

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 242.362 van 18 september 2018
in de zaak A. 226.042/XII-8605**

In zake: de BVBA G. DE WILDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Devers en John Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partijen:

1. de BVBA GDW-GENT
2. de NV MODERO GERECHTSDEURWAARDERS-
KANTOOR, samen vormend een feitelijke vereniging
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie, Michiel Descheemaeker en Matthias
Castelein
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 31 augustus 2018, strekt tot de
schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van
“[d]e beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Gent

van 16 augustus 2018 met nummer 2018_CBS_09689, waarbij wordt beslist om voor de overheidsopdracht van diensten ‘betreffende door gerechtsdeurwaarders verleende juridische diensten voor debiteurenbeheer met betrekking tot de gedwongen invordering middels dwangbevel of het uitvoeren van ad hoc opdrachten voor verschillende types vorderingen van de Stad Gent, het OCMW Gent en de Hulpverleningszone Centrum (2 percelen) – Gerechtsdeurwaarders 2018’ het perceel 1 van de betreffende opdracht te gunnen aan GDW Gent / Modero Antwerpen, feitelijke vereniging”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 6 september 2018 hebben de bvba GDW-GENT en de nv Modero Gerechtsdeurwaarderskantoor gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 september 2018, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Elke Casteleyn, die *loco* advocaat Bettina Poelemans verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat John Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Sofie Logie, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, 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. De stad Gent schrijft een opdracht uit voor diensten “betreffende door gerechtsdeurwaarders verleende juridische diensten voor debiteurenbeheer met betrekking tot de gedwongen invordering middels dwangbevel of het uitvoeren van ad hoc opdrachten voor verschillende types vorderingen van de Stad Gent, het OCMW Gent en de Hulpverleningszone Centrum”. Daartoe keurt de gemeenteraad op 19 maart 2018 het bestek “Gerechtsdeurwaarder 2018” goed.

In het bestek wordt de opdracht omschreven als een opdracht voor diensten zoals bedoeld in de artikelen 88 en 89 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), te weten als een overheidsopdracht voor sociale en andere specifieke diensten.

De opdracht wordt gegund met een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

De opdracht is onderverdeeld in twee percelen:

- Perceel 1: diverse invorderingen niet-fiscaal, fiscaal, GAS en LEZ,
- Perceel 2: diverse invorderingen niet-fiscaal en CSR.

De huidige vordering betreft slechts de gunning van perceel 1.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 22 maart 2018.

3.3. Voor perceel 1 van de opdracht worden vier offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partij.

3.4. Op 24 mei 2018 wordt een eerste gunningsverslag opgesteld waarbij wordt voorgesteld perceel 1 – evenals perceel 2 – te gunnen aan “GDW-Gent / Modero Antwerpen”.

3.5. Op 31 mei 2018 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent perceel 1 van de opdracht te gunnen aan “GDW-Gent / Modero Antwerpen”.

Tegen deze beslissing stelt de verzoekende partij een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

Bij arrest nr. 242.126 van 17 juli 2018 wordt de vordering tot schorsing verworpen gelet op de intrekking van de bestreden beslissing bij besluit van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent van 12 juli 2018.

3.6. Op 9 augustus 2018 wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld waarin opnieuw wordt voorgesteld om de opdracht voor perceel 1 te gunnen aan “GDW-Gent / Modero Antwerpen”.

3.7. Op 16 augustus 2018 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent de opdracht te gunnen aan “GDW-Gent / Modero Antwerpen”.

Dit is de bestreden beslissing.

Bij e-mailbericht van 17 augustus 2018 en aangetekend verstuurd brief van dezelfde datum wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de bestreden beslissing met inbegrip van het gunningsverslag.

3.8. Bij niet-vertrouwelijke brief van 27 augustus 2018 van de raadsman van de verwerende partij aan de raadsman van de verzoekende partij wordt het volgende meegedeeld :

“ [...]

U verzoekt hierbij U ‘het document of de documenten’ over te maken waaruit zou blijken wanneer de beoordelingsmethodiek werd ‘vastgesteld’ door mijn cliënte.

Ik kan U melden dat de beoordelingsmethodiek werd vastgesteld bij beslissing dd. 16 augustus 2018 van het college van burgemeester en schepenen van mijn cliënte houdende goedkeuring van het gunningsverslag.

Met deze beslissing keurde mijn cliënte ook de in het gunningsverslag

gehanteerde beoordelingsmethodiek goed. Uw cliënte heeft kennis van deze beslissing.

