

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 237.050 van 17 januari 2017
in de zaak A. 220.977/XII-8276**

In zake: de NV CSW ENGINEERING GROUP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Gendt
kantoor houdend te 3000 Leuven
Koning Leopold I-straat 32
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie en Michelle Decruy
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV ZETES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Virginie Dor en Youri Musschebroeck
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsessesteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 16 december 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“- ‘het besluit van de secretaris-generaal van het departement Leefmilieu, Natuur en Energie (LNE) van 1 december 2016 tot toewijzing van beide percelen van de opdracht ‘concessies voor het beheer van

databanken voor identificatie en registratie van honden en katten' (bestek nr. LNE - DLNE/STG/DWZ/2016/02) aan Zetes nv minstens wat betreft het perceel 'beheer van de databank voor identificatie en registratie van katten'

- het impliciete besluit van de secretaris-generaal van het departement Leefmilieu, Natuur en Energie (LNE) van 1 december 2016 tot niet toewijzing van het perceel 'beheer van de databank voor identificatie en registratie van katten' van de opdracht 'concessies voor het beheer van databanken voor identificatie en registratie van honden en katten' (bestek nr. LNE - DLNE/STG/DWZ/2016/02) aan de [nv CSW Engineering Group].”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 23 december 2016 heeft de nv Zetes gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 januari 2017, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tom De Gendt, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Michelle Ducruy, die *loco* advocaat Sofie Logie verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Youri Musschebroeck, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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. Op 8 juli 2016 keurt de Vlaamse regering een bestek goed betreffende “de concessie voor het beheer van de databanken voor de identificatie en registratie van honden en katten”.

De concessie wordt uitgeschreven door het Vlaamse Gewest, het Waalse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Het Vlaamse Gewest treedt in naam van de drie gewesten op als aanbestedende overheid

3.2. De concessie is onderverdeeld in twee percelen, namelijk het beheer van de databank (Dog ID) voor de identificatie en registratie van honden (perceel 1) en het beheer van de databank (Cat ID) voor de identificatie en registratie van katten (perceel 2). De in het geding zijnde betwisting heeft enkel betrekking op perceel 2.

Met betrekking tot de procedure wordt in het concessiebestek bepaald:

“Na opening van de offertes, onderzoekt de concessieverlener eerst of de inschrijvers voldoen aan de gestelde selectievereisten (zie punt ‘5. Selectie’). Vervolgens worden de offertes van de geselecteerde inschrijvers beoordeeld conform de gunningscriteria, gesteld in punt ‘10.4. Beoordeling van de offertes.’

Na een eerste beoordeling van de offertes op basis van deze gunningscriteria, behoudt de concessieverlener zich het recht om eventueel te onderhandelen met één of meerdere inschrijvers. Na deze onderhandelingen kunnen één of meerdere inschrijvers eventueel worden uitgenodigd om een aangepaste offerte in te dienen (‘best and final offer’). De toewijzing van deze concessie zal gebeuren door de kennisgeving van de goedkeuring van de gekozen offerte.”

3.4. Betreffende de indiening van de offertes wordt bepaald dat de inschrijvers bij hun offerte een aantal documenten moeten voegen waaronder:

“Stuk 3: voorstel voor bijkomende beveiliging tegen namaak en fraude van de te gebruiken documenten en bewijzen.”

3.5. Met betrekking tot de beoordeling van de offertes worden gunningscriteria bepaald in het bestek.

Voor perceel 2, beheer van de databank voor identificatie en registratie van katten, worden twee gunningscriteria omschreven:

- 1/ de technische kwaliteit van het voorstel (40 punten), met als subcriteria
 - “technische gegevens”(65%)
 - “termijnen voor de periode voorafgaand aan het begin van de concessie” (5%)
 - “termijnen gedurende de concessie: planning voor de uitvoering van het project” (30%).
- 2/ de eenheidsprijs voor de registratie van een kat (60 punten).

