

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 238.956 van 17 augustus 2017
in de zaak A. 222.748/XII-8410.**

In zake: LiveOP, besloten vennootschap naar Nederlands recht,
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Chris Schijns en Steven Menten
kantoor houdend te 3600 Genk
Grotestraat 122
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de HULPVERLENINGSZONE CENTRUM (Oost-Vlaanderen)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Devers en John Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 26 juli 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van : “De beslissing van HULPVERLENINGSZONE CENTRUM (OOST-VLAANDEREN) d.d. 05.07.2017, waarbij de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp ‘voorzien van een platform voor gebruik op Mobiele Data Terminals (MDT’s)’, wordt gegund aan bvba ENDARE.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 augustus 2017, om 11 uur.

Kamervoorzitter Geert Debersaques heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Chris Schijns, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat John Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van diensten met als voorwerp “voorzien van een platform voor gebruik op Mobiele Data Terminals (MDT’s)” dat:

- Centraal te beheren is;
- Informatie levert aan bevelvoerders en officieren in de voertuigen, zowel op kaart als in documentvorm (pdf), zowel online als offline;
- Informatie van de meldkamer en bij voorkeur ook onderlinge communicatie kan weergeven;
- Efficiënt, gebruiksvriendelijk en robuust is.

De opdracht wordt gegund bij wijze van de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bestek nr. 900/2017-104-IP-01-MDT.

Punt 2.6.3. “Technische bekwaamheid van de inschrijver - vereiste bewijsstukken (kwalitatieve selectie - selectiecriteria)” stelt het volgende:

“De kandidaat-inschrijver toont zijn technische bekwaamheid aan door het voorleggen van:

-minstens 3 diensten uitgevoerd tijdens de laatste drie jaar aan de publieke- of privaatrechtelijke instanties op het gebied waarop de dienst betrekking heeft:

a) Indien het diensten aan overheden betreft, worden de diensten aangetoond door certificaten die door de bevoegde overheid zijn opgesteld of goedgekeurd;

b) Indien het gaat om diensten aan privaatrechtelijke personen worden de diensten aangetoond door certificaten opgesteld door deze personen of, bij ontstentenis, door een verklaring van de dienstverlener”.

Het bestek voorziet onder punt 2.8 “Gunningscriteria” in de volgende criteria:

Nr.	Inschrijving	Gewicht
1	Kwaliteit	60
	Er wordt nagegaan in welke mate wordt voldaan aan de eisen en extra's van de scope: - Weergave van info van de zonale meldkamer > 8 punten - Werken met geo-informatie > 8 punten - Opzoeken van documenten > 8 punten - Stand-alone apps > 2 punten - Efficiënt applicatie/toestellenbeheer > 5 punten- - Efficiënt gebruikersbeheer > 4 punten - Gebruiksvriendelijkheid > 5 punten - Offline werking > 5 punten - Robuustheid/herstelbaarheid > 5 punten - Voorgesteld toestel > 10 punten (centraal beheersbaar, robuust, mobiel) Dit wordt bepaald op basis van een live demonstratie van het product en de technische beschrijving in de offerte	
2	Prijs	40
	Waarvan 20 punten op de prijs van de pilot, 20 punten op de jaarlijkse licentie/support-kost nadien. Voor de puntentoekenning van deze twee delen van het criterium prijs wordt telkens volgende formule toegepast: Laagste prijs/prijs x 20	

De subgunningscriteria bij het gunningscriterium “kwaliteit” worden in de technische bepalingen van het bestek, inhoudelijk toegelicht.

Punt 4.6 “Prijsopgave” luidt:

“De prijsopgave dient twee onderdelen te bevatten:

1° Allesomvattende kostprijs voor de pilot fase van 6 maand: dit omvat onder andere setupkosten, eventuele licentiekosten, ondersteunings- en opleidingskosten. Dit mag uiteraard opgesplitst worden in deelposten. Hardware- en inbouwkosten zijn voor rekening van de opdrachtgever.

2. Jaarlijkse alles omvattende support en/of licentieprijs voor gebruik van het platform en/of ondersteuning daarbij (SLA). De inschrijver geeft deze jaarprijs op voor gebruik op respectievelijk:

- a. 25 toestellen
- b. 50 toestellen
- c. 100 toestellen”.

De opening van de offertes vindt plaats op 23 mei 2017.

3.3. Drie gegadigden dienen een eerste offerte in, op elektronische wijze, waaronder de verzoekende partij.

Elk van de inschrijvers wordt uitgenodigd tot verdere onderhandelingen. Per inschrijver wordt, luidens het gunningsverslag, een sessie georganiseerd “waarin de inschrijver o.a. zijn offerte kon voorstellen en toelichten in de hoofdkazerne van de Hulpverleningszone Centrum”. Voor de verzoekende partij gebeurde dit volgens het gunningsverslag op 22 juni 2017.

3.4. “Op basis van de commentaren gegeven tijdens de toelichting van de offerte, de vragenlijst en de aanvullende technische en functionele informatie” (gunningsverslag), wordt luidens het gunningsverslag aan de inschrijvers gevraagd een BAFO in te dienen, uiterlijk op 29 juni 2017.

Elk van de inschrijvers dient tijdig een BAFO in op papier.

3.5. Op 5 juli 2017 wordt het gunningsverslag opgemaakt.

Punt 3 bepaalt:

“3. SELECTIE VAN DE INSCHRIJVERS

3.1. INLICHTINGEN EN DOCUMENTEN INZAKE TOEGANGSRECHT EN KWALITATIEVE SELECTIE

De leverancier mag zich niet bevinden in één van de uitsluitingstoestanden van artikel 61,§1 en 2 van het KB Plaatsing. Door loutere deelname aan de gunningsprocedure verklaart de kandidaat/inschrijver zich niet te bevinden in één of meerdere van onderstaande uitsluitingstoestanden,

De inschrijver dient in zijn offerte volgende documenten toe te voegen:

[...]

