

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 237.998 van 25 april 2017
in de zaak A. 221.830/XII-8349**

In zake: de NV CEBIR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Johan Joos en Sam Voet
kantoor houdend te 1831 Diegem
De Kleetlaan 12A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Binnenlandse Zaken
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe, Leopold Schellekens en Cilia
Mathieu
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 april 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de niet gedateerde beslissing ‘gemotiveerde beslissing bis’ van de Federale Politie, bezorgd per brief van 20 maart 2017, waarbij werd beslist om aan [de nv Cebir] een overheidsopdracht niet te gunnen met als voorwerp ‘leveringen voor de duur van vier (4) jaar betreffende het aanschaffen van het gebruiksrecht, de installatie, de ingebruikstelling en het onderhoud van een geïnformatiseerde testbatterij om de potentialiteit te meten in het kader van de selectie van de personeelsleden van de geïntegreerde politie’, en de opdracht te gunnen aan de firma ‘HUDSON’, volgens de open offerteaanvraag met bestek nummer ‘Procurement 2017 R3 008’”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 april 2017, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Sam Voet, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Leopold Schellekens en Cilia Mathieu, die *loco* advocaat David D’Hooghe verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 overheidsopdracht voor leveringen uit voor “het aanschaffen van een gebruiksrecht, de installatie, de ingebruikstelling en het onderhoud van een geïnformatiseerde testbatterij om de potentialiteit te meten in het kader van de selectie van de personeelsleden van de geïntegreerde politie”. De gunningswijze is de open offerteaanvraag.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 245.932,60 euro, btw inbegrepen.

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

3.3. Het bijzonder bestek '2017 R3 008' is van toepassing op deze opdracht.

De opdracht bestaat uit zeven posten waarbij de eerste vier posten telkens een testbatterij betreffen respectievelijk voor de niveaus A, B, C en D.

Het bestek voorziet in de toetsing van de offertes aan de hand van gunningscriteria die zijn onderverdeeld in drie rangen, waarbij een gunningscriterium van rang 1 bestaat uit subcriteria van rang 2, die op hun beurt uit subsubcriteria van rang 3 bestaan.

De gunningscriteria van rang 1 zijn: prijs 40 punten, kwaliteit van het voorgestelde product 35 punten en informaticastructuur 25 punten.

3.4. Op 21 oktober 2016 vindt een informatievergadering plaats met kandidaat-inschrijvers.

3.5. Op 18 november 2016 worden de offertes geopend. Er zijn twee inschrijvers die een offerte te hebben ingediend, namelijk de nv Cebir, dit is de huidige verzoekende partij, en de nv Hudson, dit is de uiteindelijk gekozen inschrijver.

3.6. Op 23 december 2016 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv Hudson.

De verzoekende partij stelt op 6 januari 2017 bij de Raad van State een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in tegen de tenuitvoerlegging van deze beslissing. Deze procedure is gekend onder het rolnummer A. 221.155/XII-8291.

Op 20 januari 2017 beslist de verwerende partij om de gunningsbeslissing in te trekken waarna de Raad van State met een arrest nr. 237.257 van 2 februari 2017 de vordering verwerpt.

3.7. Op 13 maart 2017 wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld. Beide inschrijvers worden geselecteerd en hun offertes worden regelmatig bevonden. Vervolgens worden de beide offertes getoetst aan de hand van de gunningscriteria.

De offerte van de nv Hudson komt als eerste naar voren met een totaalscore van 62,82 op 100. De offerte van de verzoekende partij wordt tweede gerangschikt met 57,44 punten. Er wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Hudson.

3.8. Op 17 maart 2017 beslist de verwerende partij, de motieven van het gunningsverslag daarbij hernemend, om de opdracht te gunnen aan de nv Hudson.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. De verzoekende partij legt ter terechtzitting een bijkomend stuk neer ter adstructie van haar tweede middel.

Op het eerste gezicht lijkt het dat de gegevens van dit stuk de verzoekende partij reeds bekend waren dan wel konden zijn op het ogenblik van het indienen van de vordering. Om die reden wordt het stuk uit het debat geweerd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

6.1. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift de schending aan van de artikelen 5, tweede lid, en 25 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van het bestek nr. 2017 R3 008, namelijk artikel 16 ‘Gunningscriteria’ alsook van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.