Het voormelde eerste subcriterium ‘technische gegevens’ wordt onderverdeeld in zes subsubcriteria:

- “-kwaliteit van het voorstel voor registratie via internet: (10%)
- voorstellen voor beveiliging van de documenten en bewijzen tegen fraude en namaak, en eventueel voorbeeld van identificatiebewijs in plastic/papier: (8%)
- technische aspecten en kwaliteit van de telecominfrastructuur en de geboden permanentie’: (13%)
- technische aspecten en kwaliteit van de informatica-infrastructuur en de gegevensbank: (13%)
- beveiliging van de informatica-infrastructuur en de gegevensbank: (13%)
- voorstellen voor informatie en toepassingen op de website: (8%)”.

Voorts wordt een formule opgenomen voor de bepaling van de economisch meest voordelige offerte.

3.6. De openingszitting vindt plaats op 3 oktober 2016. Er zijn twee offertes ingediend, door de verzoekende partij, de nv CSW Engineering Group en de gekozen concessiehouder, de nv Zetes. De verzoekende partij dient enkel een offerte in voor perceel 2 - katten, de nv Zetes dient een offerte in voor de beide percelen – honden en katten.

3.7. Op 17 november 2016 wordt een gunningsverslag met bijlage opgesteld. De beide inschrijvers worden geselecteerd en de offertes worden vergeleken aan de hand van de gunningscriteria.

Er wordt voorgesteld de concessie voor de beide percelen toe te kennen aan de nv Zetes.

3.8. Bij beslissing van 1 december 2016, namens de Vlaamse regering, genomen door P.V.S., algemeen directeur van het Departement Leefmilieu, Natuur en Energie van het Vlaams Gewest “voor de secretaris-generaal in opdracht” wordt het gunningsverslag geheel onderschreven en beslist de concessie toe te wijzen aan de nv Zetes

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.9. Bij op 2 december 2016 aangetekend verzonden schrijven wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen.

Bij e-mailbericht van 6 december 2016 vraagt de verzoekende partij de mededeling van de gemotiveerde gunningsbeslissing.

Bij e-mailbericht van 8 december 2016 wordt aan de verzoekende partij de gemotiveerde gunningsbeslissing met het bijhorende gunningsverslag meegedeeld.

IV. Tussenkost

4. De nv Zetes blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. De verwerende partij vraagt in haar nota dat de Raad de tijdigheid van de vordering zou onderzoeken. Daarbij gaat de verwerende partij ervan uit dat het beroep in ieder geval kon worden ingediend tot en met 17 december 2016.

De vordering werd aan de Raad van State bezorgd per aangetekend schrijven van 16 december 2016 en bijgevolg tijdig in de veronderstelling van de verwerende partij zelf.

Bovendien lijken de partijen het er over eens, terecht zo lijkt het, dat de te dezen bestreden beslissingen niet op een overheidsopdracht betrekking hebben. Bijgevolg is de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ niet van toepassing, en evenmin de daarin bij artikel 23, § 3, vastgestelde termijn van vijftien dagen voor het indienen van een beroep tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Aldus zal de tijdigheid van de vordering nog hierna betrokken dienen te worden bij de beoordeling van de grondvoorwaarden voor het bevelen van een schorsing.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6. 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.

VII. De uiterst dringende noodzakelijkheid

7.1. De toepassing van de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid brengt een ernstige verstoring teweeg in het normale verloop van de rechtspleging voor de Raad van State, beperkt de mogelijkheden tot onderzoek van de zaak tot een strikt minimum en brengt de uitoefening van de rechten van de verdediging van de verwerende partij aanzienlijk in het gedrang. Daarom moet de aanwending van deze procedure zeer uitzonderlijk blijven. De toepassing ervan kan alleen worden aanvaard indien de schorsing van de tenuitvoerlegging volgens de gewone schorsingsprocedure te laat zal komen. Dit impliceert ook dat de verzoekende partij met de vereiste spoed en diligentie is opgetreden. Diligent optreden – dit wil zeggen dat de eisende partij al het nodige heeft gedaan om de schade te voorkomen en om de zaak zo spoedig mogelijk aanhangig te maken bij de Raad van State – is een vereiste dat vervat is in de voorwaarde van de uiterst dringende noodzakelijkheid. Dat dwingend vereiste moet zijn vervuld opdat de Raad van State een verzoekende partij zou toelaten tot de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. De vraag of een verzoekende partij met gepaste spoed en diligentie heeft gehandeld, moet worden beoordeeld aan de hand van de concrete omstandigheden van de zaak.