G. De kandidaat-inschrijver toont zijn technische bekwaamheid aan door het voorleggen van:

- minstens 3 diensten uitgevoerd tijdens de laatste drie jaar aan de publieke- of privaatrechtelijke instanties op het gebied waarop de dienst betrekking heeft:

a) indien het diensten aan overheden betreft, worden de diensten aangetoond door certificaten die door de bevoegde overheid zijn opgesteld of goedgekeurd;

b) indien het gaat om diensten aan privaatrechtelijke personen worden de diensten aangetoond door certificaten opgesteld door deze personen of, bij ontstentenis, door een verklaring van de dienstverlener.

3.2. ANALYSE TOEGANGSRECHT en KWALITATIEVE SELECTIE

3.2.1. Vergelijkende tabel

Nr.	inschrijver	A	B	C	D	E	F	G
	Cronos Public Services	OK	OK	OK	OK	OK	OK	OK
	ENDARE	OK	OK	OK	OK	OK	OK	OK
	LiveOP B.V.	OK	OK	OK	OK	OK	OK	OK

3.2.2 Besluit toegangsrecht en kwalitatieve selectie

Alle inschrijvers beantwoorden aan de vereisten van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectie.”

3.6. Inzake de keuze van de contractant, stelt het gunningsverslag:

“6. KEUZE VAN DE CONTRACTANT

6.1. GUNNINGSCRITERIA EN BEOORDELINGSMETHODIEK

Verloop van de onderhandelingen

[...]

De BAFO's werden beoordeeld op basis van volgende gunningscriteria:

‘Prijs pilot (ponderatie 20%)

Regel van drie wordt toegepast.

Prijs SLA (ponderatie 20%)

Regel van drie wordt toegepast.

Kwaliteit (ponderatie 60%)

Waarbij per criterium wordt gescoord naargelang de invulling van de eisen:

- Kwaliteit – Weergave van info van de zonale meldkamer: 8%
- Kwaliteit – Werken met geo-informatie: 8%
- Kwaliteit – Opzoeken van documenten: 8%
- Kwaliteit – Stand-alone apps: 2%
- Kwaliteit – Efficiënt applicatie/toestellenbeheer: 5%
- Kwaliteit – Efficiënt gebruiksbeheer: 4%
- Kwaliteit – Offline werking: 5%
- Kwaliteit – Robuustheid/herstelbaarheid: 5%
- Kwaliteit – Voorgesteld toestel: 10%”.

De analyse van de beoordeling op basis van de gunningscriteria van de ingediende offertes is opgenomen in een evaluatietabel, die integraal deel uitmaakt van het gunningsverslag.

Na beoordeling op basis van de gunningscriteria wordt in het gunningsverslag de BVBA Endare als eerste gerangschikt met een score van 78/100, tegenover 76/100 voor de verzoekende partij die als tweede wordt gerangschikt.

3.7. Op 13 juli 2017 keurt het zonecollege het gunningsverslag van 5 juli 2017 goed en gunt de opdracht aan de BVBA Endare. Het gunningsverslag maakt integraal deel uit van deze beslissing.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Verzoek tot heropening van het debat

4. Na de sluiting van het debat deelt de raadsman van de verzoekende partij bij fax van 11 augustus mee dat wat “de discussie in het eerste middel m.b.t. de SLA [betreft] en waarbij ik ter zitting aangegeven heb dat op aangeven van de verwerende partij het bedrag van 34.000 EUR in de 3 verschillende posten werd ingevuld, doch dat dit bedrag van 34,000 EUR als 1 bedrag voor ongeacht het aantal toestellen diende gelezen te worden”, kan worden verwezen naar een bij die fax gevoegde e-mail tussen de verzoekende partij en de aangestelde van de verwerende partij en die, naar wat de verzoekende partij in voormelde fax betoogt, “ondubbelzinning het standpunt en de bedoeling van de verzoekende partij bij[treedt].” Indien dat, naar de verzoekende partij stelt,

determinerende stuk, geen deel uitmaakt van het administratief dossier, vraagt de verzoekende partij het debat te heropenen.

Beoordeling

5. De betrokken e-mail maakt op het eerste gezicht geen deel uit van het door de verwerende partij neergelegde administratief dossier noch van de door de verzoekende partij bij het verzoekschrift gevoegde overtuigingsstukken. Die enkele omstandigheid motiveert op zich niet het bevelen van een heropening van het debat.

De Raad van State stelt immers vooreerst vast dat de fax van 11 augustus 2017 met de als screenshot bijgevoegde e-mail van 22 mei 2017, dient ter ondersteuning van de eerste grief van het tweede onderdeel van het eerste middel. Luidens de bij de overgelegde e-mail begeleidende fax van de raadsman van de verzoekende partij, treedt volgens de verzoekende partij die e-mail immers “ondubbelzinnig” haar standpunt bij dat zij had aangegeven ter terechtzitting van 10 augustus 2017. Zoals de verzoekende partij aldus zelf reeds doet blijken in haar begeleidende fax, is de in die fax aangehaalde problematiek evenwel op zeer omstandige wijze in het debat betrokken. De gevraagde heropening van het debat strekt er aldus in wezen toe de verzoekende partij alsnog aan de hand van de betrokken e-mail, de gelegenheid te geven om met een nieuw stuk haar standpunt te bewijzen en aldus te repliceren op het standpunt van de verwerende partij en het advies van het auditoraat op de terechtzitting. Een dergelijke wens is geen grond tot heropening van het debat.