De verzoekende partij vat het middel zelf als volgt samen:

“Doordat de Verwerende partij in de bestreden beslissing verschillende gunningscriteria foutief heeft afgetoetst, namelijk door, eerste onderdeel, manifest onjuist te motiveren dat voor de test Numco POL geen realistische voorbeelden zouden zijn opgenomen in de offerte; door, tweede onderdeel, manifest verkeerdelijk te stellen dat voor posten 1-2-3-4 de testen van Verzoekende partij géén rekening zouden houden met de doelgroep bij het meten van de intellectuele capaciteiten; en doordat, derde onderdeel, de Verwerende partij ten onrechte vermeldt in de motiveringsbeslissing dat er

geen specifieke normen zouden zijn voor de beoordeling van de kandidaten per taalgroep; hetgeen leidt tot een lagere quoteringswaarde waardoor de opdracht wordt gegund aan de concurrent in plaats van aan Verzoekende partij;

Terwijl uit de offerte van Verzoekende partij blijkt dat wel degelijk aan alle vereisten van het bestek is voldaan, omdat er wel realistische voorbeelden werden opgenomen voor de test Numco POL, omdat er uit de offerte en bijlage 4.8 bij de offerte wel blijkt dat de testen zich automatisch aanpassen aan de doelgroep ('adaptieve testen') en terwijl duidelijk in de offerte werd aangegeven dat er wel specifieke normen werden ontwikkeld voor de toetsing van de kandidaten per taalgroep;

En terwijl uit artikelen 5, tweede lid (de gelijke behandeling der kandidaten), en 25 van de Overheidsopdrachtenwet alsook uit het '*patere legem*' beginsel volgt dat wanneer de aanbestedende overheid beslist de opdracht te plaatsen bij offerteaanvraag, deze dient te worden gegund aan de inschrijver die de regelmatigste offerte heeft ingediend die de economisch voordeligste is vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, rekening houdende met een afstemming van de gunningscriteria zoals aangegeven in de opdrachtdocumenten, waarbij de aanbestedende overheid moet uitgaan van een correcte feitenvinding en haar onderzoek op een zorgvuldige en correcte wijze dient te voeren; daar waar de Verwerende partij zich *in casu* bezondigt aan het uitvoeren van een bijzonder onzorgvuldig onderzoek en onzorgvuldige feitenvinding, wat er toe leidt dat de gunningscriteria niet worden getoetst zoals aangegeven in het bestek;

Zodat de bestreden beslissing genomen is met de schending van [de] artikelen 5 (gelijke behandeling der kandidaten), tweede lid en 25 van de Overheidsopdrachtenwet, de bepalingen van het Bestek nr. 2017 R3 008 (meer bepaald artikel 16, 'Gunningscriteria') alsook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het beginsel '*patere legem quam ipse fecisti*', het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel."

In het eerste middelonderdeel bekritiseert de verzoekende partij de beoordeling van het rang 3 subsubcriterium 16.2.1.2. 'Aard van de voorgestelde testen en de items' te quoteren op 4 punten. Hierbij wordt de door haar voorgestelde 'Numco POL'-test beoordeeld als zijnde "géén realistisch vb". Volgens de verzoekende partij is deze test wel degelijk een realistisch voorbeeld van een werksituatie en werd er onmiskenbaar een foute beoordeling begaan. Er moest haar bij de beoordeling een meer-score van 0,67 punten zijn toegekend. Er wordt niet gemotiveerd waarom het voorbeeld van de verzoekende partij niet realistisch zou zijn en dat van de nv Hudson wel.