Het gegeven dat de verwerende partij in haar kennisgevingsbrief zelf een beroepstermijn oplegde van 15 dagen lijkt daarbij op het eerste gezicht niet relevant, nu het niet lijkt dat deze termijn op enige wettelijke bepaling berust.

De verzoekende partij heeft haar vordering ingeleid op 16 december 2016, dus veertien dagen na de kennisgeving bij aangetekend schrijven van 2 december 2016, dat haar offerte niet werd gekozen. De motieven voor deze beslissing werden haar echter slechts later meegedeeld, namelijk bij e-mailbericht van 8 december 2016, zijnde acht dagen vóór het indienen van haar verzoekschrift. In die omstandigheden blijkt de verzoekende partij voldoende diligent te hebben gehandeld bij het instellen van haar vordering.

7.2. De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift aan dat de betekening van de toewijzingsbeslissing van de concessie en de sluiting van het concessiecontract nakende zijn. De verwerende partij bevestigt dat het contract nog niet is gesloten. Bijgevolg kan het resultaat van een gewone schorsingsprocedure niet worden afgewacht om een beslissing te krijgen op straffe zich in een toestand te bevinden met onherroepelijke schadelijke gevolgen. De schorsing van de tenuitvoerlegging van een beslissing tot toekenning van een concessie brengt immers niet de schorsing van de verbintenissen die voortvloeien uit de tot stand gekomen overeenkomst met zich mee. Enkel een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan dan ook voorkomen dat de overeenkomst wordt gesloten en bij schorsing zou de verzoekende partij de mogelijkheid behouden om de concessie zelf te kunnen uitvoeren. Zo wordt het definitief verlies van een kans op de toekenning van de concessie, te dezen toch betreffende een behoorlijk unieke referentieopdracht van grote omvang, voorkomen.

Wat deze dringende noodzakelijkheid betreft, blijken de verwerende en de tussenkomenende partij de aanwezigheid ervan overigens niet te betwisten.

Aldus is voldaan aan het vereiste van de uiterst dringende noodzakelijkheid.

VIII. De middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8. In een eerste middel roept de verzoekende partij de schending in van:

“Het gelijkheidsbeginsel zoals vastgelegd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur

Doordat de verwerende partij enkel Zetes nv heeft uitgenodigd om bijkomende toelichting te geven bij een aantal onduidelijkheden in hun bestek en enkel Zetes nv de kans heeft geboden om een aangepaste offerte in te dienen;

Terwijl de verzoekende partij zich een gelijkaardige situatie als Zetes nv bevond heeft de verwerende partij het gelijkheidsbeginsel geschonden.”

In de toelichting bij haar eerste middel voert de verzoekende partij aan dat uit het gunningsverslag blijkt dat er ook ten aanzien van haar offerte de verwerende partij onduidelijkheden ontwaarde. De verzoekende partij betoogt dat zij echter niet de mogelijkheid heeft gekregen deze toe te lichten aan de aanbestedende overheid en haar evenmin de kans werd geboden een aangepaste offerte in te dienen. Zij verwijst daartoe naar twee overwegingen in het gunningsverslag, namelijk met betrekking tot de door haar aangeboden vrije optie van de PVC-kaart en met betrekking tot de beveiliging tegen fraude en namaak van de bewijzen en documenten.

Beoordeling

9.1. In de bijlage van het gunningsverslag wordt vermeld:

“Op 4 november 2016 werd een delegatie van Zetes uitgenodigd om bijkomende toelichting te geven bij een aantal onduidelijkheden in hun bestek. Het ging hierbij vooral om te verduidelijken of het opnemen van een aantal vrije opties een weerslag heeft op de kostprijs voor de registratie van honden en katten. Na het overleg bezorgde Zetes op 7 november een aangepaste offerte. De aanpassingen in hun offerte werden geel gemarkeerd. De initieel aangeboden prijs voor de registratie van honden en katten is ongewijzigd.”