Naast de beslissingen van 23 februari 2018 en 19 maart 2018 van resp. het college van burgemeester en schepenen en de gemeenteraad van mijn cliënte tot het in mededinging stellen van de opdracht en tot goedkeuring van het bestek, nam mijn cliënte geen afzonderlijke beslissing tot vaststelling van de beoordelingsmethodiek in aanloop naar de eigenlijke gunningsbeslissing.

Zulke beslissing zou trouwens een aanvulling inhouden op het bestek waaraan mijn cliënte, in voorkomend geval, vanzelfsprekend de nodige publiciteit zou hebben gegeven voorafgaand aan de datum voor indiening van de offertes.

De goedkeuring door mijn cliënte met de in het gunningsverslag gehanteerde beoordelingsmethodiek is alvast ingegeven door de vaststelling dat de gedane evaluatie op een volledig voor hand liggende manier is gebeurd, rekening houdende met de in het bestek opgesomde beoordelingselementen waaraan een normaal zorgvuldig inschrijver zich op het eerste zicht helemaal kon verwachten.

[...].”

IV. Tussenkomst

4. De bvba GDW-GENT en de nv Modero Gerechtsdeurwaarderskantoor blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet hun verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5.1. De tussenkomende partijen werpen een exceptie van onontvankelijkheid van de vordering op wegens gebrek aan het vereiste belang in hoofde van de verzoekende partij. Zij meent dat het belang van de verzoekende partij in essentie gegrond wordt op een gebrek in de motivering van de bestreden gunningsbeslissing, terwijl dit gebrek kan worden rechtgezet met een meer uitgebreide motivering zonder dat daardoor de totale scores van de offertes zouden worden gewijzigd. Aangezien de verzoekende partij slechts tweede werd gerangschikt met een puntenverschil van 21,25 punten op 100 ten opzichte van de tussenkomende partijen, eerste gerangschikte, zou de verzoekende partij aldus geen kans maken op een gunning van de opdracht.

5.2. De verzoekende partij blijkt evenwel in haar verzoekschrift in een eerste middel in hoofdzaak de schending aan te voeren van een aantal bepalingen en beginselen op grond waarvan de aanbestedende overheid ertoe gehouden zou zijn voorafgaand aan de opening van de offertes een beoordelingsmethodiek vast te stellen, hetgeen zij te dezen zou hebben nagelaten. Indien dit middel ernstig wordt bevonden, lijkt, zoals de verzoekende partij terecht stelt, zulks slechts te kunnen worden verholpen door het herbeginnen van de gehele gunningsprocedure. In dat geval lijkt het niet bij voorbaat uitgesloten dat de verzoekende partij wel nog kans maakt op de gunning van de opdracht. Daarnaast voert de verzoekende partij ook een tweede middel aan waarin zij een inhoudelijke kritiek uit op de beoordeling van haar offerte. De tussenkommende partijen geven in hun exceptie niet aan waarom de verzoekende partij ook op grond van het tweede middel in haar verzoekschrift niet over het vereiste belang bij haar vordering zou beschikken. Bijgevolg hangt de opgeworpen exceptie in ieder geval samen met de ernst van de middelen en dienen de middelen eerst te worden onderzocht.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

6.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, 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 het eerste middel

Standpunt van de partijen

7.1. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van artikel 4 en artikel 89, §§ 1 en 2, *juncto* de artikelen 41 en 81, §§ 1 en 2, wet overheidsopdrachten 2016, van artikel 4, eerste lid, 8°, en artikel 5, 9°, van 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 de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, en van het transparantiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de verwerende partij besliste de opdracht voor wat betreft perceel 1 te gunnen aan de combinatie zonder rechtspersoonlijkheid bestaande uit GDW Gent bv bvba en Modero Gerechtsdeurwaarders Antwerpen bv nv en niet verzoekende partij, zonder daarbij voorafgaandelijk aan de indiening van de offertes de beoordelingsmethodiek te hebben vastgesteld;

Terwijl, de aanbestedende overheid op grond van de artikelen 89, §§1 en 2 *juncto* artikel 41 en 81, §§1 en 2 Overheidsopdrachtenwet de opdracht gunt aan de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte op basis van de in het bestek vastgestelde gunningscriteria;

Terwijl, overeenkomstig artikel 4 Overheidsopdrachtenwet de aanbestedende overheid de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt en handelt op een transparante en proportionele wijze;

Terwijl, overeenkomstig de artikelen 89, §§1 en 2 juncto artikel 41 en 81, §§1 en 2 Overheidsopdrachtenwet de aanbestedende overheid, de ondernemers evenzeer op een dergelijke wijze dient te behandelen, ook in het kader van een opdracht voor sociale en andere specifieke diensten die wordt geplaatst bij vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking;

Terwijl de materiële motiveringsplicht inhoudt dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren bewezen is en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen;

Zodat geenszins vaststaat dat [perceel] 1 werd gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte.”