In het tweede middelonderdeel bekritiseert de verzoekende partij de beoordeling van het rang 2 subcriterium 16.2.2. ‘Meting van de intellectuele capaciteiten’ te quoteren op 14 punten. Uit haar offerte blijkt, zo stelt zij, onmiskenbaar dat er testen worden aangeboden aangepast aan het niveau van de kandidaat. Er wordt enerzijds voor alle doelgroepen, voor alle posten, een adaptieve test, namelijk ‘Intel A1’ aangeboden die zich automatisch aanpast en daarnaast zijn er klassieke testen die perfect aangepast zijn aan de doelgroepen. Het was ook mogelijk om de testen zo aan te bieden en de aanbestedende overheid heeft dat op de informatievergadering zelf gezegd; dit betekent dat beide opties gelijkwaardig zijn. De verzoekende partij merkt op dat zij zeer duidelijk in haar offerte heeft toegelicht waarom de testen volledig voldoen aan hetgeen gevraagd is in de aanbestedingsdocumenten en aangepast zijn per doelgroep. De verzoekende partij kon er dus gerust op vertrouwen dat zij, gelet op het *patere legem*-beginsel, alle punten zou scoren op de testen die worden aangeboden. Niets is echter minder waar, nu de verwerende partij op alle posten van het betrokken gunningscriterium minder punten heeft gekregen dan de gekozen inschrijver, omdat “de testen qua inhoud geen rekening houden met de doelgroep”. Deze motivering is in strijd met de gegevens van de offerte. Indien de verwerende partij zorgvuldig zou zijn geweest bij de beoordeling van de offertes zou de verzoekende partij op elke van de vier batterijposten 9/9 hebben gescoord, hetgeen een totale meer-score betekent van 6 punten.

In het derde middelonderdeel bekritiseert de verzoekende partij de beoordeling van het rang 3 subsubcriterium 16.2.1.4. ‘Normen en referentiepopulatie (t-scores et stanines) met gemiddelde en standaardafwijking’ te quoteren op 4 punten. De verzoekende partij krijgt 4/36, omgerekend 0,44/4, “omdat er geen specifieke normen voor een taalregime zouden zijn op een steekproef op 100 personen”. De verzoekende partij heeft, zo stelt zij, in de offerte toegelicht op welke wetenschappelijke grond de normen voor de taalgroepen zijn samengesteld. Hieruit blijkt duidelijk dat er effectief separate vergelijkingsnormen zijn voor de taalgroepen, maar dat uit een wetenschappelijke vergelijking blijkt dat kandidaten uit beide taalgroepen een identieke score halen op de numerieke testen. De verzoekende partij heeft dus het referentiekader van beide groepen bij elkaar gevoegd, om tot een grotere en meer betrouwbare referentiepool te komen. Het spreekt voor zich dat dit precies de kwaliteit van de vergelijking van een kandidaat

met de gemiddelden en met de normen sterk ten goede komt. De verzoekende partij heeft volgens haar dit zeer grondig toegelicht, ook bij de respectieve posten zelf. De score voor de verzoekende partij van 4/36 is niet wettig verantwoord.

6.2. In haar nota doet de verwerende partij in de eerste plaats gelden dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het eerste en het derde middelonderdeel nu deze betrekking hebben op respectievelijk een meer-score van 0,67 punten en 2,67 punten. Het puntenverschil van 5,38 kan enkel worden overbrugd indien het tweede middelonderdeel ernstig zou worden bevonden aangezien dit tot een meer-score van 6 punten zou kunnen leiden. Om deze reden begint de verwerende partij de weerlegging van de middelonderdelen met de weerlegging van het tweede middelonderdeel.

Wat het tweede middelonderdeel betreft, in het bijzonder nopens de kritiek inzake de adaptieve test, wijst de verwerende partij erop dat deze zich aanpast aan het niveau van de kandidaat, maar geen rekening houdt met het niveau van de doelgroep. De verzoekende partij beweert volgens de verwerende partij het tegendeel ook niet in haar verzoekschrift. Integendeel geeft zij aan dat enkel de klassieke testen inhoudelijk zeer goed zijn aangepast aan de doelgroepen. De verzoekende partij beperkt zich tot de stelling dat de adaptieve test beantwoordt aan de technische specificaties omdat het een test is die zich aanpast, zonder meer. Bij ontstentenis aan meerwaarde, leverde deze test conform de toegepaste evaluatiemethode dan ook terecht een score op van “0” punten. In de bestreden gunningsbeslissing werd terecht geoordeeld dat de offerte van de verzoekende partij voldoet aan de technische specificaties. Het is onjuist te stellen dat de door verzoekende partij aangeboden oplossing zou zijn afgestraft.