Voorts bemerkt de Raad van State dat de verzoekende partij, ook in het raam van de voorliggende procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, in de gelegenheid was om het door de verwerende partij neergelegde administratief dossier voorafgaand aan de terechtzitting - en desgevallend zelfs tijdens de terechtzitting - in te kijken. De verzoekende partij heeft overigens van die laatste mogelijkheid gebruik gemaakt. Niets had haar derhalve belet om te verifiëren of de betrokken e-mail wel degelijk deel uitmaakt van het administratief dossier en om - mocht dat niet zo zijn - hem zelf ter terechtzitting neer te leggen, dan wel ter terechtzitting de overlegging ervan te vragen. De verzoekende partij doet aldus niet

‡BHIRPAAAA-BDAFBEV‡

blijken dat zij het nodige heeft gedaan om het stuk tijdig - dat is voor de sluiting van het debat - naar voor te brengen, minstens zet zij niet uiteen dat zij de betrokken e-mail pas heeft ontdekt tijdens het beraad, dan wel pas na de sluiting van het debat in de mogelijkheid was de betrokken e-mail voor te brengen.

Tot slot blijkt uit de behandeling van de eerste grief van het tweede onderdeel van het eerste middel (*infra*, punt 16), dat het door de verzoekende partij thans overgelegde nieuw stuk niet van overwegend belang is en in die mate een invloed heeft op de zaak dat het de uitspraak kan beïnvloeden, nu de Raad van State ook in de hypothese die de verzoekende partij in de voormelde fax voorstaat en die zoals is gesteld reeds het voorwerp is geweest van het debat, tot het besluit komt dat zij geen belang heeft bij de aangevoerde grief.

6. Uit wat voorafgaat volgt dat het verzoek tot heropening van het debat wordt afgewezen.

Het bij het verzoek gevoegde stuk wordt niet in het beraad betrokken.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

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

VI. Schorsingsvoorwaarden

8. 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.

9. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ 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.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

10. In het eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, artikel 107 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, artikel 4, eerste lid, 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’, de materiële motiveringsplicht

juncto de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel en de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheids-, het redelijkheids- en het rechtszekerheidsbeginsel, “doordat de in het bestek opgenomen gunningscriteria onzorgvuldig werden opgesteld zodat zij aan de verwerende partij de mogelijkheid geven om deze naar eigen goeddunken te interpreteren, aan te vullen, toe te passen en zelfs wezenlijk te wijzigen” en ‘doordat de gehanteerde beoordelingsmethodiek voor meerdere subgunningscriteria niet tot een correcte, redelijk geproportioneerde puntenspreiding leidt. De gehanteerde beoordelingsmethode heeft geleid tot een omkering in de rangschikking. Ingevolge de gehanteerde disproportionele beoordelingsmethode werd de opdracht niet gegund aan de verzoekende partij als tweede economisch meest voordelige inschrijver”.

In wat in de huidige stand van het geding kan worden beschouwd als een eerste onderdeel, voert de verzoekende partij aan dat noch tijdens de oplijsting van de (sub)-gunningscriteria in het bestek, noch naar aanleiding van de in te dienen BAFO, de verwerende partij heeft uiteengezet op welke wijze de quoterings zou geschieden. De verzoekende partij betoogt dat de subgunningscriteria, in het bijzonder met betrekking tot het gunningscriterium “kwaliteit”, nietszeggend en vaag zijn. Zij leidt daaruit af dat de subgunningscriteria niet transparant en zorgvuldig zijn opgesteld, dat die leemte een cruciale impact heeft op de vergelijking van de offertes en dat bijgevolg niet wordt voldaan aan de vereiste dat alle (sub)-gunningscriteria duidelijk geformuleerd zijn, zodanig dat elke redelijk geïnformeerde inschrijver in staat is deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren.

In wat in de huidige stand van het geding kan worden beschouwd als een tweede onderdeel, betoogt de verzoekende partij in essentie dat het subgunningscriterium “prijs SLA (ponderatie 20%)” en het subgunningscriterium “Efficiënt applicatie/toestelbeheer” naar aanleiding van de beoordeling wezenlijk werden gewijzigd. Met betrekking tot de prijsopgave van de SLA, zet zij uiteen dat het bestek voorziet in een opdeling in drie verschillende “staffels” van gebruikersaantallen, namelijk 25, 50 en 100. In de beoordeling wordt enkel uitgegaan van een bestelling van jaarlijks 25 toestellen en de thans in het bestek

‡BHIRPCAAA-BDAFBEV‡

gevraagde bestellingen van respectievelijk 50 en 100 toestellen worden niet mee in rekening genomen. Die wijziging is volgens de verzoekende partij een wezenlijke wijziging. Volgens de verzoekende partij zouden op basis van het in het bestek gevraagde ook de opties voor 50 en 100 jaarlijkse afname moeten worden meegenomen in de beoordeling, alsook in de quoterings, wat niet het geval is geweest. Door de opties voor 50 en 100 jaarlijkse afname niet mee te nemen in de beoordeling, ontstaat er een vertekend beeld ten voordele van de gekozen inschrijver en is de vergelijking niet objectief. De motivering dienaangaande in het gunningsverslag werd aan de inschrijvers nooit eerder meegedeeld en zou bovendien nietszeggend zijn. Als gevolg van die wezenlijke wijziging, kreeg de verzoekende partij slechts een quoterings van 5/20 terwijl de gegunde inschrijver een quoterings van 20/20 kreeg. Met betrekking tot het subgunningscriterium “Efficiënt applicatie/toestelbeheer” stelt de verzoekende partij dat een MDM (Mobile Device Management) oplossing nooit werd gevraagd in het bestek en als dusdanig niet mag worden beoordeeld of bevoordeeld. Zij voegt toe dat voor de door haar aangereikte oplossing separate MDM-software niet is vereist en dat alle in het bestek gevraagde handelingen met de eigen en in de prijs inbegrepen software worden opgelost. De verzoekende partij is dan ook van mening dat zij minstens hetzelfde aantal punten had moeten toegekend krijgen als de andere leveranciers.