In essentie betoogt de verzoekende partij in de eerste plaats dat de verwerende partij bij de evaluatie van de eerste twee gunningscriteria – en hun subgunningscriteria - een beoordelingsmethodiek heeft toegepast, namelijk het gebruik van een ordinale schaal, die niet voorafgaandelijk in het bestek was aangekondigd en waarvan de verwerende partij niet aantoont dat deze werd vastgesteld voorafgaandelijk aan de opening van de offertes noch dat deze om aantoonbare redenen niet voorafgaandelijk aan de opening van de offertes kon worden vastgesteld.

De verzoekende partij verwijst naar het arrest van 14 juli 2016 inzake de nv TNS Dimarso (HvJ 14 juli 2016, nr. C-6/15, ECLI:C:2016:555, nv TNS Dimarso / Vlaams Gewest), waarin het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft geoordeeld dat een beoordelingsmethode in beginsel niet na de opening van de offertes mag worden vastgesteld, en dat een latere vaststelling enkel door “aantoonbare redenen” mag zijn ingegeven. Zij verwijst voorts naar de arresten van de Raad van State nummer 239.937 van 23 november 2017 inzake de nv TNS Dimarso en nummer 240.866 van 1 maart 2018 inzake de nv Scheerlinck Sport, waarin de Raad zich bij deze rechtspraak heeft aangesloten.

De verzoekende partij betoogt dat in het gunningsverslag een beoordelingsmethodiek voor het eerste en het tweede gunningscriterium wordt opgegeven, namelijk het gebruik van een ordinale schaal, waarvan uit geen enkel stuk blijkt dat deze vóór de opening van de offertes werd vastgesteld. In antwoord op de vraag hieromtrent van de raadsman van de verzoekende partij aan de raadsman van de verwerende partij heeft deze laatste bij “niet-vertrouwelijk[e]”

‡BIJSOCCEG-BDEHGDV‡

brief van 27 augustus 2018 geantwoord dat de beoordelingsmethodiek pas werd goedgekeurd op 16 augustus 2018, dat zijn cliënte geen afzonderlijke beslissing nam tot vaststelling van de beoordelingsmethodiek, dat zulke beslissing een aanvulling zou inhouden op het bestek waaraan zijn cliënte, in voorkomend geval, vanzelfsprekend de nodige publiciteit zou hebben gegeven voorafgaand aan de datum voor indiening van de offertes, en dat deze goedkeuring is ingegeven door de vaststelling dat de gedane evaluatie op een volledig voor de hand liggende manier is gebeurd. Het staat volgens de verzoekende partij dan ook vast dat de beoordelingsmethodiek is vastgesteld na de opening van de offertes.

Voorts betoogt de verzoekende partij dat de in de voormelde brief vermelde argumenten geen “aantoonbare” redenen zijn om de beoordelingsmethodiek niet voorafgaand aan de opening van de offertes vast te stellen: uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en van de Raad van State blijkt geenszins dat de beoordelingsmethodiek vooraf zou moeten worden bekendgemaakt, wel integendeel. Voorts doet ook het loutere feit dat de gedane evaluatie op een voor de hand liggende manier is gebeurd geen afbreuk aan de verplichting om de beoordelingsmethodiek voorafgaand aan de opening van de offertes vast te stellen. Er zijn te dezen dan ook geen aantoonbare redenen waarom deze methode niet vóór de opening kon worden vastgesteld.

Ook wat het derde gunningscriterium betreft, blijkt volgens de verzoekende partij duidelijk dat de beoordelingsmethode werd vastgesteld tijdens de beoordeling van de offertes. In het gunningsverslag wordt gesteld dat bijna elke inschrijver voor bijna elk subgunningscriterium een 0-prijs heeft opgegeven, met uitzondering van de verzoekende partij die voor het subgunningscriterium “minnelijke afrekening bij de minnelijke invordering” een forfaitaire eenheidsprijs van 28,75 euro, btw niet inbegrepen, voorstelt; dat het gepast voorkomt om elke inschrijver het maximum van de punten toe te kennen voor elk subgunningscriterium waarvoor werd ingeschreven aan een 0-prijs; dat gelet op de 0-prijzen van de overige inschrijvers voor het voormelde subgunningscriterium “de toepassing van de regel van drie moeilijk [is]”, hetgeen “nogmaals de problematiek van de keuze voor een gepaste beoordelingsmethodiek [toont]”; dat “[h]oe dan ook [...] deze inschrijver minder [dient] te scoren dan de twee inschrijvers die met een 0-prijs inschreven [...] [d]och het toekennen van 0 punten

‡BII/SOCCEG-BDEHGDV‡

aan deze inschrijver voor dit subgunningscriterium [...] onredelijk [zou] zijn”, om te besluiten: “Het komt de aanbestedende overheid dan ook voor dat het gepast is om aan de inschrijver bvba G. De Wilde 0,25 punten toe te kennen op het subgunningscriterium ‘Minnelijke afrekening bij minnelijke invordering’”.