Ook wat de klassieke testen betreft, wijst de verwerende partij erop dat het feit dat deze voldoen aan de technische specificaties, niet betekent dat ook een grotere meer-score had moeten worden toegekend dan de meer-score die in de bestreden beslissing werd toegekend. Wel integendeel zo stelt zij. Ook al biedt de verzoekende partij testen aan met normen die verschillen qua doelgroep, zijn een aantal van deze testen inhoudelijk volledig hetzelfde voor verschillende doelgroepen. Dit verantwoordt geen meer-score, vermits een test vooral aangepast is aan een bepaalde doelgroep, indien de inhoud van die test specifiek is voor deze

doelgroep en verschilt van de inhoud van de test van een andere doelgroep. Het volstaat dus niet dat een test met eenzelfde inhoud voor de verschillende doelgroepen een norm heeft die verschilt qua doelgroep. Dit betreft immers niet de inhoud van de test zelf, maar wel de manier van scoren van de testresultaten en valt dan ook onder een ander afzonderlijk gunningscriterium, namelijk het subcriterium “normen en referentiepopulatie”. De verwerende partij licht dit vervolgens nader toe per voorgestelde test en wijst erop dat deze testen punten hebben gekregen in de mate dat hun inhoud aangepast was aan de specifieke doelgroep en verschilde van andere doelgroepen. De stelling van de verzoekende partij als zou zij voor elk niveau de maximumscore hebben moeten krijgen, houdt dus geen steek. De in de bestreden beslissing toegekende scores zijn integendeel juist en gegrond op correcte feiten.

Wat het eerste middelonderdeel betreft, doet de verwerende partij gelden dat de door de verzoekende partij voorgestelde ‘Numco POL’-test beoogt cijferreeksen te herkennen die verschillend zijn, die in de omgekeerde volgorde zijn opgegeven, enzovoort. Het is dus eerder een observatietest waarbij de kandidaten gelijkenissen en verschillen moeten opsporen, zonder dat gevraagd wordt cijfergegevens te analyseren of bepaalde conclusies te trekken. Zodoende peilt de test niet echt naar het vermogen om te redeneren met cijfers, terwijl de test hiervoor was opgegeven. De omstandigheid dat de cijfers zijn opgenomen in de format van een nummerplaat doet geen afbreuk aan het voorgaande en heeft ook niet tot gevolg dat het door de verzoekende partij opgegeven voorbeeld realistisch zou zijn. Het format als nummerplaat biedt immers geen enkele meerwaarde. Hieruit volgt dat de verwerende partij terecht heeft geoordeeld dat de in de ‘Numco POL’-test gebruikte voorbeelden niet realistisch zijn, zodat zij hiervoor geen meerwaarde heeft toegekend.

Ook wat het derde middelonderdeel betreft, doet de verwerende partij gelden dat de verzoekende partij ten onrechte beweert dat door het samenvoegen van het referentiekader van beide groepen – Nederlandstaligen en Franstaligen – tot een grotere en meer betrouwbare referentiepool kan worden gekomen en dat het om een meerwaarde gaat. Het komt aan de verwerende partij toe en niet aan de verzoekende partij om te bepalen wat als meerwaarde wordt ervaren.

Beoordeling

7. Wat de ontvankelijkheid van het middel betreft, dient met de verwerende partij te worden vastgesteld – ter terechtzitting betwist de verzoekende partij na interpellatie dit overigens niet – dat, gelet op het verschil tussen de als eerste gerangschikte offerte van de gekozen inschrijver en deze van de verzoekende partij, namelijk 5,38 punten, de verzoekende partij geen belang heeft bij het eerste en derde middelonderdeel, zo het tweede middelonderdeel niet ernstig is. Het is dan ook passend om de beoordeling van de ernst van het middel te beginnen bij het tweede middelonderdeel.

Ook mag worden opgemerkt dat de verzoekende partij de beoordelingsmethodiek, waarbij volgens de bestreden beslissing slechts punten worden toegekend aan de offerte die meer voorstelt dan wat het bestek vereist en het dus meerwaarden zijn die worden beloond, niet in vraag stelt.

Wat de ernst van het tweede middelonderdeel betreft, dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat de verzoekende partij blijkens het verzoekschrift haar grieven richt tegen de beweerde motivering in de bestreden beslissing “dat voor posten 1-2-3-4 de testen van verzoekende partij géén rekening zouden houden met de doelgroep bij het meten van de intellectuele capaciteiten”.

Een dergelijk radicaal geformuleerd motief blijkt evenwel niet voor te komen in de bestreden beslissing zelf. Er wordt vermeld:

“Post 1: [...]

CEBIR

De firma voldoet aan de technische specificaties.

De samenstelling bestaat uit Intel A1, CRT POL AB en ITG POL.