Op het eerste gezicht blijkt uit de als vertrouwelijk stuk neergelegde offerte en aangepaste offerte van de nv Zetes dat deze in haar aangepaste offerte enkele beperkte verduidelijkingen aanbracht aan de informatie die reeds was opgenomen in haar oorspronkelijke offerte. Deze verduidelijkingen hebben onder meer betrekking op het gegeven dat bepaalde procedures voor de wijziging van de verantwoordelijke voor een kat die waren opgenomen in haar offerte niet van toepassing zijn omdat de registratie voor katten slechts elektronisch zal

‡BHBKCAEC-BCIAAIV‡

gebeuren terwijl in de offerte ook werkwijzen waren opgenomen voor de aanpassing van niet-elektronische registraties van katten. Ze hebben ook betrekking op een verduidelijking omtrent de door het bestek opgelegde termijn waarbinnen alle gegevens worden bewaard, en voor het overige wordt ook uitdrukkelijk verduidelijkt voor sommige opties dat deze gratis ter beschikking zijn, dan wel betalend.

Er moet worden vastgesteld dat deze verduidelijkingen op het eerste gezicht geenszins als wijzigingen of aanvullingen van de oorspronkelijke offerte mogen worden beschouwd. De nv Zetes heeft overigens ook geen nieuw offerteformulier ingediend.

De verzoekende partij is van mening dat haar dezelfde kans diende te worden geboden om onduidelijkheden in haar offerte te verhelderen. Betreffende de eerste onduidelijkheid in haar offerte waar zij naar verwijst, namelijk de optie van de aflevering van een PVC-kaart voor geregistreerde katten, wordt er in het gunningsverslag van uitgegaan dat deze optie in de offerte van de verzoekende partij “ofwel voor iedereen ofwel voor niemand” dient te worden gekozen. Er blijkt nergens uit het gunningsverslag dat de concessieverlenende overheid aldus van oordeel was dat de offerte op dit punt te onduidelijk was om beoordeeld te kunnen worden. De verzoekende partij betwist deze interpretatie, die werd opgenomen in het gunningsverslag, ook niet. Er valt dan ook niet in te zien waarom aan de verzoekende partij de kans diende te worden geboden om hieromtrent nog verduidelijking te verschaffen.

Voorts meent de verzoekende partij dat zij nadere toelichting had moeten kunnen geven omtrent de beveiliging tegen fraude en namaak van de documenten die in haar offerte waren vervat. Daarbij valt op te merken dat de concessieverlenende overheid wel degelijk acht geslagen heeft op de informatie opgenomen onder hoofdstuk 10.1.4 van de offerte van de verzoekende partij, zoals blijkt uit punt 2 van het gunningsverslag (gevraagde documenten). De concessieverlenende overheid heeft echter vastgesteld dat ondanks de informatie omtrent de digitale ondertekening van de e-mailberichten, er geen informatie was opgenomen

in de offerte omtrent de beveiliging van de definitieve identificatiecertificaten. De concessieverlenende overheid is aldus van oordeel dat de digitale ondertekening van de e-mailberichten niet gelijk te stellen valt met een beveiliging van de definitieve identificatiecertificaten. Dit wordt door de verzoekende partij op zich ook niet tegengesproken, laat staan dat zij met een technische argumentatie uiteenzet waarom de digitale ondertekening van de e-mailberichten eveneens een beveiliging inhoudt van de definitieve identificatiecertificaten. Het is dan ook niet aan de Raad van State om in een spoedprocedure als de onderhavige, een dergelijk onderzoek te verrichten mocht hij daartoe al bij machte zijn zonder deskundig advies.