Ook hier zijn geen aantoonbare redenen voorhanden waarom de aanbestedende overheid de beoordelingsmethodiek niet vóór de opening van de offertes kon vaststellen. De verwerende partij heeft de 0-prijzen niet als abnormaal lage prijzen aangemerkt, zodat hieruit mag worden afgeleid dat zij wel degelijk op de hoogte was van het feit dat 0-prijzen kunnen worden ingediend voor een opdracht zoals de voorliggende. Het feit dat de regel van drie moeilijk kan worden toegepast, kan dan ook niet worden aanvaard als een aantoonbare reden. Ook de aan de verzoekende partij toegekende score van 0,25 is volgens de verzoekende partij “als het ware met de natte vinger toebedeeld”. Er werd ter zake geen concrete beoordelingsmethodiek gehanteerd.

7.2. In de nota betwist de verwerende partij het standpunt van de verzoekende partij. Zij verwijst in de eerste plaats naar het arrest van de Raad van State nr. 242.097 van 12 juli 2018 inzake de bvba Joost Peeters Advocatenkantoor, waaruit volgens haar dient te worden afgeleid dat een verzoekende partij bij een dergelijke kritiek ook dient aan te tonen dat de beoordeling niet is gebeurd op een voor de hand liggende manier, waaraan iedere normaal zorgvuldig inschrijver zich kon verwachten.

De verwerende partij verwijst ook naar het arrest van de Raad van State nr. 239.937 van 23 november 2017 inzake de nv TNS Dimarso, waarin volgens haar wordt geoordeeld dat bijkomend is vereist dat een verzoekende partij het aannemelijk dient te maken dat, indien de inschrijvers van tevoren waren geïnformeerd over de keuze van de methode voor de toetsing van kwalitatieve gunningscriteria, zij een andere invulling zouden hebben gegeven aan hun offerte. Slechts wanneer de door een aanbestedende overheid achteraf gekozen beoordelingsmethode de weging van de gunningscriteria kennelijk blijkt te hebben gewijzigd, is zulke methode volgens haar onrechtmatig.

De verwerende partij meent voorts dat het arrest nr. 240.866 van 1 maart 2018 inzake de nv Scheerlinck Sport een andere situatie betreft dan deze *in casu* waarbij de gehanteerde beoordelingsmethodiek duidelijk wordt uiteengezet in de bestreden beslissing. De voormelde zaak, waarbij slechts in de nota voor de Raad van State de verwerende partij toelichting gaf bij de door haar toegepaste beoordelingsmethodiek, is hier dus niet relevant.

Aan de te dezen toegepaste, volledig voor de hand liggende beoordelingsmethodiek, die rekening houdt met de in het bestek opgesomde beoordelingselementen en waaraan een normaal zorgvuldig inschrijver zich op het eerste zicht helemaal kon verwachten, kan onmogelijk worden verweten dat zij de (relatieve) weging van de gunningscriteria zou hebben gewijzigd.

7.3. In hun verzoekschrift tot tussenkomst doen de tussenkomende partijen gelden dat de omstandigheden van het Dimarso- en het Scheerlinckarrest niet dezelfde zijn als in deze zaak. In het arrest inzake de nv Scheerlinck Sport was er helemaal geen inhoudelijke vergelijking van de offertes gebeurd. In het arrest inzake de nv TNS Dimarso wordt een gunningscriterium plots anders beoordeeld, doordat in het bestek met een relatief gewicht uitgedrukt als “50/100” wordt gewerkt, terwijl in het gunningsverslag enkel sprake is van “Hoog/Laag”, zonder enige cijfermatige score. Het spreekt voor zich, aldus de tussenkomende partijen, dat een gunningscriterium met een relatief gewicht van 50 punten moeilijk de verschillen tussen de offertes kan aanbrengen, wanneer er maar 2 scores zijn, namelijk hoog en laag.

