind worden. Het lijkt met andere woorden dat dit proces van effectieve screening en selectie van kandidaten momenteel niet tot de kerntaken behoort van het huidige Contactcenter [...]. En het geeft de indruk dat dit nog samen met De Lijn zal moeten worden opgezet.
- StartPeople geeft inhoudelijk[...] in dit deel onvoldoende informatie over de rol, nut en meerwaarde van een Contactcenter in het rekruterings- & selectieproces voor de De Lijn.”

De gekozen inschrijver krijgt op dit subgunningscriterium vier punten op vijf met als motivering:

- “- Er is een omschrijving van de responstijd van de oproepen (binnen en buiten de kantooruren), en hoe de behandeling/verwerking van de oproepen gebeurt.
- Er is een overzicht van aantal oproepen op avonden en in weekends
- Er is een verklaring dat minimaal 50% van de medewerkers in het contactcenter op de payroll staan van de eigen organisatie
- Tempo Team omschrijft de manier en werking van de feedback naar de klant, met aandacht voor de taak en rol van het contactcenter en de rol en taak van de SPOC

- Meer bepaald is omschreven wat de rol en taak van de SPOC is in de procedures die via het contactcenter worden opgestart, en hoe de informatie intern binnen Tempo Team en naar de klant dan zullen worden opgevolgd
- Er is duidelijk omschreven welke rol het callcenter zal vervullen in het selectietraject.
- Tempo Team beschrijft ook voldoende het nut en de meerwaarde van een Contactcenter in het rekruterings- & selectieproces voor De Lijn.”

De verzoekende partij maakt niet met de vereiste *prima facie* ernst aannemelijk dat door een beoordeling van de in de offertes beschreven rol en taak van het SPOC in de procedures die via de contactcenter worden opgestart, “de offerte van Tempo Team – i.e. de zittende inschrijver – wordt gehanteerd als maatstaf” en zij hierdoor “onterecht minder punten voor dit subgunningscriterium” krijgt. De verwerende partij stelt in het gunningsverslag immers ook vast dat de offerte van de verzoekende partij te weinig toelaat te analyseren naar bijvoorbeeld het dag-, week- of maandoorzicht, dat het proces van effectieve screening en selectie van kandidaten niet tot de kerntaken van de contactcenter lijkt te behoren en dat onvoldoende informatie over de rol, het nut en de meerwaarde van een contactcenter in het rekruterings- en selectieproces is opgenomen. In het middel worden deze aspecten van de beoordeling alvast niet inhoudelijk weerlegd met de algemene stelling dat de verzoekende partij “zeer gedetailleerd de rol van de SPOC toelicht en de verschillende mogelijkheden ter zake”. Er lijkt dan ook niet te kunnen worden aangenomen dat, zoals de verzoekende partij in het middel voorhoudt, “louter omdat de offerte van Tempo Team één en ander wel toelicht” en “de offerte van verzoekende partij één en ander niet heeft omschreven”, de verwerende partij een “methodologie [...] hanteert om de offertes te beoordelen [die] partijdig en onzorgvuldig” is.

20. Voor wat betreft het subgunningscriterium “dienstverlening” wordt in het bestek gevraagd:

“Een uitvoerige beschrijving van de automatisering en autorisaties in het aanvragen, opvolgen en verwerken van de vacature aanvragen voor uitzendkrachten.

Een adequate beschrijving van de te hanteren selectie methodieken en hoe die worden toegepast op onderstaande profielen (inclusief een volledig uitgewerkt voorbeeld per dossier/profiel:

- Administratief bediende
- Ongeschoolde techniker
- Technisch geschoolde arbeider

- Jobstudent (bv aan de kust)
- Seizoentijdelijke

Geef voor deze bovenstaande profielen een uitgebreide beschrijving op van de te hanteren aanpak en werking van de volledige procescyclus; inclusief eventuele demo's op USB. De Lijn VVM eist een correcte, duidelijke, professionele, snelle en efficiënte administratie en procesopvolging."

In het gunningsverslag staat als beoordeling van dit subgunningscriterium voor wat betreft de verzoekende partij:

"- Start People omschrijft zeer high-level het geautomatiseerde proces. Zij gaan niet in op de verschillende processtappen die verwerkt zitten in de automatisering. Ze omschrijven algemeen [...]en vaag de applicatie: een internetapplicatie, transparant en makkelijk implementeerbaar en te linke[n] aan onder meer SAP, Xtremis.

- Start People geeft niet aan hoe de vacatures en kandidaten kunnen opgevolgd worden, en door wie. Er wordt ook niet vermeld of er een goedkeuringsflow met autorisaties kan in verwerkt worden.