In wat in de huidige stand van het geding kan worden beschouwd als een derde onderdeel, betoogt de verzoekende partij dat bij de subgunningscriteria “weergave van info van de zonale meldkamer”, “efficiënt gebruikersbeheer” en “voorgesteld toestel”, de verwerende partij bepaalde objectieve sterke punten van de verzoekende partij die werden voorgesteld in de offerte en de mondelinge toelichting, bewust heeft weggelaten uit de beoordeling waardoor de beoordeling niet steunt op een correcte feitenvinding. Met betrekking tot het subgunningscriterium “weergave van info van de zonale meldkamer” werd volgens de verzoekende partij bij de beoordeling van de offerte van de NV Cronos Public Services vermeld dat het tevens mogelijk is om ingave van status te doen middels de app, terwijl deze mogelijkheid, hoewel aanwezig, in de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij niet werd besproken.

Met betrekking tot het subgunningscriterium “efficiënt gebruikersbeheer” wordt in de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij meegenomen dat het inloggen op verschillende toestellen met dezelfde gebruiker “vermoedelijk niet” mogelijk is, terwijl dat bij de offerte van de gekozen inschrijver ontegensprekelijk wel mogelijk zou zijn. Zulks zou wijzen op een onzorgvuldige voorbereiding van de verwerende partij op de mondelinge voorstelling van de offerte - deze onduidelijkheid werd tijdens het gesprek van 22 juni 2017 niet uitgevraagd - en bovendien in de feiten worden tegengesproken.

De verzoekende partij stelt tot slot met betrekking tot het subgunningscriterium “voorgesteld toestel”, “geschokt” te zijn door haar quotering van 7/10 tegenover 10/10 voor de gekozen inschrijver nu het door haar aangeboden toestel voldoet aan alle in het bestek gestelde voorwaarden, hetgeen niet als dusdanig wordt benoemd bij de beoordeling en in het geval van de gekozen inschrijver lijkt te zijn beloond met extra punten. Aangezien er geen noemenswaardig verschil zou zijn tussen haar aanbod en dat van de gekozen inschrijver, komt het verschil in punten de verzoekende partij voor als onjuist.

De verzoekende partij besluit dat er sprake is van favoritisme ten voordele van de gekozen inschrijver. Volgens haar had “een correcte beoordeling van de offerte van de verzoekende partij [...] een heel andere puntenscore opgeleverd. Sterker nog, de opdracht zou aan de verzoekende partij worden gegund wegens economisch de meest voordelige regelmatige offerte”.

Beoordeling

Eerste onderdeel

11. Op het eerste gezicht betreft de grief in het eerste onderdeel kritiek op het bestek. De verzoekende partij betoogt immers dat de subgunningscriteria - in het bijzonder het gunningcriterium “kwaliteit” - niet zouden toelaten de economisch meest voordelige inschrijver te kiezen op een transparante wijze en zonder de gelijkheid onder de inschrijvers in het gedrang te brengen.

12. In het bestek is onder het kopje “Vorm en inhoud van de offerte” bepaald dat “gegadigden worden verzocht om fouten of leemten, die zij ontdekken in de opdrachtdocumenten, zo spoedig mogelijk en uiterlijk 10 dagen vóór de uiterste indieningsdatum van de offertes schriftelijk te melden aan de aanbestedende overheid”.

De door de verzoekende partij thans aangevoerde onregelmatigheid betreft op het eerste gezicht een dergelijke fout of leemte in het opdrachtdocument.

Uit de gegevens van de zaak blijkt niet dat de verzoekende partij, ondanks de voormelde besteksbepaling, voorafgaandelijk aan de indiening van haar offerte de aanbestedende overheid zou hebben bevraagd of gemeld in verband met het aangeklaagde gebrek. Evenmin zet zij thans in haar verzoekschrift uiteen waarom zij belet zou zijn geweest zulks te doen. Een toelichting ter zake ter terechtzitting vermag hieraan niet te verhelpen.

Voor zover de voorgaande vaststelling op zich al niet de ernst van het betoog van de verzoekende partij bezwaart, bemerkt de Raad van State dat de verzoekende partij in haar grief bovendien volledig abstractie maakt van de omstandige toelichting die het bestek geeft van de subgunningscriteria van het gunningscriterium “kwaliteit” en mist haar grief zodoende op het eerste gezicht de nodige concrete onderbouwing om in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid te overtuigen van de *quasi* absolute keuzevrijheid die de verzoekende partij de verwerende partij verwijt.

13. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

Exceptie wat de kritiek betreft inzake het subgunningscriterium “Prijs SLA”

14. In zoverre het tweede onderdeel van het middel betrekking heeft op de prijs SLA betwist de verwerende partij de ontvankelijkheid van het onderdeel omdat de gebeurlijke ernst ervan niet kan leiden tot een gewijzigde

‡BHIRPAAAA-BDAFBEV‡

rangschikking in het voordeel van de verzoekende partij. De verzoekende partij is als tweede gerangschikt met een score van 76/100, hetgeen twee punten minder is dan de gekozen inschrijver (78/100). Op het criterium “Prijs SLA” verkrijgt de gekozen inschrijver 20/20 en de verzoekende partij 5/20. Indien de prijsopgaves van de drie inschrijvers voor gebruik op 25 toestellen, 50 toestellen en 100 toestellen bij elkaar worden opgeteld en vervolgens gedeeld door drie, dan blijft de prijs van de gekozen inschrijver de beste prijs (20/20). Ingevolge de regel van drie zou de verzoekende partij dan 5,54/20 punten halen ($28.263/102.000 \times 2$). Het onderdeel zou aldus slechts kunnen leiden tot een meerscore van 0,54 punten, wat er niet toe kan leiden dat de verzoekende partij als eerste wordt gerangschikt.

De verzoekende partij betwist ter terechtzitting deze berekeningswijze. Zij doet gelden dat, volgens haar op aangeven van de verwerende partij, zij het bedrag van 34.000 euro in de drie verschillende posten heeft ingevuld, en dat het bedrag van 34.000 euro als één bedrag moet worden gelezen, ongeacht het aantal toestellen (25, 50 of 100). Volgens haar mag dan ook enkel met dat eenheidsbedrag rekening worden gehouden hetgeen de verwerende partij volgens haar niet doet.