De tussenkomende partijen benadrukken dat in de huidige zaak de inschrijvers heel duidelijk wisten welke de inhoudelijke elementen waren waaraan hun offertes bij de beoordeling van de (sub)gunningscriteria zouden worden afgetoetst en dat hoe meer de offerte daarbij aansloot, hoe hoger uiteraard de puntenscore is die mag worden verwacht. In het gunningsverslag werd deze beoordelingsmethodiek geëxpliciteerd, namelijk dat de beoordeling van het plan van aanpak bij het eerste subcriterium op grond van de in het bestek geïdentificeerde beoordelingselementen gebeurt en dat het zal worden beoordeeld door gebruik te maken van een ordinale schaal (onvoldoende – matig – voldoende

– goed – uitstekend), waarbij onvoldoende 1 punt, matig 2 punten, voldoende 3 punten, goed 4 punten en uitstekend 5 punten is.

Voorts benadrukken zij dat het gunningsverslag een bijzonder uitgebreide motivering bevat van positieve en negatieve aspecten van de verschillende offertes, op grond waarvan een puntenscore wordt toegekend en dat een woordelijke omschrijving, gekoppeld aan een score, die in een verhouding staat, door de Raad van State steeds als beoordelingsmethodiek werd aanvaard.

Beoordeling

7.4. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, behandelt de aanbestedende overheid de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelt zij op een transparante en proportionele wijze.

Krachtens artikel 81, § 1, van dezelfde wet, dat op grond van artikel 89, § 2, te dezen ook van toepassing is, gunt de aanbestedende overheid de overheidsopdracht aan de economisch meest voordelige offerte.

Overeenkomstig het te dezen eveneens toepasselijke artikel 81, § 2, eerste lid, 3°, van deze wet, wordt de economisch meest voordelige offerte uit het oogpunt van de aanbestedende overheid vastgesteld, rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitsverhouding die bepaald wordt op grond van de prijs of de kosten alsook criteria waaronder kwalitatieve, milieu- en/of sociale aspecten, die verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht.

Overeenkomstig het te dezen eveneens toepasselijke artikel 81, § 3, van deze wet dienen de gunningscriteria in de opdrachtdocumenten te worden vermeld. Bovendien specificeert de aanbestedende overheid voor de opdrachten die gelijk zijn aan of hoger dan de voor de Europese bekendmaking bepaalde bedragen, in de opdrachtdocumenten het relatieve gewicht dat zij voor de bepaling van de economisch meest voordelige offerte aan elk van de gekozen criteria toekent.

De voormelde artikelen leggen echter niet de verplichting op tot het bekendmaken in de opdrachtdocumenten van de beoordelingsmethode, dit is de manier waarop de aanbestedende overheid bij de evaluatie van de offertes de beoordelingselementen vervat in de gunningscriteria nagaat en waardeert in het licht van de toe te kennen scores.

Ten aanzien van de beoordelingsmethode verduidelijkte het Hof van Justitie in het voormelde arrest van 14 juli 2016, TNS Dimarso nv / het Vlaams Gewest (zaak C-6/15), in overweging 27 dat “[n]och artikel 53, lid 2, van richtlijn 2004/18 noch enige andere bepaling ervan [...] de aanbestedende dienst evenwel een verplichting op[legt] om de methode aan de hand waarvan hij de offertes in concreto zal beoordelen en rangschikken op basis van de criteria voor de gunning van de opdracht en het relatieve gewicht ervan, die vooraf zijn vastgesteld in de desbetreffende aanbestedingsdocumenten, via een bekendmaking in de aankondiging van de opdracht of het bestek ter kennis te brengen van de potentiële inschrijvers”. “Een dergelijke algemene verplichting” volgt volgens het Hof van Justitie in overweging 28 “evenmin uit de rechtspraak van het Hof”.

Wel wijst het Hof er in overweging 31 op dat “[v]olgens de in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginselen inzake de gunning van opdrachten [...] de methode die de aanbestedende dienst hanteert om de offertes in concreto te beoordelen en te rangschikken in beginsel niet na de opening van de offertes door deze dienst [kon] worden vastgesteld, dit om elk risico van favoritisme uit te sluiten. Indien deze methode echter om aantoonbare redenen niet vóór deze opening kan worden vastgesteld, [...] kan de aanbestedende dienst niet worden verweten dat hij deze pas heeft vastgesteld nadat hij, of zijn beoordelingscommissie, kennis heeft genomen van de inhoud van de offertes”. “Hoe dan ook” mag volgens het Hof in overweging 32 “het feit dat de aanbestedende dienst de beoordelingsmethode na de bekendmaking van de aankondiging van de opdracht of het bestek vaststelt, gelet op de beginselen inzake de gunning van opdrachten en op hetgeen in de punten 24 en 25 van het [...] arrest is vastgesteld, niet tot gevolg hebben dat de gunningscriteria of het relatieve gewicht ervan worden gewijzigd”.