Er is m.a.w. geen link met de meerwaarde voor De Lijn, en de mogelijke tijds- en kostenbesparing van de klant.

- Start People beschrijft de kwalitatieve aanpak en werking van het selectieproces (pag 39-41), de doorlooptijden (er worden KPI's gezet van dagen voor de doorlooptijd per profiel dat door De Lijn in de prijstabel werd omschreven).

- Start People geeft geen omschrijving voor de aanpak en werking voor de doelgroepen van jobstudenten regio Kust, de seizoen-tijdelijke medewerkers en de tellers/enquêteurs.

- Start People beschrijft wel een generieke procescyclus: PDCA-methodiek. Om aan te tonen dat zij volgens deze methodiek werken om hun processen te verbeteren. Maar er wordt geen echte link gelegd naar De Lijn als organisatie, noch naar de opdracht.

- Start People legt in dit hoofdstuk ook geen verband naar het opvolgen van prestatiestaten en de facturatie, wat wel werd gevraagd in het bestek. Er wordt ook niet verwezen naar andere hoofdstukken in de verbeterde offerte om bijvoorbeeld een totaaloverzicht te krijgen van het end-to-end proces."

Waar de verzoekende partij voorhoudt dat in het bestek geen toelichting wordt gevraagd betreffende de meerwaarde voor De Lijn en de mogelijke tijds- en kostenbesparing, staat in het bestek nochtans te lezen dat een "uitgebreide beschrijving" moet worden gegeven, waarbij de verwerende partij "een correcte, duidelijke, professionele, snelle en efficiënte administratie en procesopvolging" eist. Hoe correcter, duidelijker, professioneler, sneller en efficiënter, hoe hoger de waardering, zo blijkt. De loutere vermelding in de offerte van de verzoekende partij dat "vb. goedkeuringsflow" "eenvoudig [kan] worden toegevoegd" lijkt niet te beantwoorden aan het vereiste van een uitvoerige beschrijving "van de te hanteren aanpak en werking van de volledige

procescyclus". De verzoekende partij ontkent in het verzoekschrift niet dat zij in haar offerte alvast niet aangeeft hoe en door wie de vacatures en kandidaten kunnen worden opgevolgd, hetgeen gevolgen heeft voor de waardering van het door de verzoekende partij voorgestelde procescyclus.

Waar de verzoekende partij van oordeel is dat zij wel degelijk een omschrijving van de aanpak en werking van de doelgroepen jobstudenten, seizoenstijdelijke medewerkers en tellers/enquêteurs heeft opgenomen in haar offerte, lijkt dergelijke omschrijving niet te zijn opgenomen in haar offerte onder de rubriek '5. Criteria voor gunning' – '5.2 Inhoudelijke criteria' – '5.2.4 Dienstverlening'. In het bestek is bepaald dat "de antwoorden op de andere gunningscriteria [dan het prijscriterium] in de volgorde zoals opgenomen in het bestek" moeten worden weergegeven, waarbij in het kader van het subgunningscriterium 'dienstverlening' de profielen die onder dat criterium zijn vermeld, moeten worden besproken. In het e-mailbericht van de verwerende partij van 24 mei 2016, waarbij de mogelijkheid wordt geboden tot het indienen van een verbeterde offerte, wordt nog gewaarschuwd:

"Het volgen van die structuur moet De Lijn als opdrachtgevend bestuur toelaten alle essentiële elementen van uw offerte, die gebruikt zullen worden voor het toekennen van een waardering, op dezelfde plaats terug te vinden bij alle inschrijvers en zodoende de offertes te kunnen vergelijken zonder het gevaar te lopen de reeds genoemde "essentiële" elementen bij die vergelijking over het hoofd te zien."

Vermits de verzoekende partij in haar offerte de omschrijving van de aanpak en werking van de betrokken doelgroepen zou hebben opgenomen onder '6. Additionele informatie' en dus niet onder het subgunningscriterium, lijkt het in die concrete omstandigheid de verwerende partij op het eerste gezicht niet ten kwade te kunnen worden geduid dat zij hiermee geen rekening heeft gehouden bij de beoordeling en quoterings ervan.