15. Uit de gegevens van de zaak blijkt dat de verzoekende partij in haar offerte, als jaarprijs voor het gebruik van het platform en/of ondersteuning daarbij (SLA) op 25 toestellen, 34.000 euro excl. BTW opgeeft als eenheidsprijs, op 50 toestellen hetzelfde bedrag en op 100 toestellen ook. De gekozen inschrijver heeft respectievelijk als eenheidsprijzen vermeld 7.821 euro voor het gebruik op 25 toestellen, 9.021 euro voor het gebruik op 50 toestellen en 11.421 euro voor het gebruik op 100 toestellen. Indien, zoals de verwerende partij stelt, de prijsopgaves van de drie inschrijvers voor gebruik op 25 toestellen, 50 toestellen en 100 toestellen bij elkaar worden opgeteld en daarop de regel van drie wordt toepast, blijft de prijs van de gekozen inschrijver een score opleveren van 20/20 tegenover 5,54/20 voor de verzoekende partij. De eerste grief van het tweede onderdeel van het middel kan in zoverre dus slechts een meerscore opleveren van 0,54 punten ($28.263/102.000 \times 20$).

De verzoekende partij beperkt zich wat deze kritiek op de exceptie betreft tot het standpunt dat volgens haar, ongeacht het aantal toestellen

‡BHIRPAAAA-BDAFBEV‡

waarop het platform wordt gebruikt en/of ondersteund, het bedrag van 34.000 euro als één bedrag moet worden gelezen, en dat daarom de vergelijkingsmethode - die uitgaat van de optelsom van de (verschillende-) jaarprijzen voor de drie “staffels” - die de verwerende partij hanteert niet mag worden gebruikt. Concreet, naar de Raad van State heeft begrepen, bedraagt volgens de verzoekende partij de (vaste) jaarprijs 34.000 euro voor het gebruik, ongeacht of het platform wordt gebruikt op 25, dan wel op 50 toestellen of op 100 toestellen.

16. De exceptie van de verwerende partij gaat uit van de vergelijking van de optelsom van de drie opgegeven jaarprijzen van beide inschrijvers (28.263 (7.821 + 9.021 + 11.421) versus 102.000 (3 x 34.000)). Op grond van die berekening kan het ernstig bevinden van de grief, enkel aanleiding geven tot een meerscore van 0,54 punten wat niet kan leiden tot een rangschikking van de verzoekende partij als eerste.

De kritiek ter terechtzitting van de verzoekende partij op die berekeningswijze leidt niet tot de conclusie dat het ernstig bevinden van de grief, de rangschikking van de verzoekende partij beïnvloedt. Aangenomen dat de verzoekende partij terecht zou betogen dat het bedrag van 34.000 euro dat in de drie verschillende posten is ingevuld, als een bedrag voor ongeacht het aantal toestellen dient te worden gelezen - en dus niet mag worden samengeteld - gaat het immers niet op de door de verzoekende partij gekozen parameter (namelijk haar eenheidsprijs die een vaste jaarprijs (34.000 euro excl. BTW) is ongeacht de samenstelling (25, 50 of 100) van de staffel)) te vergelijken met de optelsom van de verschillende eenheidsprijzen voor de jaarprijs van de gekozen inschrijver. Die optelsom van die jaarprijzen (28.263 euro, zijnde de som van 7.821 (staffel 25) + 9.021 (staffel 50) + 11.427 (staffel 100)) is immers van een andere aard en staat, in tegenstelling tot de vaste prijs van de verzoekende partij, niet voor de eenheidsprijs die de gekozen inschrijver heeft opgegeven. Die is immers een variabele prijs, die varieert naargelang de staffel 25, 50 of 100 toestellen bevat. Beide parameters zijn op het eerste gezicht niet met elkaar vergelijkbaar, nu enerzijds de verzoekende partij een vaste prijs aanbiedt ongeacht het gebruik en de gekozen inschrijver een variabele prijs aanbiedt die oploopt naargelang het gebruik ervan op het aantal toestellen. Met haar kritiek maakt de verzoekende partij aldus op het eerste gezicht

niet aannemelijk dat de berekeningswijze die de verwerende partij hanteert, onjuist zou zijn of niet relevant zou zijn.

Te dezen bemerkt de Raad van State dat, om in de hypothese die de verzoekende partij ter terechtzitting voorstond, beide prijsopgaven vergelijkbaar te maken - hetgeen de verzoekende partij aldus niet doet - de “vaste prijs” die de verzoekende partij (34.000 euro excl. BTW) hanteert, moet worden vergeleken, niet met de optelsom van de opgegeven jaarprijzen die immers niet de jaarprijs ongeacht het gebruik reflecteert, maar met de gemiddelde jaarprijs die de gekozen inschrijver hanteert voor het gebruik van het platform. Die gemiddelde prijs is dan immers vergelijkbaar met verzoekers vaste prijs nu die ook de eenheidsprijs reflecteert ongeacht het aantal toestellen waarop het platform wordt gebruikt. Ook in die hypothese bemerkt de Raad van State dat een vergelijking van de gemiddelde jaarprijs van de gekozen inschrijver (9.412 euro) versus de (vaste) jaarprijs van 34.000 van de verzoekende partij, hoogstens tot een meerscore zal kunnen leiden van 0,54 euro.

Uit wat voorafgaat volgt dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat de door de verwerende partij gekozen berekening ter adstructie van haar exceptie, niet correct noch relevant is, noch maakt zij aannemelijk dat een vergelijking tussen vergelijkbare parameters of bedragen leidt tot een meerscore die voldoende zou zijn om als eerste gerangschikt te worden.

17. In de huidige stand van het geding is de eerste grief van het tweede onderdeel niet ontvankelijk bij gebrek aan belang.

Wat de kritiek betreft inzake het subgunningscriterium “efficiënt applicatie/toestellenbeheer”

18. De verzoekende partij merkt op het eerste gezicht terecht op dat zij in haar quoterings is gesanctioneerd om reden dat de zogenoemde MDM-software niet is inbegrepen in de aanbidding, terwijl de beide andere inschrijvers dit wel hebben aangeboden. De verzoekende partij kreeg hierdoor een score van 3/5, de andere inschrijvers beiden 5/5.