Eén van deze testen is gemeenschappelijk voor alle posten (Intel A1). Deze test houdt dus qua inhoud geen rekening met de doelgroep.

De twee andere testen zijn gemeenschappelijk aan post 2 maar verschillend van de posten 3 en 4. Beide testen houden bijgevolg enkel gedeeltelijk rekening qua inhoud met de doelgroep aangezien ze gemeenschappelijk zijn aan post 2, maar verschillend van posten 3 en 4.

4/9 → 1,33/3

[...]

Post 2 [...]

CEBIR

De firma voldoet aan de technische specificaties.

De samenstelling bestaat uit Intel A1, CRT POL AB en ITG POL.

Eén van deze testen is gemeenschappelijk voor alle posten (Intel A1). Deze test houdt dus qua inhoud geen rekening met de doelgroep.

De twee andere testen zijn gemeenschappelijk aan post 1 maar verschillend van de posten 3 en 4. Beide testen houden bijgevolg enkel gedeeltelijk rekening qua inhoud met de doelgroep aangezien ze gemeenschappelijk zijn aan post 2, maar verschillend van posten 3 en 4.

4/9 → 1,33/3

[...]

Post 3 [...]

CEBIR

De firma voldoet aan de technische specificaties.

De samenstelling bestaat uit Intel A1, CRT POL C en NUMCO POL.

Intel A1 is gemeenschappelijk voor alle posten. Deze test houdt dus qua inhoud geen rekening met de doelgroep.

CRT POL C verschilt van posten 1, 2 en 4 en is bijgevolg specifiek voor de doelgroep qua inhoud.

NUMCO POL is gemeenschappelijk aan post 4, maar verschillend van de posten 1 en 2. Deze test houdt bijgevolg enkel gedeeltelijk rekening qua inhoud met de doelgroep aangezien deze gemeenschappelijk is aan post 4, maar verschillend van posten 1 en 2.

5/9 → 1,67/3

[...]

Post 4 [...]

CEBIR

De firma voldoet aan de technische specificaties.

De samenstelling bestaat uit Intel A1, CRT POL D en NUMCO POL.

Intel A1 is gemeenschappelijk voor alle posten. Deze test houdt dus qua inhoud geen rekening met de doelgroep.

CRT POL D verschilt van posten 1, 2 en 3 en is bijgevolg specifiek voor de doelgroep qua inhoud.

NUMCO POL is gemeenschappelijk aan post 3, maar verschillend van de posten 1 en 2. Deze test houdt bijgevolg enkel gedeeltelijk rekening qua inhoud met de doelgroep aangezien deze gemeenschappelijk is aan post 3, maar verschillend van posten 1 en 2.

5/9 → 1,67/3.”

De verwerende partij komt aldus, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij hier wil doen uitschijnen, niet zomaar tot een gelijkkluidend besluit ten aanzien van alle testen voor alle posten dat “de testen van verzoekende partij géén rekening zouden houden met de doelgroep”. De verwerende partij blijft daarentegen voor elke post alle door de verzoekende partij aangeboden testen

individueel te hebben onderzocht en daaromtrent telkens tot een individuele beoordeling te zijn gekomen. Het tweede middelonderdeel lijkt aldus een kritiek uit te maken op een motivering die als dusdanig niet in de bestreden beslissing is opgenomen. In die mate mist het middelonderdeel reeds op het eerste gezicht feitelijke grondslag en de nodige pertinentie, en dient het dan ook als niet ernstig te worden verworpen.

In het tweede middelonderdeel maakt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de aan haar offerte toegekende puntenscores kennelijk te laag of niet in overeenstemming met de woordelijke motieven zouden zijn. De vaststellingen in het gunningsverslag lijken bovendien *prima facie* wel degelijk te stroken met het aangeboden in de offerte van de verzoekende partij. Daarbij kan worden verwezen naar het pertinente inhoudelijke verweer van de verwerende partij in de nota en ter terechtzitting ten aanzien van zowel de adaptieve als klassieke testen die de verzoekende partij voorstelt in haar offerte.