9.2. De verwerende en de tussenkommende partij ontzeggen overigens de verzoekende partij belang bij het middel. Zij geven daartoe een berekening van de scores in de veronderstelling dat de offerte van de verzoekende partij zou zijn aangepast en deze op het betrokken gunningscriterium “technische kwaliteit” in dat geval de hoogst mogelijke score had verkregen. Uit die berekeningen blijkt dat ook dan nog de offerte van de gekozen inschrijver eerste zou zijn geklasseerd. Ter terechtzitting spreekt de verzoekende partij deze berekening niet tegen maar beperkt zich ertoe te stellen dat bij het indienen van een verbeterde offerte de scores anders hadden kunnen zijn. Hiervoor is echter vastgesteld dat dergelijke verbetering niet verplicht leek. Het belang van de verzoekende partij bij het middel staat bijgevolg niet vast.

9.3. Het eerste middel wordt niet aanvaard, het lijkt niet ontvankelijk, minstens is het niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

10. De verzoekende partij voert de schending aan van:

“De formele motiveringsplicht zoals vastgelegd in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen en van de materiële motiveringsplicht en de zorgvuldigheidsplicht als algemene beginselen van behoorlijk bestuur;

Doordat de verwerende partij in haar motivering stelt dat de verzoekende partij in haar offerte geen informatie heeft opgenomen betreffende de beveiliging van documenten en doordat de verwerende partij enkel rekening houdt met de technische kwaliteit van de vrije optie (PVC-)kaart;

Terwijl de offerte van de verzoekende partij wel bepalingen bevat betreffende de beveiliging van documenten zodat de motivering materieel onjuiste feiten bevat en terwijl de verwerende partij alle aspecten van de vrije optie (zowel technische kwaliteit als de prijs) zou moeten beoordelen, schendt de verwerende partij de materiële motiveringsplicht, de formele motiveringsplicht en de zorgvuldigheidsplicht.”

De verzoekende partij betoogt in de toelichting bij dit middel dat zij op bladzijde 46 van haar offerte uitdrukkelijk heeft verwezen naar hoofdstuk 10.1.4 voor de voorstellen voor beveiliging van de documenten en bewijzen tegen fraude en namaak. In dit hoofdstuk wordt nauwkeurig toegelicht hoe de beveiliging aan de hand van een digitale ondertekening wordt gegarandeerd.

De verzoekende partij doet in ondergeschikte orde gelden dat het bestek zelf niet duidelijk is geweest over de vereisten inzake de beveiliging van documenten. De technische bepaling terzake is niet duidelijk en bovendien niet dezelfde bij het perceel honden als bij het perceel katten waardoor het voor de verzoekende partij onmogelijk te achterhalen was wat precies werd verwacht inzake de beveiliging van de te gebruiken bewijzen. Bij gebrek aan een duidelijke omschrijving mag van een zorgvuldig bestuur worden verwacht dat de inschrijver de kans wordt geboden om bijkomende toelichting te geven en eventueel een aangepaste offerte in te dienen.

De beoordeling van het gunningscriterium “prijs” is evenmin zorgvuldig gebeurd aangezien enkel rekening werd gehouden met de eenheidsprijs van de registratie van een kat, terwijl de verwerende partij ook rekening had moeten houden met de prijs voor de PVC-kaart. Door de PVC-kaart mee te beoordelen bij het gunningscriterium “Beveiliging tegen fraude en namaak” zonder de prijs van de kaart eveneens te beoordelen bij het gunningscriterium “prijs”, werd onzorgvuldig gehandeld.

Beoordeling

11. Met de verwerende partij moet worden vastgesteld dat het middel voor zover het betrekking heeft op een schending van de motiveringsverplichtingen, op het eerste gezicht zo moet worden begrepen dat ook een schending van de materiële motiveringsplicht wordt aangevoerd, aangezien de verzoekende partij in essentie aanvoert dat de opgenomen motivering in de feiten niet correct is. De verzoekende partij brengt in haar middel geen enkele argumentatie aan waarom de motivering die werd opgenomen in het gunningsverslag haar niet in staat stelde om met kennis van zaken te oordelen of het zin had zich in rechte te verweren tegen de bestreden beslissing. Het middel is aldus niet ernstig voor zover daarin een schending van de formele motiveringsverplichting wordt aangevoerd.