21. Voor wat betreft de kritiek van de verzoekende partij op de beoordeling van het subgunningscriterium "Centrale loonverwerking" tot slot, dient te worden opgemerkt dat de offerte van de verzoekende partij hiervoor een score van 2 punten op 5 heeft behaald en die van de gekozen inschrijver 4 punten op 5. De verzoekende partij betwist in het middel niet de aan de gekozen

inschrijver toegekende score, zij stelt enkel dat haar eigen score te laag is. De kritiek van de verzoekende partij tegen de beoordeling van de andere sub-subgunnings- en subgunningscriteria is niet ernstig bevonden. Indien haar kritiek tegen de beoordeling van het subgunningscriterium “Centrale loonverwerking” aanvaard zou worden, zou dit ten hoogste 3 bijkomende punten kunnen opleveren. Vermits het tussen de eindscores van de verzoekende partij en van de gekozen inschrijver echter 5,29 punten op 100 bedraagt, kunnen die 3 bijkomende punten echter niet leiden tot een andere rangschikking, zodat de verzoekende partij op het eerste gezicht geen belang heeft bij haar grieven tegen de beoordeling van het subgunningscriterium “Centrale loonverwerking”.

22. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

23. De verzoekende partij werpt in een derde middel de schending op van artikel 14, 10°, van de statuten van de verwerende partij, van artikel 4, 8°, *iuncto* artikel 5 van de wet van 17 juni 2013, van de formelemotiveringsplicht zoals vastgelegd in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij voert aan dat op grond van artikel 14, 10°, van de statuten van de verwerende partij de raad van bestuur bevoegd is om de kwestieuze gunningsbeslissing te nemen. Uit de met een e-mail van 2 augustus 2016 meegedeelde bestreden beslissing kan de verzoekende partij echter niet afleiden waarmee de raad van bestuur van de verwerende partij akkoord is gegaan. Er wordt niet verwezen naar het gunningsverslag en er wordt niet vermeld dat de Raad van Bestuur zich de motieven van het gunningsverslag eigen zou hebben gemaakt. De motieven van de bestreden beslissing zijn derhalve niet meegedeeld aan de verzoekende partij, zodat de thans aangehaalde bepalingen en beginselen zijn geschonden.

Beoordeling

24. De bestreden beslissing is genomen door de raad van bestuur van de verwerende partij als punt 13 op de zitting van 13 juli 2016.

Op de zitting van de raad van bestuur van de verwerende partij van 13 juli 2016 stond als punt 13 geagendeerd: “Ter beschikking stelling van uitzendkrachten – raamovereenkomst voor vier jaar – gunning”. De nota “Ter beschikking stelling van uitzendkrachten – raamovereenkomst voor vier jaar – gunning”, die uitgaat van de dossierverantwoordelijke en is gericht aan de raad van bestuur ter voorbereiding van de zitting van 13 juli 2016, herneemt de beoordeling van de gunningscriteria zoals die werd gemaakt in het gunningsverslag dat bij de kennisgeving van de bestreden beslissing werd meegedeeld.

In de bestreden beslissing zelf is te lezen:

“De raad van bestuur gaat eenparig akkoord.
De raad van bestuur beslist om het ‘raamcontract – diensten voor het ter beschikking stellen van uitzendkrachten’ voor vier jaar te gunnen aan Tempo Team, Access Building – Keizer Karellaan 586 bus 8, [1082] Sint-Agatha-Berchem.”

In het overzicht van de beslissingen genomen op die zitting staat bij punt 13 vermeld:

“Ter beschikking stelling van uitzendkrachten – raamovereenkomst voor vier jaar – gunning – goedgekeurd
Samenvatting: Goedkeuring om het ‘raamcontract – diensten voor het ter beschikking stellen van uitzendkrachten’ voor vier jaar toe te wijzen aan Tempo Team, Access Building – Keizer Karellaan 586 bus 8, 1082 Sint-Agatha-Berchem.”

25. Uit het voorgaande kan op het eerste gezicht in redelijkheid worden afgeleid dat de raad van bestuur van de verwerende partij akkoord ging met het gunningsverslag dat bij de kennisgevingsbrief werd gevoegd. Bovendien blijkt uit de behandeling van het tweede middel dat de verzoekende partij haar grieven heeft kunnen formuleren met kennis van de inhoud van het gunningsverslag dat aan haar werd meegedeeld, zodat voldaan is aan de voornaamste doelstelling van

de formelemotiveringsplicht en van de bepalingen die daarop betrekking hebben. Een schending van de in het middel ingeroepen bepalingen en beginsel lijkt dan ook niet te zijn aangetoond.

26. Het derde middel is niet ernstig.

VII. Besluit

27. Geen enkel middel is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

VIII. Begroting van de kosten - rechtsplegingsvergoeding

28. Gelet op het bepaalde in artikel 30/1, § 2, laatste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de door de tussenkomende partij gevraagde rechtsplegingsvergoeding niet worden toegekend.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Tempo-Team 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 op een rechtplegingsvergoeding 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 een september 2016, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Carlo Adams,	staatsraad, wnd. kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Astrid Truyens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Astrid Truyens

Carlo Adams