Ook dient nog te worden opgemerkt dat, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij doet gelden, het loutere feit dat zij een besteksconforme offerte indiende, op zich niet van die aard lijkt te zijn dat de verzoekende partij er bijgevolg zonder meer van mocht uitgaan dat zij “alle punten zou scoren” voor de aangeboden testen; in acht genomen de beoordelingsmethodiek, waartegen de verzoekende partij, het weze herhaald, geen bezwaar uitbrengt, gegeven dat zij uitdrukkelijk ter terechtzitting liet opmerken, lijkt het tegendeel waar.

De, zo lijkt, nieuwe invullingen van het middel die de verzoekende partij ter terechtzitting doet gelden, dat de aanbestedingsdocumenten volgens haar niet zouden vereisen dat de testen aangepast dienen te zijn per doelgroep én dat de verwerende partij naar de betrouwbaarheid van de testen had moeten kijken en niet naar de aangepastheid aan de doelgroep, hadden reeds in het verzoekschrift pertinent kunnen worden ontwikkeld en zijn om die reden alleen reeds niet ontvankelijk.

Het tweede middelonderdeel dient gelet op het voorgaande als niet ernstig te worden verworpen.

Nu het tweede middelonderdeel niet als ernstig werd aanvaard, dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij, zoals reeds opgemerkt, geen belang heeft bij het eventuele ernstig bevinden van het eerste en derde middelonderdeel.

Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 5, eerste lid, van de voormelde wat van 15 juni 2006, van de gelijke behandeling der kandidaten, van de artikelen 4, 5°, 5, 6°, en 29 van de voormelde wet van 17 juni 2013, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij vat het middel zelf als volgt samen:

“Doordat de bestreden beslissing bepaalt dat op alle punten van het bestek beide partijen een score ‘0’ verdienen omdat de offertes van beide concurrenten voldoen aan de bepalingen van het bestek, en er daarom punten worden toegekend aan bijkomende meerwaarden in de offertes om het onderscheid te maken tussen de ingediende offertes, maar de Verwerende partij in de bestreden beslissing zeer veel meerwaardepunten van de offerte van Verzoekende partij niet mee betreft in de beoordeling waardoor er geen volledige, transparante objectieve beoordeling gebeurt tussen de offertes;

Terwijl uit artikel 5, eerste lid, van de Overheidsopdrachtenwet volgt dat de kandidaten op een objectieve en gelijke manier moeten worden behandeld;

En terwijl uit de artikelen 4, 5 en 29 van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de Motiveringswet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel volgt dat een gunningsbeslissing niet alleen zorgvuldig moet worden voorbereid en formeel gemotiveerd moet zijn, maar daarenboven de draagkrachtige juridische en feitelijke overwegingen dient te bevatten op grond waarvan deze beslissing werd genomen.

Zodat de bestreden beslissing het artikel 5, eerste lid, van de Overheidsopdrachtenwet (de gelijke behandeling der kandidaten), de artikelen 4, 5 en 29 van de Rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de Motiveringswet, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het motiverings-, en zorgvuldigheidsbeginsel schendt.”

Vervolgens geeft de verzoekende partij overheen drie bladzijden een “waslijst van meerwaarden die spelen in [haar] voordeel” en die volgens haar in de vergelijking van de offertes hadden moeten worden betrokken:

- “- TASC is een schelp programma, waarbij de Verwerende partij kan eigen inhoud kan inbouwen;
- De federale politie maakt gebruik van een videotest, een test die Verzoekende partij in het verleden heeft ingebouwd voor de federale politie. Het verdere gratis gebruik van deze test is inbegrepen in de offerte van Verzoekende partij;
- De gemaakte normgroepen zijn slechts een eerste voorstel van Verzoekende partij. Zowel de naamgeving, als de inhoud/groepsverdeling van de politiespecifieke normen kunnen volledig op maat worden gemaakt (blz. 9 technische specificaties, stuk 4);
- frequentietabel is beschikbaar --> 26 normsystemen beschikbaar (blz. 69 technische specificaties, stuk 4);
- TASC laat toe om data te importeren, te exporteren, statistisch te verwerken en eigen normen te creëren (blz. 55 technische specificaties, stuk 4);
- Verzoekende partij kan Verwerende partij ondersteunen bij het uitvoeren van eigen analyses op de data van Verzoekende partij, of Verzoekende partij kan dit onderzoek uitvoeren op vraag van Verwerende partij en Verzoekende partij kan instaan voor het leveren nieuwe normen of analyseverslagen. Het onderzoek op de data en het ontwikkelen van nieuwe normen maken eveneens deel uit van de dienstverlening (blz. 55 technische specificaties, stuk 4);
- Verzoekende partij is graag bereid om een maatwerkvariant van de rapportering in samenwerking met de Federale Politie uit te werken (blz. 58 - 59 technische specificaties, stuk 4);
- De voortgang van kandidaten kan live gevolgd worden tijdens de testsessie (blz. 65 technische specificaties, stuk 4);
- met de BOUW-module van TASC heeft de gebruiker de mogelijkheid om zelf bedrijfseigen tests aan te maken en uit te voeren. Alle testmodaliteiten die voorkomen bij de test van Verzoekende partij zijn beschikbaar voor de gebruiker (blz. 73 technische specificaties, stuk 4);
- met behulp van de STATISTIEK-module van het TASC-pakket beschikt de gebruiker over een aantal wetenschappelijke programma's, waarmee onder meer de volgende taken uitgevoerd kunnen worden: Met de wetenschappelijke programma's heeft men dus de mogelijkheid om test