12.1.1. Betreffende het subsubcriterium “voorstellen voor beveiliging van de documenten en bewijzen tegen fraude en namaak en eventueel voorbeeld van identificatiebewijs in plastic/papier” met weging 8 %, verwijst de verzoekende partij op bladzijde 46 van haar offerte naar hoofdstuk 10.1.4 van haar offerte.

Onder hoofdstuk 10.1.4 van haar offerte geeft de verzoekende partij weer:

“10.1.4 Beveiliging van de e-mails

Alle verzonden e-mails worden ondertekend aan de hand van de S/MIME-technologie.

Dankzij deze digitale ondertekening kan niet alleen de herkomst van de

e-mail gegarandeerd worden, maar wordt deze ook beschermd tegen elke niet-toegestane wijziging opdat hij ongeschonden toekomt bij de bestemming van de e-mail.

Voor deze functiemogelijkheid zullen we de certificaten 'PersonalSign 2 Departement' van de onderneming GlobalSign gebruiken."

Bij de beoordeling in de bijlage van het gunningsverslag van het betrokken subsubcriterium wordt voor de offerte van de verzoekende partij vermeld:

"Geen info over de beveiliging van de definitieve identificatiecertificaten."

12.1.2. De verzoekende partij krijgt voor dit subsubcriterium alsnog een score van 4% of de helft van de toe te bedelen punten voor dit criterium.

Bij de offerte van de tussenkomende partij wordt vermeld:

"Certificaat op PDF met 2D-barcode met daarin gegevens van de kat en verantwoordelijke. Deze info is beveiligd met een digitale handtekening. De info in de barcode kan geupload worden. Vervolgens geeft Zetes aan of deze info authentiek is."

De tussenkomende partij krijgt voor dit subsubcriterium een score van 8%, dit is het maximum van de toe te kennen punten op dit criterium.

12.1.3. De verzoekende partij lijkt geen belang te hebben bij dit middelonderdeel, aangezien, zelfs indien haar voor dit subsubcriterium de maximale score van 8% zou zijn toegekend (8% van 40 punten = 3,2 punten), de rangschikking van de offertes niet lijkt te wijzigen: het verschil bedraagt immers $(100 - 78,92 =) 21,08$ punten.

12.1.4. Voorts blijkt uit de offerte van de verzoekende partij dat bij registratie van een kat door een dierenarts, via het invullen van een elektronisch formulier, er na validatie automatisch via elektronische weg een definitief registratiecertificaat naar de verantwoordelijke van de kat wordt gestuurd. Op het eerste gezicht wordt in de offerte echter niet omschreven onder welke

‡BHBKCAEC-BCIAAIV‡

bestandsvorm dit certificaat elektronisch wordt verstuurd en lijkt ook niet te worden verduidelijkt hoe dit certificaat zelf beveiligd zal worden tegen fraude of namaak. De verzoekende partij heeft in haar offerte weliswaar aangegeven dat het e-mailbericht waarmee het certificaat verstuurd zal worden, beveiligd wordt met een elektronische handtekening aan de hand van de S/MIME-technologie. In de offerte van de nv Zetes lijkt daarbij een onderscheid te worden gemaakt tussen het e-mailbericht waarmee het registratiedocument als bijlage wordt verstuurd enerzijds en het registratiedocument zelf dat als een pdf-bestand bij de mail wordt gevoegd en waarop een 2D-barcode is aangebracht die kan worden geüpload, waarna de nv Zetes kan aangeven of deze authentiek is.

De verzoekende partij verduidelijkt in haar verzoekschrift niet dat de informatie die zij in haar offerte gaf omtrent de digitale ondertekening van de e-mailberichten die zij zal versturen in ieder geval te beschouwen is als informatie omtrent de beveiliging van het definitieve registratiecertificaat zelf.

De verzoekende partij toont bijgevolg op het eerste gezicht niet aan dat de aanbestedende overheid haar beslissing op feitelijk vlak niet correct motiveerde door te stellen dat er geen informatie werd gegeven over de beveiliging van de definitieve registratiecertificaten, noch lijkt hieruit te moeten worden afgeleid dat de aanbestedende overheid onzorgvuldig tewerk zou zijn gegaan bij het onderzoek en de beoordeling van de offertes.