Anders dan hoe de verzoekende partij het ziet, lijkt evenwel die mindere quotering van de offerte van de verzoekende partij geenszins synoniem te staan voor een vermeende niet-conformiteit aan het bestek, maar wel dat het al dan niet mede aanbieden van de MDM-software, min- of meerpunten kan opleveren in de analyse van de economisch meest voordelige inschrijver.

19. Uit de offerte van de verzoekende partij blijkt dat zij onder de hoofding “efficiënt applicatie/toestelbeheer” uitdrukkelijk melding maakt van MDM-software voor de distributie van de applicatie naar de toestellen. Met deze software is het nog volgens haar offerte als organisatie mogelijk om centraal de tablets te beheren. Deze software is uitdrukkelijk niet begrepen in de aanbidding. Uit de offerte blijkt op het eerste gezicht niet dat de backoffice die de verzoekende partij standaard levert, dezelfde oplossing biedt, minstens toont de verzoekende partij zulks onvoldoende aan. Een blote bewering ter zake in het verzoekschrift is niet van die aard tot een andere conclusie te leiden.

De kritiek of beschouwingen van de verzoekende partij geven aldus weliswaar blijk van een eigen feitelijke beoordeling van het betrokken subgunningscriterium, maar die maken op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de verwerende partij in verband met de beoordeling van het betrokken subgunningscriterium tot een conclusie is gekomen die de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid te buiten zou gaan, noch het betrokken subgunningscriterium essentieel te hebben gewijzigd door het mede aanbieden van MDM-software te belonen met een hogere score.

De tweede grief van het tweede onderdeel is niet ernstig.

20. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

Derde onderdeel

Wat de kritiek betreft inzake het subgunningscriterium “weergave van info van de zonale meldkamer”

21. De verwerende partij betwist het belang van de verzoekende partij bij het derde onderdeel.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien het onderdeel ernstig wordt bevonden wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

22. In zoverre de verzoekende partij in het derde onderdeel de bestreden beslissing in de eerste plaats verwijt de mogelijkheid om ingave van status te doen middels de app in haar geval niet te bespreken in het kader van het subgunningscriterium “weergave van info van de zonale meldkamer”, lijkt op het eerste gezicht het determinerende motief voor het niet behalen van de maximale score te zijn verantwoord door het feit dat de door de verzoekende partij aangeboden webapplicatie momenteel nog wordt gebouwd en nog niet in werking is. Zulks lijkt niet te worden betwist door de verzoekende partij. Voorts blijkt de overtuigendheid van de waarde van de mogelijkheid om ingave van status te doen middels de app, ook te volgen uit de bewoordingen van de specifieke motivering bij de punttoekenning aan de derde inschrijver (waarmee de verzoekende partij zich wat deze kritiek betreft, vergelijkt) op dat subvergunningscriterium zelf: “voorzien ook ingave van status, maar dit zit niet in de requirements”.

23. De eerste grief van het derde onderdeel is niet ernstig.

Wat de kritiek betreft inzake het subgunningscriterium “efficiënt gebruikersbeheer”

24. De verwerende partij betwist het belang van de verzoekende partij bij het derde onderdeel.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien het onderdeel ernstig wordt bevonden wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

‡BHIRPAAAA-BDAFBEV‡

25. Wat het subgunningscriterium “efficiënt gebruiksbeheer” betreft, merkt de verzoekende partij terecht op dat zij niet de maximale score heeft gekregen omwille van het “vermoedelijk” niet mogelijk zijn van inloggen op verschillende toestellen met dezelfde login. Op het eerste gezicht betekent het gebruik van “vermoedelijk” dat uit de offerte van de verzoekende partij niet met voldoende zekerheid blijkt of deze mogelijkheid voorhanden is. De verzoekende partij affirmeert in haar verzoekschrift weliswaar dat het “wel degelijk mogelijk [is] om in te loggen op verschillende toestellen met dezelfde gebruiker”, maar zij beperkt zich ter zake tot een blote bewering. Zij slaagt er niet in om, met verwijzing naar een relevante passage uit haar offerte, concreet aannemelijk te maken dat ook haar voorstel toelaat in te loggen op verschillende toestellen met dezelfde gebruiker. In die mate faalt de feitelijke kritiek van de verzoekende partij en lijkt het toegekende punt te steunen op een feitelijk juist en draagkrachtig motief.

26. In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat de verwerende partij zich onvoldoende zorgvuldig heeft voorbereid met betrekking tot de voorstelling van 22 juni 2017 door bij die gelegenheid die onduidelijkheid niet te hebben uitgevraagd, lijkt de zorgvuldigheidsplicht op zich niet in te houden dat de verwerende partij, opdat zij diligent zou handelen, in het bijzonder bij de voorbereiding van die infosessie, elke onduidelijkheid die de verzoekende partij zelf heeft gelaten in haar voorstel, uit te vragen bij de inschrijver. De Raad van State bemerkt dat het in de eerste plaats aan de inschrijver staat om de overheid te overtuigen van zijn aanbod. Het komt derhalve aan de inschrijver toe erover te waken dat hij een duidelijk aanbod doet waarin hij alle onduidelijkheden en hiaten zelf wegzuivert. Hij kan het niet uitklaren van een en ander niet in zijn voordeel ombuigen indien vragen dienaangaande van de zijde van de aanbestedende overheid zouden uitblijven.