- van Verzoekende partij of nieuwe tests naar hun waarde te schatten (blz. 73 technische specificaties, stuk 4);
- weging: het laten uitvoeren van een weging is nuttig om een rangorde aan te brengen tussen kandidaten op basis van hun geleverde prestaties (blz. 73 technische specificaties, stuk 4);
- een import-functie in TASC van externe antwoorden is mogelijkheid (blz. 77 technische specificaties, stuk 4);
- een testpost zal bij verlies van netwerkconnectie gewoon verder werken. De kandidaat zal zijn volledige testsessie kunnen beëindigen zonder storing (blz. 80 technische specificaties, stuk 4);
- het systeem laat niet toe dat de kandidaat toegang krijgt tot schermen die geen betrekking hebben op de voor hem lopende test of opdracht. Zo zal het testprogramma de 'Tasklist' onder Windows uitschakelen. <ALT+TAB> functionaliteit is tevens uitgeschakeld zodat de kandidaat niet naar andere applicaties kan gaan (blz. 80 technische specificaties, stuk 4);
- Het testsysteem TASC met de voorgestelde tests en rapportering is reeds beschikbaar in de vorm zoals beschreven in deze offerte. Bijkomende ontwikkelingen of wijzigingen kunnen steeds aangevraagd worden door de Federale Politie, zoals bvb. het voorzien van specifieke rapportering in het Duits (blz. 82 technische specificaties, stuk 4);
- Verzoekende partij voorziet opleiding in de gebouwen van de Federale politie of in de lokalen van Verzoekende partij of op afstand via call conference. Er zijn geen beperkingen met betrekking tot het aantal cursisten (blz. 83 technische specificaties, stuk 4);
- een jaarlijkse opfrissingscursus kan eveneens of vraag worden verstrekt cursisten (blz. 83 technische specificaties, stuk 4)."

De bestreden beslissing bewaart volgens de verzoekende partij het stilzwijgen omtrent deze punten en bevat geen motivering waarom sommige punten al dan niet een meer-score opleveren. Dit maakt het voor de verzoekende partij grotendeels niet mogelijk om te oordelen of te controleren of er al dan niet rekening gehouden werd met de voormelde essentiële elementen van de offerte, terwijl het bestek echter een toets vooropstelde aan uitgebreid uitgewerkte (sub)gunningscriteria en terwijl verzoekende partij precies op grond van deze bepalingen van het bestek haar offerte op maat heeft opgemaakt. Het is van cruciaal belang, zo vervolgt zij, gelet op de aard van de procedure – open offerteaanvraag – om alle elementen van de offerte te toetsen aan het bestek, om te kunnen besluiten welke offerte de meest voordelige is. Dit klemmt des te meer nu blijkt dat het verschil in punten tussen de kandidaten uiterst gering is en een correcte weging en motivering van alle (sub)gunningscriteria mogelijk een andere uitkomst had gegeven, waardoor de opdracht mogelijk door de verzoekende partij zou zijn gewonnen. De gegeven motivering volstaat heel duidelijk niet om de

beslissing te schragen, en bewijst alleen maar dat de verwerende partij bijzonder onzorgvuldig tewerk is gegaan. De verzoekende partij kan zich niet van de indruk ontdoen dat er met twee maten en gewichten wordt gewerkt ten voordele van de nv Hudson. Beide kandidaten werden volgens haar niet gelijk behandeld doordat de meerwaarden van de verzoekende partij werden genegeerd en klaarblijkelijk niet werden vergeleken met die van de concurrent, hetgeen resulteert in een lagere score van de verzoekende partij ten opzichte van de concurrent.

Beoordeling

9. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van het tweede middel onder meer omdat de in het middel opgesomde elementen niet worden gekoppeld aan het bestek en ook niet worden betrokken op specifiek aangewezen gunningscriteria.

De Raad van State kan in een kort geding en *a fortiori* in een kortgeding bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts een beperkt onderzoek wijden aan ontvankelijkheidsexcepties. Een verzoekende partij kan er zich immers minder behoorlijk tegen in bescherming nemen dan in de procedure ten gronde. Daarom past het dat dergelijke excepties in een kort geding eerder worden verworpen dan aanvaard, tenzij indien een beperkt onderzoek zou uitwijzen dat zij reeds *prima facie* een hoge graad van ernst vertonen.

Het middel bestaat in zijn kern uit – zoals de verzoekende partij het zelf noemt – “een waslijst” overheen drie bladzijden “van meerwaarden die spelen in [haar] voordeel” en die volgens haar in de vergelijking van de offertes hadden moeten worden betrokken. Ter terechtzitting voegt zij er nog aan toe dat het om een “niet-limitatieve” lijst zou gaan; zij gaat hierbij nader in op het element inzake de videotesten, doch komt – na vraag inzake de koppeling van dit element aan de gunningscriteria – daarbij niet verder dan dat dit “gelinkt zou kunnen worden aan diverse gunningscriteria”.

De verzoekende partij laat zowel in haar verzoekschrift als – zo dit al tijdig zou zijn – ter terechtzitting geheel na om deze lijst van “meerwaarden” zelf *in concreto* te koppelen aan de in het bestek opgenomen en toepasselijke

gunningscriteria. Evenmin zet de verzoekende partij uiteen hoe de verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing de aangehaalde elementen *in concreto* in de toetsing van de offertes aan de hand van de gunningscriteria had moeten betrekken.

Het komt niet de Raad toe om die oefening in de plaats van de verzoekende partij te doen en op grond van een niet-limitatieve opsomming van feitelijke elementen uit de offerte van de verzoekende partij – die overigens vaak zonder enige duiding in telegramstijl worden aangebracht – zelf een middel te construeren ten aanzien van de beoordeling van de offertes zoals die hier heeft plaatsgevonden. Die taak behoort immers tot de essentiële stelplicht van een verzoekende partij in een administratief kort geding.

De door de verwerende partij opgeworpen exceptie vertoont aldus de op het eerste gezicht vereiste hoge graad van ernst opdat ze in een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid zou kunnen worden aanvaard. Het middel dient, in de mate dat het louter steunt op voornoemde “waslijst aan meerwaarden”, dan ook te worden verworpen als niet-ontvankelijk bij gebrek aan klare en relevante adstructie.

In de mate dat in het middel nog enkele andere grieven worden opgeworpen, kan daarover nog het volgende worden opgemerkt.

De verzoekende partij kan niet worden bijgevalen waar zij doet gelden dat “de gegeven motivering [...] heel duidelijk niet [volstaat] om de beslissing te schragen”. De in de bestreden beslissing uitgedrukte motieven lijken op het eerste gezicht wel degelijk te volstaan in het licht van de door de verzoekende partij in dit middel ingeroepen formelemotiveringsplicht.

Waar de verzoekende partij nog doet gelden dat zij zich “niet van de indruk [kan] ontdoen dat er met twee maten en gewichten wordt gewerkt ten voordele van de nv Hudson” en dat beide inschrijvers niet gelijk werden behandeld, geldt eveneens dat het aan een verzoekende partij toekomt om dit op enige wijze aannemelijk te maken. Het loutere feit dat aan de offerte van de

verzoekende partij minder punten werden toegekend dan aan deze van de gekozen inschrijver, volstaat alleszins niet om tot een dergelijk besluit te komen.

Het middel wordt verworpen.

VII. Besluit

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

Het is passend de kosten van de vordering en de gevorderde en niet-betwiste rechtsplegingsvergoeding ten belope van 700 euro ten laste van de verzoekende partij te leggen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. 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.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 25 april 2017,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Pierre Barra