De beoordelingsmethode moet bijgevolg niet worden bekendgemaakt in de opdrachtdocumenten maar, zoals de verzoekende partij terecht aanvoert, mag een beoordelingsmethode in beginsel niet worden vastgesteld na het openen van de offertes, tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat deze methode om aantoonbare redenen niet vóór de opening van de offertes kon worden vastgesteld. Zo niet is er sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel.

7.5. Het bestek vermeldt, wat betreft “II.6 Gunningscriteria (art. 81 van de Wet)”:

“De aanbestedende overheden zullen de offertes beoordelen op basis van onderstaande gunningscriteria, rekening houdend met de respectievelijk daarbij vermelde weging.

De inschrijvers kunnen, per perceel waarvoor zij inschrijven, uitgenodigd worden voor een mondelinge toelichting van hun ingediende offerte(s).”

Voor het perceel 1 zijn 3 gunningscriteria vastgesteld:

1. Dienstverlening (60p),
2. Informatica en informatieuitwisseling (25p),
3. Prijs (15p).

Elk van deze gunningscriteria is op zijn beurt opgesplitst in verscheidene subgunningscriteria, met elk een eigen weging, en met een beschrijving per subcriterium, van wat van de inschrijvers wordt verwacht.

Uit het gunningsverslag blijkt dat de beoordeling van de offertes, wat de eerste twee gunningscriteria – en hun subgunningscriteria – betreffen, lijkt te zijn gebeurd aan de hand van een eerder uitvoerige beschrijvende evaluatie in woorden van het door de inschrijvers voorgestelde plan van aanpak voor de verschillende invorderingen en van de door de inschrijvers voorgestelde informatica-oplossingen en wijze van informatieuitwisseling. Het gaat daarbij om een concrete evaluatie en vergelijking van de diverse sterke (pluspunten) en zwakke (minpunten) punten van de ingediende voorstellen. Deze evaluatie is gebeurd voor elk van de subgunningscriteria. Er wordt onder meer besproken welke elementen in de organisatie van de invordering als positief worden

gewaardeerd en welke als negatief, welke kostenbesparende maatregelen er worden voorgesteld en hoe deze worden gewaardeerd, de kwaliteit van de voorziene rapportering, de flexibiliteit en integratiemogelijkheid van het voorgestelde informaticasysteem, de mogelijkheden naar automatisering en gegevensuitwisseling tussen de systemen van de dienstverlener en van de aanbestedende overheid, enzovoort. Vervolgens komt de verwerende partij per inschrijver en per (sub)gunningscriterium tot een samenvattende conclusie – in de vorm van een kernachtige, samenvattende evaluatie in woorden – waarbij zij gebruikmaakt van een ordinale tabel om aan de toegekende score per (sub)gunningscriterium een globale conclusie in woorden te koppelen, namelijk onvoldoende, matig, voldoende, goed of uitstekend. Aan de hand van deze ordinale schaal werd voor een onvoldoende beoordeling 1 punt toegekend, voor een beoordeling als matig 2 punten, een beoordeling als voldoende 3 punten, een beoordeling als goed 4 punten en een beoordeling als uitstekend 5 punten.

Het derde gunningscriterium “prijs” werd in het bestek onderverdeeld in drie subgunningscriteria, namelijk de prijs voor een minnelijke afrekening, de prijs voor een gedetailleerde solvabiliteitscontrole en de overdracht van een vordering op te nemen in een collectieve schuldenregeling. Het subcriterium prijs voor “een minnelijke afrekening” werd verder onderverdeeld in een subsubcriterium prijs voor een minnelijke afrekening bij “minnelijke invordering” en prijs voor een minnelijke afrekening bij een “gerechtelijke invordering”. Het subcriterium prijs voor “een gedetailleerde solvabiliteitscontrole” werd verder onderverdeeld in een subsubcriterium een gedetailleerde solvabiliteitscontrole “in de fase van de minnelijke invordering” en een gedetailleerde solvabiliteitscontrole “in de fase van de gerechtelijke invordering”.