12.2. Betreffende de in ondergeschikte orde aangedragen kritiek van de verzoekende partij dat het bestek onduidelijk zou geweest zijn over de vereisten inzake beveiliging van documenten moet worden vastgesteld dat in het concessiebestek in de technische bepalingen omtrent de gegevens voor katten (perceel 2) wordt bepaald:

“De identificatiebewijzen die de concessiehouder zich bereid verklaart te gebruiken voor het beheer van het centrale register, moeten conform zijn aan de regelgeving inzake de identificatie en registratie van katten en voorafgaand aan het van start gaan van de concessie voor akkoord worden voorgelegd aan de concessieverlener. Optioneel kan de inschrijver een prijs

opgeven in zijn offerte voor het voorzien van een identificatiebewijs in plastic/papier voor de verantwoordelijke van een kat.

[...]

Rekening houdend met de wettelijke vereisten zal de concessiehouder bij voorkeur bij zijn offerte een voorstel voegen voor beveiliging tegen namaak en fraude van de te gebruiken bewijzen (stuk 3).”

Deze bepaling lijkt echter op het eerste gezicht in ieder geval samen te moeten worden genomen met de overige bepalingen van het concessiebestek, en meer in het bijzonder de omschrijving van de gunningscriteria waar zoals reeds aangegeven, één van de subsubcriteria van het kwalitatieve gunningscriterium als volgt wordt omschreven:

“voorstellen voor beveiliging van de documenten en bewijzen tegen fraude en namaak en eventueel voorbeeld van identificatiebewijs in plastic/papier.”

Het lijkt dan ook duidelijk dat van de inschrijvers werd verwacht dat zij in hun offerte een voorstel zouden doen voor de beveiliging van de betrokken documenten en bewijzen tegen fraude en namaak. Dat de aanbestedende overheid daarbij ook de definitieve identificatiebewijzen op het oog had, lijkt voldoende evident gelet op het voorwerp van de concessie en het feit dat hier in de omschrijving van het gunningscriterium uitdrukkelijk naar wordt verwezen. Voorts blijkt hieruit dat de aanbestedende overheid, zoals de verwerende partij stelt in haar nota, het aan de inschrijvers liet om zelf een beveiligingsmethode aan te brengen. De verzoekende partij maakt geenszins aannemelijk dat deze vereiste voor een professionele inschrijver onvoldoende duidelijk zou zijn geweest. Overigens heeft de verzoekende partij hieromtrent geen enkele vraag gesteld aan de aanbestedende overheid bij de voorbereiding van haar offerte, zodat zij nu ook bezwaarlijk lijkt te mogen doen gelden dat dit vereiste niet duidelijk was.

12.3. Ten aanzien van de beoordeling van het gunningscriterium “prijs” moet worden opgemerkt dat het concessiebestek het criterium als volgt omschrijft:

“cijfer toegekend aan het criterium ‘prijs voor de registratie van een kat (60 punten)

Elke offerte krijgt een waardering die gelijk is aan het resultaat van de volgende formule:

$$\text{Prijs kat} = 100\% - 100\% \times \frac{(\text{prijs} - \text{laagste prijs})}{\text{Gemiddelde prijs}}$$

.”

In het concessiebestek lijkt aldus niet bepaald dat de prijs van de opties zoals de betrokken PVC-kaart mee in de prijsformule zou worden opgenomen.

De verzoekende partij is van oordeel dat indien de overheid er voor kiest een optie mee te nemen in de beoordeling van de technische kwaliteit van een offerte de prijs van deze optie ook moet worden meegenomen in de vergelijking van de prijs van de offerte. Op het eerste gezicht moet worden vastgesteld dat bij de beoordeling van de kwaliteit van de offertes slechts eenmaal melding wordt gemaakt van de door de inschrijvers voorgestelde opties, namelijk bij de beoordeling van het criterium “voorstellen voor beveiliging van de documenten en bewijzen tegen fraude en namaak en eventueel voorbeeld van identificatiebewijs in plastic/papier”. Op het eerste gezicht lijken de opties echter niet te zijn betrokken in de toegekende waardering voor dit kwalitatieve criterium, minstens lijken ze niet te hebben geleid tot een verschillende waardering van de beide offertes voor beveiliging van de documenten en bewijzen tegen fraude en namaak bij de beoordeling van het perceel katten.