Te dezen heeft de verzoekende partij zowel in haar offerte als bij haar voorstelling op 22 juni 2017 verzuimd klaarheid te bieden omtrent de mogelijkheid om op verschillende toestellen in te loggen met dezelfde gebruiker, terwijl haar die mogelijkheid open stond. Zulks klemmt te dezen des meer aangezien - wat niet wordt betwist - uit het gunningsverslag blijkt dat de sessie van 22 juni 2017 waarop de verzoekende partij doelt, de verzoekende partij “o.a. zijn offerte

‡BHIRPAAAA-BDAFBEV‡

kon voorstellen en toelichten in de hoofdkazerne van de Hulpverleningszone Centrum”. De verzoekende partij lijkt aldus voldoende de gelegenheid te hebben gehad om alle mogelijkheden voor te stellen waaronder de thans bekritiseerde mogelijkheid tot gelijktijdige inlogging op meerdere toestellen.

27. De tweede grief van het derde onderdeel is niet ernstig.

Wat de kritiek betreft inzake het subgunningscriterium “voorgesteld toestel”

28. Wat de beoordeling van het subgunningscriterium “voorgesteld toestel” betreft, lijkt op het eerste gezicht het determinerende motief voor de behaalde score van 7/10 te zijn verantwoord op basis van het volgende motief: “Maar: enkel iPad, dus nieuw aan te kopen voor voertuigen en voor meldkamer > hogere kost pilot in de praktijk”. De motivering van dit subgunningscriterium stelt inzake de gekozen inschrijver: “iPad Air 2 wifi [...] maar ook mogelijk om toestellen met andere operating systems te gebruiken”.

De verzoekende partij beperkt zich tot de blote kritiek dat er volgens haar geen noemenswaardig verschil is vast te stellen tussen haar aanbod en dat van de gekozen inschrijver en dat “de beschikbaarheid van eventuele alternatieven [...] geen geldige reden [is] om extra punten toe te kennen, aangezien de beoordeling wordt bepaald aan de hand van de mate waarin het gebodene voldoet aan de eisen van het bestek/tijdens de onderhandelingen”, maar die blote kritiek of beschouwingen geven weliswaar blijk van een eigen feitelijke beoordeling van het betrokken subgunningscriterium, maar maken op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de verwerende partij in verband met de beoordeling van dat subgunningscriterium, tot een conclusie is gekomen die de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid te buiten zou gaan, noch dat zij de eisen zou hebben aangepast of bijgesteld. Voorts bemerkt de Raad van State dat, gelet op de beoordelingsruimte die de verwerende partij heeft inzake het gunningscriterium “kwaliteit”, het enkele feit dat de offerte van de verzoekende partij op dat punt voldoet aan de besteksvoorwaarden, op zich niet betekent dat zij daartoe de maximale score dient te verkrijgen op het betrokken subgunningscriterium.

29. De derde grief van het derde onderdeel is niet ernstig.

Het derde onderdeel is niet ernstig

Conclusie

30. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

31. In het tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van het zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel “doordat de in het bestek opgenomen gunningscriterium ‘Prijs SLA’ (zie BAFO) zowel de licentiekost als de SLA als één geheel aanzien wordt, terwijl de SLA steeds aanpasbaar is”, terwijl volgens de verzoekende partij “alle gunningscriteria op een zorgvuldige wijze dienen opgesteld te worden om zo een objectieve vergelijking van de ingediende offertes mogelijk te maken en terwijl geen enkele bestuurshandeling kennelijk onredelijk mag zijn”.

De verzoekende partij maakt bezwaar tegen het feit dat de licentiekosten en de SLA als één geheel worden gezien en als zodanig worden beoordeeld door de verwerende partij. Tijdens de onderhandelingen zou zijn aangegeven dat het SLA-niveau waarschijnlijk niet op het geëiste niveau zou hoeven te liggen aangezien er in de praktijk nagenoeg geen storingen voorkomen. Door de wijze waarop in het bestek de SLA wordt uitgevraagd, vindt de verzoekende partij dat zij wordt benadeeld, aangezien zij hierdoor verplicht zou worden een hoger niveau, met dito kosten, voor te stellen dan zij nodig acht.

Beoordeling

32. Op het eerste gezicht betreft de grief kritiek op het bestek. De verzoekende partij heeft immers kritiek op het in het bestek opgenomen

gunningscriterium “Prijs SLA” waarin zowel de licentiekost als de SLA als een geheel wordt aanzien, wat haar benadeelt doordat zij aldus wordt verplicht een hoger niveau SLA, met dito kosten te moeten voorstellen dan dat wat zij nodig acht.

33. Zoals reeds bij de behandeling van het eerste onderdeel van het eerste middel is aangehaald, is in het bestek onder het kopje “Vorm en inhoud van de offerte” bepaald dat “gegadigden worden verzocht om fouten of leemten, die zij ontdekken in de opdrachtdocumenten, zo spoedig mogelijk en uiterlijk 10 dagen vóór de uiterste indieningsdatum van de offertes schriftelijk te melden aan de aanbestedende overheid”.

De door de verzoekende partij thans aangevoerde onwettigheid van de besteksbepaling betreft op het eerste gezicht een dergelijke fout of leemte in het opdrachtdocument.

Uit de gegevens van de zaak blijkt niet dat de verzoekende partij, ondanks de voormelde besteksbepaling, voorafgaandelijk aan de indiening van haar offerte de aanbestedende overheid zou hebben bevraagd of gemeld in verband met het aangeklaagde gebrek. Evenmin zet zij thans in haar verzoekschrift uiteen waarom zij belet zou zijn geweest zulks te doen.

34. Voor zover de voorgaande vaststelling op zich al niet de ernst van het betoog van de verzoekende partij bezwaart, bemerkt de Raad van State dat op het eerste gezicht het bestek de verzoekende partij niet zou hebben belet - gelet op het argument dat zij thans ter adstructie van haar kritiek afleidt uit de kwaliteit van haar product dat volgens haar inhoudt dat er in de praktijk nagenoeg geen storingen voorkomen - haar aanbod voor de SLA op die realiteit af te stemmen en de kost in het licht daarvan te begroten.

35. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

36. De verzoekende partij voert in het derde middel de schending aan van artikel 4, eerste lid, 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’, de materiële motiveringsplicht *juncto* de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, het ‘*patere legem quam ipse fecisti*’-beginsel en het zorgvuldigheids- en het rechtszekerheidsbeginsel, “doordat de verwerende partij haar eigen besteksbepalingen niet respecteert, meer in het bijzonder wat betreft de technische bekwaamheid van de inschrijvers zou de verwerende partij de referentielijst van de inschrijvers bij haar beoordeling van de technische bekwaamheid niet betrokken hebben, minstens op onzorgvuldige wijze”. Zij licht toe dat uit het gunningsverslag op geen enkele wijze kan worden afgeleid of de verwerende partij de referentielijst van de inschrijvers bij haar beoordeling van de technische bekwaamheid heeft betrokken, laat staan of zij dat wel op een zorgvuldige wijze heeft gedaan. Bijgevolg zou de verwerende partij haar eigen besteksbepaling hebben geschonden, minstens de op haar rustende formele motiveringsplicht. Inzake de vergelijkende tabel die volgens de verzoekende partij laat uitschijnen dat de gekozen inschrijver ervaring heeft met het delen van functie en techniek in het raam van de voorliggende overheidsopdracht, betwijfelt zij “ten eerste” dat de gekozen inschrijver ter zake over de vereiste ervaring beschikt. Volgens haar beschikt zij “over voldoende marktkennis [...] om te betwijfelen aan het beschikken [door de gekozen inschrijver] over de noodzakelijke kwalitatieve eisen.” De beoordeling van de verwerende partij dat de gekozen inschrijver over de vereiste lijst referenties beschikt, steunt dus alleszins op onjuiste feiten, zodat het bestreden besluit is genomen met schending van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Beoordeling

37. De formelemotiveringsplicht verplicht de administratieve overheid in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat op “afdoende” wijze.

Het afdoend karakter van de motivering betekent dat de motivering pertinent moet zijn, dit wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te maken moet hebben, en dat ze draagkrachtig moet zijn, dit wil zeggen dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen. De belangrijkste bestaansreden van de motiveringsplicht bestaat erin dat de betrokkene in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, opdat de betrokkene met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden

38. De formele motivering vervat in het gunningsverslag dat integraal deel uitmaakt van de bestreden beslissing, en inzonderheid “de analyse toegangsrecht en kwalitatieve selectie” is hiervoor weergegeven (*supra*, punt 3.5). Kolom G betreft het bewijs van de technische bekwaamheid. De vermelding “OK” wat dat selectie criterium betreft laat aan de verzoekende partij toe vast te stellen dat aan die vereiste is voldaan. Dat volstaat in het licht van de geschonden geachte formelemotiveringsplicht. In het raam van een selectie houdt de formelemotiveringsplicht niet in dat de aanbestedende overheid elk detail te kennen geeft voor elk selectie criterium in het licht van elk document zoals door de inschrijvers wordt voorgelegd, hierbij telkenmale de positieve redenen aangevende waarom een kandidatuur niet zou moeten worden verworpen. De enkele omstandigheid dat de verzoekende partij zich niet kan vinden in de gegeven formele motivering, maakt die daarom niet onwettig.

39. In de mate dat de verzoekende partij in dit middel voorts de beoordeling van dit selectie criterium betwist, is de betrokken besteksbepaling hiervoor geciteerd (zie *supra*, punt 3.5). Hieruit blijkt dat een inschrijver, om zijn technische bekwaamheid aan te tonen minstens drie referenties dient voor te leggen die betrekking hebben op diensten “op het gebied waarop de dienst betrekking heeft”, uitgevoerd tijdens de laatste drie jaar. Uit die bepaling volgt dat

‡BHIRPCAAA-BDAFBEV‡

de verwerende partij bij de beoordeling van deze bestekbepaling en derhalve van de voorgelegde referenties, beschikt over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid.

Het komt derhalve aan de Raad van State in het raam van zijn wettigheidscontrole niet toe om desgevraagd zelf een beoordeling te maken van de vraag welke ervaring mag in aanmerking worden genomen en of de gekozen inschrijver al dan niet zijn technische bekwaamheid aantoont door het voorleggen van minstens drie diensten uitgevoerd tijdens de laatste drie jaar “op het gebied waarop de dienst betrekking heeft”. De Raad van State is enkel bevoegd om na te gaan of de overheid hierbij is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan binnen de perken van de redelijkheid tot haar besluit is gekomen.

40. Het eigen standpunt van de verzoekende partij dat enkel referenties mogen in aanmerking worden genomen die betrekking hebben op vergelijkbare opdrachten waar de ‘combinatie’ van het delen van functie en techniek het voorwerp uitmaakte, doet weliswaar blijken van een eigen beoordeling van de in aanmerking te nemen referenties, maar de verzoekende partij maakt in het licht van de ruime invulling die aan de betrokken bestekbepaling mag worden gegeven, niet aannemelijk dat de verwerende partij bij de beoordeling van deze voorwaarde, enkel de door de verzoekende partij voorgestane referenties mag in aanmerking nemen.

Voorts betoogt de verzoekende partij dat zij ten eerste betwijfelt of de gekozen inschrijver over de vereiste ervaring beschikt “inzake de ‘combinatie’ van het delen van functie en techniek”, alsook dat zij “over voldoende marktkennis [beschikt] om te twifelen aan het beschikken van [de gekozen inschrijver] over de noodzakelijke kwalitatieve eisen”, doch zij beperkt zich ter zake tot het geven van haar eigen standpunt. Die eigen feitelijke beoordeling van de vereiste ervaring in hoofdzaak van de gekozen inschrijver doet aldus wel blijken van het feit dat de verzoekende partij ter zake een andere mening is toegedaan dan de verwerende partij, maar de verzoekende partij maakt hiermee *prima facie* niet

aannemelijk dat de verwerende partij bij haar beoordeling van dat selectie criterium, tot een conclusie is gekomen die de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid te buiten gaat.

41. Het derde middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

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

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 zeventien augustus tweeduizend zeventien, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Bart Tettelin,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bart Tettelin

Geert Debersaques