Bij de beoordeling van deze criteria, subcriteria en subsubcriteria blijkt men in het gunningsverslag eerst de regel van drie te hebben willen toepassen. Echter, aangezien bij de beoordeling bleek dat de inschrijvers voor bijna alle subgunningscriteria binnen het criterium “prijs” een nulprijs hadden opgegeven, was men van oordeel dat men deze regel niet kon toepassen. In het gunningsverslag wordt hieromtrent, bij het enig subgunningscriterium waar een van de inschrijvers, namelijk de verzoekende partij, geen nulprijs heeft opgegeven, gesteld: “Het komt alvast gepast voor om elke inschrijver het maximum van de

‡BIJSOCCEG-BDEHGDV‡

punten to[e] te kennen voor elk subgunningscriterium waarvoor werd ingeschreven aan een 0-prijs. [...] De beoordeling van de door de inschrijver bvba G. De Wilde gestelde prijs is geen sinecure. Gelet op de 0-prijzen van de overige inschrijvers voor dit subgunningscriterium is de toepassing van de regel van drie moeilijk. Deze zou er immers enkel toe kunnen leiden dat de inschrijver bvba G. De Wilde 0 punten ontvangt op dit subgunningscriterium, net zoals bv. indien hij had ingeschreven met 1 Eurocent. Dit toont nogmaals de problematiek van de keuze voor een gepaste beoordelingsmethodiek. Hoe dan ook dient deze inschrijver minder te scoren dan de twee inschrijvers die met een 0-prijs inschreven. Anderzijds wordt de forfaitaire eenheidsprijs van 28,75 Euro, excl. BTW, zoals voorgesteld door de inschrijver bvba G. De Wilde, welke gezien het groot aantal vorderingen voor een beperkt bedrag een meerkost van om en bij de 900.000 euro voor de aanbestedende overheid zou impliceren, als exuberant ervaren. Doch het toekennen van 0 punten aan deze inschrijver voor dit subgunningscriterium zou onredelijk zijn. Het komt de aanbestedende overheid dan ook voor dat het gepast is om aan de inschrijver bvba G. De Wilde 0,25 punten toe te kennen op het subgunningscriterium ‘Minnelijke afrekening bij minnelijke invordering’.

7.6. In de bijzondere omstandigheden van de voorliggende zaak lijkt niet voorbijgegaan te kunnen worden aan de als “niet-vertrouwelijk” verzonden brief van de raadsman van de verwerende partij van 27 augustus 2018. In deze brief deelt de raadsman immers formeel en uitdrukkelijk mee dat de beoordelingsmethodiek werd “vastgesteld” bij beslissing van 16 augustus 2018 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent houdende goedkeuring van het gunningsverslag. In deze brief wordt tevens verklaard dat de verwerende partij in aanloop naar de eigenlijke gunningsbeslissing geen afzonderlijke beslissing tot vaststelling van de beoordelingsmethodiek nam naast de beslissingen van 23 februari 2018 en 19 maart 2018 van respectievelijk het college van burgemeester en schepenen en de gemeenteraad tot het in mededinging stellen van de opdracht en tot goedkeuring van het bestek, en dat zulke beslissing een aanvulling zou inhouden op het bestek waaraan de verwerende partij, in voorkomend geval, vanzelfsprekend de nodige publiciteit zou hebben gegeven voorafgaand aan de datum voor de indiening van de offertes. Hiermee lijkt de raadsman van de verwerende partij uitdrukkelijk aan te geven dat de

‡BIJSOCCEG-BDEHGDV‡

beoordelingsmethodiek niet werd “vastgesteld” voorafgaand aan de opening van de offertes. Wel wordt er in de brief op gewezen dat de gedane evaluatie op een volledig voor de hand liggende manier is gebeurd, rekening houdend met de in het bestek opgesomde beoordelingselementen waaraan een normaal zorgvuldig inschrijver zich op het eerste gezicht helemaal kon verwachten, reden waarom de beoordelingsmethodiek door de aanbestedende overheid werd goedgekeurd. Het valt daarbij op te merken dat de verwerende partij in haar nota op geen enkele wijze aangeeft waarom uit deze brief, waarnaar de verzoekende partij in haar verzoekschrift uitdrukkelijk verwijst, geenszins zou mogen worden afgeleid dat de beoordelingsmethode aldus niet voorafgaand aan de indiening van de offertes werd vastgesteld. De verwerende partij ontkent noch het bestaan, noch de inhoud van de brief, noch geeft zij in haar nota enige duiding bij de inhoud van de brief. Gelet op de concrete gegevens van deze zaak lijkt aldus *prima facie* te moeten worden aangenomen dat te dezen niet blijkt dat de aanbestedende overheid vóór de opening van de offertes een beoordelingsmethode heeft vastgesteld om de offertes inhoudelijk te vergelijken en te beoordelen.

Dit lijkt ook des te meer zo nu in het gunningsverslag dat heeft geleid tot de ingetrokken gunningsbeslissing van 31 mei 2018, voor de eerste twee gunningscriteria licht afwijkende punten werden toegekend die niet op grond van de nu gehanteerde ordinale schaal lijken te kunnen zijn toegekend, wat lijkt aan te tonen dat de methodiek van de ordinale schalen niet de enig mogelijke methodiek is.

Uit de beoordeling van het derde gunningscriterium in het gunningsverslag lijkt eveneens een gebrek aan het voorafgaand aan de opening van de offertes vaststellen van een beoordelingsmethode naar voor te komen. De hiervoor onder randnummer 7.5, laatste alinea, geciteerde beoordeling in het gunningsverslag lijkt op het eerste gezicht aan te geven dat men slechts op het ogenblik van de beoordeling van de offertes een gepaste beoordelingsmethodiek tracht te vinden. De verzoekende partij merkt hier trouwens terecht op dat het bovendien niet duidelijk is welke methode uiteindelijk werd toegepast en hoe men tot een puntenscore van 0,25 punten voor haar offerte voor het eerste subgunningscriterium binnen het gunningscriterium “prijs” is gekomen. Hieromtrent wordt door de verwerende partij ook geen verdere duiding gegeven.

‡BIJSOCCEG-BDEHGDV‡

7.7. Wat de verwijzing betreft van de verwerende partij naar het arrest nr. 242.097 van 12 juli 2018 inzake de bvba Joost Peeters Advocatenkantoor, waarin volgens haar de Raad zou hebben aangenomen dat van een verzoeker die een dergelijk middel opwerpt een bijzonder belang wordt vereist, namelijk dat deze aantoonde dat de gehanteerde beoordelingsmethode een methode betreft waaraan een normaal zorgvuldig inschrijver zich niet kon verwachten, dient te worden vastgesteld dat de Raad in die zaak in de eerste plaats tot de vaststelling komt dat het middel voor zover daarin werd aangevoerd dat de beoordelingsmethode niet voorafgaand aan de opening van de offertes werd vastgesteld, feitelijke grondslag mist omdat er in het administratief dossier van die zaak e-mailberichten waren opgenomen waaruit klaarblijkelijk volgde dat de beoordelingsmethode wel degelijk werd vastgesteld vóór de opening van de offertes. Vervolgens stelt de Raad vast dat, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij in die zaak voorts nog voorhield, de evaluatie op een volledig voor de hand liggende manier leek te zijn gebeurd, rekening houdend met de beoordelingselementen vermeld in het bestek, zodat de inschrijvers niet werden verschalkt. In de voorliggende zaak brengt de verwerende partij evenwel geen enkel element aan, noch blijkt het administratief dossier enig stuk te bevatten, waaruit zou kunnen blijken dat de beoordelingsmethode wel degelijk vóór de opening van de offertes werd vastgesteld. In de mate dat de verwerende partij in haar nota voorts nog verwijst naar het arrest nr. 239.937 van 23 november 2017 inzake de nv TNS Dimarso, dient te worden vastgesteld dat de aangehaalde overwegingen slechts betrekking hebben op de beoordeling van de alsdan aan de orde gekomen bijkomende vraag of de toegepaste beoordelingsmethode de weging van de gunningscriteria wijzigt en bijgevolg niet enkel vooraf diende te worden vastgesteld maar ook vooraf in de aankondiging van de opdracht of het bestek had moeten worden bekendgemaakt.

7.8. Ten slotte moet worden vastgesteld dat de verwerende partij op geen enkele wijze aanvoert dat het om “aantoonbare redenen” onmogelijk was om de beoordelingsmethode voorafgaand aan de opening van de offertes vast te stellen. Voor de voor de beoordeling van de eerste twee gunningscriteria gehanteerde ordinale schaal valt in ieder geval op het eerste gezicht ook niet spontaan in te zien welke redenen hiervoor aanwezig zouden kunnen zijn geweest

die verhinderd zouden hebben deze methode voorafgaand aan de opening van de offertes vast te stellen.

Het middel is in de aangegeven mate ernstig.

VIII. Besluit

8. Het eerste middel is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden ingewilligd.

Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. De verzoeken van de bvba GDW-GENT en de nv Modero Gerechtsdeurwaarderskantoor tot tussenkomst worden ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent van 16 augustus 2018 om de “Overheidsopdracht van diensten betreffende door gerechtsdeurwaarders verleende juridische diensten voor debiteurenbeheer met betrekking tot de gedwongen invordering middels dwangbevel of het uitvoeren van ad hoc opdrachten voor verschillende types vorderingen van de Stad Gent, het OCMW Gent en de Hulpverleningszone Centrum”, perceel 1, te gunnen aan GDW-Gent / Modero Antwerpen, feitelijke vereniging, waarvan deel uitmaken de bv bvba GDW - Gent en de bv nv Modero Gerechtsdeurwaarders Antwerpen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 september 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Johan Bovin