In die zin lijkt de verzoekende partij dan ook niet te mogen worden gevolgd in haar redenering en toont zij geen schending van de zorgvuldigheidsplicht aan, noch van de materiële motiveringsplicht.

13. Het tweede middel is deels niet ontvankelijk, minstens in zijn geheel niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

14. De verzoekende partij voert de schending aan van:

“artikel 33 van de Grondwet en van de beslissing van de Vlaamse regering van 8 juli 2016 betreffende de delegatie van de gunning en de uitvoering van de concessie aan de secretaris-generaal van het departement Leefmilieu, Natuur en Energie

Doordat de algemeen directeur [P.V.S.] de gemotiveerde gunningsbeslissing heeft ondertekend;

Terwijl alleen de secretaris-generaal van het departement Leefmilieu, Natuur en Energie bevoegd was om de bestreden beslissing te nemen.”

In de toelichting bij het middel wijst de verzoekende partij er op dat bij beslissing van 8 juli 2016 van de Vlaamse regering het bestek werd goedgekeurd en beslist werd de toewijzing en de uitvoering van de concessie te delegeren aan de secretaris-generaal van het departement Leefmilieu, Natuur en Energie. De secretaris-generaal mocht naar mening van de verzoekende partij de hem toegewezen bevoegdheid niet verder delegeren aan de algemeen directeur. In ieder geval is de opdracht van de secretaris-generaal aan de algemeen directeur om in zijn naam de toewijzingsbeslissing te ondertekenen niet tegenwerpelijk aan de verzoekende partij wegens gebrek aan bekendmaking.

Beoordeling

15. De te dezen bestreden beslissing van 1 december 2016 voor de toewijzing van de concessie werd ondertekend door P.V.S., Algemeen directeur, “in opdracht van” de secretaris-generaal van het Departement Leefmilieu, Natuur en Energie van het Vlaams Gewest.

Bij beslissing van 8 juli 2016 van de Vlaamse regering werd aan de secretaris-generaal van het departement Leefmilieu, Natuur en Energie de “gunning en uitvoering van de concessie” gedelegeerd.

Voorts bepaalt artikel 1 van het besluit van 1 december 2014 van het hoofd van het departement Leefmilieu, Natuur en Energie houdende sub-delegatie van beslissingsbevoegdheid bij tijdelijke afwezigheid of verhindering, bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 13 februari 2015:

“Artikel 1. In uitvoering van de artikelen 19 tot en met 21 van het besluit van de Vlaamse Regering van 10 oktober 2003 tot regeling van de delegatie van beslissingsbevoegdheden aan de hoofden van de departementen van de Vlaamse ministeries worden - bij tijdelijke afwezigheid of verhindering van het hoofd van het departement - de delegaties verleend aan het hoofd van het departement, met uitzondering van de delegaties opgenomen in Hoofdstuk III, gesubdelegeerd aan de heer [P.V.S.], algemeen directeur.”

Ter terechtzitting bevraagd over deze bepaling, heeft de verzoekende partij daarbij geen opmerkingen laten gelden.

Gelet op de hiervoor aangehaalde delegatieregeling lijkt P.V.S. op het eerste gezicht bevoegd te zijn om de beslissing tot toewijzing van de concessie te ondertekenen, in afwezigheid van de secretaris-generaal van het Departement Leefmilieu, Natuur en Energie van het Vlaams Gewest.

16. Het derde middel is niet ernstig.

IX. Besluit en kosten

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

18. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en van artikel 67 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 het de door haar gevorderde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Zetes tot tussenkomst 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 een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 17 januari 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest