

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 244.332 van 30 april 2019
in de zaak A. 227.842/XII-8719.**

In zake: de NV SD WORX STAFFING SOLUTIONS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Valentijn De Boe en Kris De Schutter
kantoor houdend te 1200 Brussel
Neerveldstraat 101-103
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD BILZEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Steven Van Geeteruyen
kantoor houdend te 3700 Tongeren
Pieelpoel 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de BVBA HUMAN GOLD
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Toon Denayer
kantoor houdend te 3040 Neerijse
Langestraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 april 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de gunningsbeslissing van de Stad Bilzen van 18 maart 2019, meegedeeld per brief van 22 maart 2019, waarbij werd beslist [over] de opdracht ‘Aanstelling interim-kantoor voor jobstudenten voor diverse diensten’, inbegrepen het verslag van

nazicht van de offertes van 7 maart 2019 in bijlage (de Bestreden Beslissing of de Gunningsbeslissing).”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 16 april 2019 heeft de bvba Human Gold gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 april 2019, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Valentijn De Boe, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Laura Kempeneers, die *loco* advocaat Steven Van Geeteruyen verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Toon Denayer, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De Stad Bilzen schrijft een overheidsopdracht uit met als voorwerp: “Aanstelling interimkantoor voor jobstudenten voor diverse diensten”.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 7 januari 2019.

De opdracht wordt geraamd op een bedrag van 203.801,64 euro btw niet inbegrepen, en wordt gegund via een openbare procedure.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bestek nr. 55/19 “Aanstelling interimkantoor voor jobstudenten voor diverse diensten”.

Het bestek bepaalt dat de opdracht wordt gegund aan de inschrijver die de meest voordelige offerte indient, op grond van twee gunningscriteria :

“

nr	beschrijving	gewicht
1	prijs	60
	Regel van drie; score offerte : (prijs laagste offerte/prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs	
2	Service	40
2.1.	Vast contactpersoon	10
	Slecht = 0 Matig = 5 Goed = 10	
2.2.	Vlotte bereikbaarheid (bv. 24/24 service)	10
	Slecht = 0 Matig = 5 Goed = 10	
2.3.	Reactietijd (aankomen van jobstudenten op werkplek)	20
	Minder dan 1 u = 20 Tussen 1 u en 2 u = 10 Meer dan 2 u = 0	

”

3.3. Er worden zes offertes ingediend, waaronder de offerte van de bvba Flexpoint, rechtsvoorganger van de verzoekende partij.

De openingszitting van de offertes vindt plaats op 11 februari 2019.

3.4. Op 7 maart 2019 wordt een gunningsverslag opgesteld. Er worden drie offertes regelmatig bevonden, waaronder de offerte van de rechtsvoorganger van de verzoekende partij.

In het gunningsverslag wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de bvba Human Gold.

3.5. Bij beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Bilzen van 18 maart 2019 wordt de opdracht gegund aan de bvba Human Gold.

Dit is de bestreden beslissing.

Met een aangetekend schrijven van 22 maart 2019 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht wordt gegund aan een andere inschrijver. Een kopie van het gunningsverslag wordt bij dit schrijven gevoegd.

IV. Tussenkost

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

V. Ontvankelijkheid

5. 1. De verwerende partij werpt een exceptie van niet-ontvankelijkheid op wegens gebrek aan belang in hoofde van de verzoekende partij.

De verzoekende partij tot tussenkost werpt een exceptie van niet-ontvankelijkheid op wegens gebrek aan hoedanigheid in hoofde van de verzoekende partij, en een gebrek aan door de rechtsvoorganger van de verzoekende partij ondertekende offerte.

5.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij en de verzoekende partij tot tussenkomst opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties 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

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.

Overeenkomstig artikel 31 van voormelde wet, is dit artikel 15 ook van toepassing op opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking

niet bereiken.

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 kan verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

7.1. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van artikel 5, § 1, tweede lid, en artikel 69, 4°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet overheidsopdrachten 2016), het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht,

“Doordat de Verwerende Partij de inschrijver Human Gold heeft toegelaten tot de plaatsingsprocedure;
Terwijl de verwerende partij over voldoende plausibele aanwijzingen beschikte dat Human Gold handelingen zou hebben gesteld die gericht zijn op vervalsing van de mededinging in de zin van artikel 5, §1 lid 2 van de Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.”

7.2. De verzoekende partij wijst er op dat Ina Brugmans ontslag heeft genomen bij de verzoekende partij op 16 oktober 2018. Haar laatste dag van indienststelling was 18 januari 2019, waarna zij als zelfstandig consultant begon te werken voor de bvba Human Gold, de gekozen inschrijver. Uit de vaststellingen van een gerechtsdeurwaarder blijkt dat Ina Brugmans op 21 november 2018 het bestand met de namen van de actieve redders van Flexpoint heeft gedownload uit het systeem van Flexpoint, de rechtsvoorganger van de verzoekende partij, en dat zij op 20 februari 2019 opnieuw heeft getracht in te loggen op het systeem van de verzoekende partij, maar dat haar login intussen geblokkeerd was. Zij zou vervolgens nog op 21 februari 2019 hebben getracht zich bij de verzoekende partij

te registreren als redder op naam van haar echtgenoot. Het komt de verzoekende partij daarbij plausibel voor dat Ina Brugmans toegang heeft gezocht tot de vereiste gegevens met het oog op de opmaak van een offerte door concurrent Human Gold. De verzoekende partij vermoedt dat Ina Brugmans tijdens haar opzegperiode ook toegang heeft gehad tot andere vertrouwelijke gegevens in het kader van de voorbereiding van de offerte van Flexpoint voor de opdracht. De prijs van Human Gold wijst volgens haar op een afstemming op de prijs van de verzoekende partij: Human Gold heeft immers voor elk van de parameters van de inventaris bedragen opgegeven die een fractie lager liggen dan de bedragen van de verzoekende partij met een verschil telkens in dezelfde grootteorde. De identieke score van de offertes voor het criterium kwaliteit wijst er op dat ook voor de kwalitatieve gunningscriteria een afstemming is gebeurd van de offerte van Human Gold op de offerte van de verzoekende partij. Voorts stelt de verzoekende partij dat Human Gold het volledige bestand van actieve redders van de verzoekende partij heeft gedownload en aan haar offerte toegevoegd, zodat deze lijst identiek is aan de lijst van de verzoekende partij. De verzoekende partij heeft bij brief van haar raadsman van 29 maart 2019 de verwerende partij hiervan in kennis gesteld. Desondanks heeft de verwerende partij geen nader onderzoek gedaan naar mogelijk mededingingsvertekenende handelingen. Bovendien vermeldt de “Gids voor inkopers bij overheden inzake Samenspanning bij Overheidsopdrachten” van de Belgische Mededingingsautoriteit het feit dat offertes van verschillende bedrijven een betekenisvol aantal gelijke schattingen van de kosten van bepaalde items bevatten en het feit dat door bidders ingediende prijzen verhogen met een zelfde verschil, als signalen die kunnen wijzen op samenspanning in het kader van overheidsopdrachten.

Beoordeling

7.3. Artikel 5 van de wet overheidsopdrachten 2016, bepaalt:

“ § 1. Een aanbesteder stelt geen overheidsopdracht op met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de overheidsopdracht is ontworpen met

het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen. Ondernemers stellen geen handelingen, sluiten geen overeenkomsten of maken geen afspraken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen.

§ 2. De niet naleving van de in paragraaf 1, tweede lid bedoelde bepaling, geeft aanleiding tot de toepassing van onderstaande maatregelen, behoudens het geval waarbij het eerste lid van de paragraaf 1 evenmin wordt nageleefd, in welk geval paragraaf 3 van toepassing is :

1° zolang de aanbesteder nog geen eindbeslissing nam en de opdracht nog niet heeft gesloten, het weren van de aanvragen tot deelneming of de offertes die als gevolg van zodanige handelingen, overeenkomsten of afspraken zijn ingediend;

2° wanneer de opdracht reeds is gesloten, de door de Koning bepaalde ambtshalve maatregelen, tenzij de aanbesteder, bij een met redenen omklede beslissing, anders beschikt.

§ 3. De niet naleving van de in paragraaf 1, eerste lid, bedoelde bepalingen, al dan niet gepaard gaand met de niet-naleving van de bepalingen van het tweede lid van paragraaf 1, geeft aanleiding tot de toepassing van onderstaande maatregelen :

1° zolang de aanbesteder de opdracht nog niet heeft gesloten of, wanneer het een omzeiling van het toepassingsgebied betreft, zolang geen eindbeslissing werd genomen, het afzien van het gunnen of de toewijzing, in welke vorm dit ook weze, van de opdracht;

2° wanneer de opdracht reeds is gesloten, in welke vorm dit ook weze, de desgevallend door de Koning bepaalde maatregelen, hetgeen ook ambtshalve maatregelen ten aanzien van de opdrachtnemer kan behelzen, voor zover deze laatste de bepalingen van paragraaf 1, tweede lid, niet heeft nageleefd.

Evenwel moet overeenkomstig het eerste lid, 2°, slechts een maatregel worden genomen, in het geval waarbij de opdrachtnemer geen enkele fout beging, voor zover de inbreuk een reëel mededingingsvertekenend effect heeft gesorteerd.”

Artikel 69, 4°, van dezelfde wet bepaalt:

“ Tenzij in het geval waarbij de kandidaat of inschrijver, overeenkomstig artikel 70, aantoonst toereikende maatregelen te hebben genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen, kan de aanbestedende overheid, in elk stadium van de plaatsingsprocedure, een kandidaat of inschrijver van deelname aan deze procedure uitsluiten, in de volgende gevallen :

[...]

4° wanneer de aanbestedende overheid over voldoende plausibele aanwijzingen beschikt om te besluiten dat de kandidaat of inschrijver handelingen zou hebben gesteld, overeenkomsten zou hebben gesloten of afspraken zou hebben gemaakt, die gericht zijn op vervalsing van de mededinging in de zin van artikel 5, lid 2;

[...] “

7.4. Uit de voormelde bepalingen blijkt dat een aanbestedende overheid een kandidaat of een inschrijver slechts kan uitsluiten van een opdracht voor het stellen van handelingen die gericht zijn op vervalsing van de mededinging indien zij over “voldoende plausibele aanwijzingen” beschikt om te besluiten dat de kandidaat of inschrijver dergelijke handelingen heeft gesteld.

Met de verwerende partij moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij voorafgaand aan het nemen van de bestreden beslissing de verwerende partij niet heeft gewezen op een vermoeden van mededingingsbeperkende handelingen in hoofde van de gekozen inschrijver. Er lijkt dan ook in de eerste plaats te moeten worden onderzocht of op grond van de gegevens waarover de verwerende partij beschikte voorafgaand aan het nemen van de bestreden beslissing, zij er diende van uit te gaan dat er mogelijks voldoende plausibele aanwijzingen waren om de gekozen inschrijver uit te sluiten op grond van het stellen van mededingingsbeperkende handelingen, dan wel dat er reeds voldoende aanwijzingen waren die haar noopten tot een verder onderzoek op grond van het geschonden geachte zorgvuldigheidbeginsel.

7.5. Daarbij dient op de eerste plaats te worden vastgesteld dat de verzoekende partij en de gekozen inschrijver geen verbonden ondernemingen zijn, zodat dit alvast geen aanleiding diende te geven tot een nader onderzoek van de offertes in het licht van het voormelde artikel 5, § 1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016. Naar de mening van de verzoekende partij blijkt echter uit de ingediende offertes dat de prijzen van de gekozen inschrijver perfect afgestemd waren op de prijzen van de verzoekende partij. Dit had volgens de verzoekende partij de verwerende partij ertoe moeten brengen een bijkomend onderzoek te voeren.

De prijzen waar de verzoekende partij naar verwijst betreffen echter de opgegeven coëfficiënt voor payroll en de opgegeven coëfficiënt voor selectie. Uit het gunningsverslag blijkt dat bij de vergelijking van de prijzen van de offertes rekening werd gehouden met de twee voormelde coëfficiënten alsook met

de Dimona-vergoeding. Zoals de verzoekende partij aangeeft, ligt de door de gekozen inschrijver opgegeven prijs voor de voormelde coëfficiënten telkens 2 eurocent lager dan de prijs van de verzoekende partij.

Op het eerste gezicht overtuigt de argumentatie van de verzoekende partij niet dat de verwerende partij op grond van de voormelde prijsopgave diende te vermoeden dat er sprake kon zijn van mededingingsbeperkende handelingen in hoofde van de gekozen inschrijver, hetgeen zou hebben moeten leiden tot een nader onderzoek.

Op de eerste plaats blijken er door de inschrijvers slechts voor drie posten verschillende prijzen te zijn opgegeven. Voor het overige werd verwezen naar de wettelijke barema's die dan ook niet in de vergelijking van de prijs werden betrokken door de verwerende partij. De verzoekende partij verwijst slechts naar twee van deze posten waaruit het verdachte karakter van de prijzen zou moeten blijken. Op het eerste gezicht lijkt echter van de verwerende partij niet te mogen worden verwacht dat zij op grond van slechts twee posten waarvoor het prijsverschil tussen twee inschrijvers identiek is, dient uit te gaan van mogelijke prijsafspraken of mededingingsbeperkende handelingen van de ene of de andere inschrijver. Het gaat in ieder geval niet om een betekenisvol aantal gelijke schattingen van de kosten van bepaalde items zoals de verzoekende partij in haar verzoekschrift betoogt. Bovendien blijkt de prijs van de gekozen inschrijver voor de Dimona-vergoeding dan weer 4 eurocent goedkoper dan de prijs van de verzoekende partij, wat de bewering van de verzoekende partij dat de prijzen van Human Gold eenzelfde verschil vertonen als de prijzen van Flexpoint relateert.

7.6. Daarnaast maakt de verzoekende partij in de huidige stand van het geding evenmin aannemelijk dat het gegeven, dat de lijst gevoegd bij de offerte van de gekozen inschrijver met actieve redders waarop een beroep kan worden gedaan deels overlapt met de lijst gevoegd bij de offerte van de verzoekende partij, door de verwerende partij als een aanwijzing van mogelijks mededingingsbeperkende handelingen in hoofde van één van beide inschrijvers diende te worden

beschouwd. Op het eerste gezicht lijkt het immers niet onaannemelijk dat meerdere redders-jobstudenten zich via verschillende interimkantoren ter beschikking stellen voor werkaanbiedingen, minstens toont de verzoekende partij niet aan dat dit niet mogelijk zou zijn.

Bijgevolg dient in de huidige stand van het geding te worden besloten dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat er uit het onderzoek en de vergelijking van de ingediende offertes op de verwerende partij voldoende plausibele aanwijzingen voortvloeien die de verwerende partij noopten tot het voeren van een nader onderzoek naar het stellen van mogelijks mededingingsbeperkende handelingen door de gekozen inschrijver.

7.7. Vervolgens wijst de verzoekende partij in haar verzoekschrift op de informatie die zij met een brief van 29 maart 2019 aan de verwerende partij meedeelde omtrent het downloaden van de lijst van actieve redders uit het computersysteem van de verzoekende partij door een huidige werknemer van de gekozen inschrijver en de pogingen van dezelfde werknemer om zich toegang te verschaffen tot het computernetwerk van de verzoekende partij na haar ontslag bij de verzoekende partij.

Op het eerste gezicht valt echter niet in te zien hoe het meedelen van deze informatie aan de verwerende partij nadat de bestreden beslissing werd genomen en zelfs nadat de opdracht met de gekozen inschrijver werd gesloten, de rechtmatigheid van de bestreden beslissing kan aantasten.

Zoals hiervoor reeds geoordeeld toont het feit dat de bij de offerte van de gekozen inschrijver gevoegde lijst van actieve redders waarop een beroep kan worden gedaan deels overlapt met de lijst gevoegd bij de offerte van de verzoekende partij, op het eerste gezicht niet aan dat er mogelijks sprake zou zijn van mededingingsbeperkende handelingen in hoofde van de gekozen inschrijver. Ook het gegeven dat Ina Brugmans op 21 november 2018, dit is twee maanden voorafgaand aan het in mededinging stellen van huidige opdracht met

bekendmaking in het Bulletin der Aanbestedingen op 7 januari 2019, als werknemer van de verzoekende partij een lijst zou hebben gedownload met de namen van de actieve redders waarop de verzoekende partij een beroep deed, lijkt niet van aard om te mogen worden beschouwd als een plausibele aanwijzing van de mededingingsbeperkende handelingen in het kader van de voorliggende opdracht. Het downloaden van deze lijst door Ina Brugmans op een ogenblik dat zij nog werkneemster was van de verzoekende partij en daarbij verantwoordelijk lijkt te zijn geweest voor onder meer het aanleveren van geschikte redders aan gemeentebesturen in de regio, en dit voorafgaand aan de bekendmaking van huidige opdracht, doet zich dan ook op het eerste gezicht niet voor als een element dat als een klaarblijkelijke mededingingsbeperkende handeling mag moet worden beschouwd in hoofde van de gekozen inschrijver.

In de mate dat de verzoekende partij ter terechtzitting betoogt dat de overlapping op de lijsten er op zou wijzen dat Human Gold een lijst van actieve redders heeft voorgelegd waarmee zij geen nog geen contracten heeft afgesloten en waarvan zij aldus de terbeschikkingstelling niet zou kunnen garanderen, zodat Human Gold ten onrechte werd geselecteerd en de selectie berust op bedrog, en de verwerende partij bij het onderzoek van de offertes had moeten vragen dat de contracten met de redders worden voorgelegd, geeft de verzoekende partij een nieuwe invulling aan het middel die niet is aangevoerd in haar verzoekschrift. Het betreft dan ook een nieuw middel waarvan de verzoekende partij niet aantoonde dat zij dit niet reeds in haar verzoekschrift kon ontwikkelen. In zoverre is het middel dan ook niet ontvankelijk. Bovendien valt hierbij op te merken dat de selectievereisten zoals bepaald in het bestek, niet vereisen dat de inschrijvers stukken dienen bij te brengen waaruit blijkt dat zij contracten hebben gesloten met de redders die zij in de offerte hebben opgegeven.

Wat de informatie betreft omtrent de pogingen van Ina Brugmans om in te loggen of zich te registreren op het computersysteem van de verzoekende partij, geeft de verzoekende partij aan dat deze pogingen mislukten. Bovendien blijken deze pogingen zich te hebben voorgedaan na de uiterste datum

voor het indienen van de offertes, zodat niet valt in te zien hoe dit geresulteerd zou kunnen hebben in mededingingsbeperkende handelingen bij het opstellen van de offerte van de gekozen inschrijver. In ieder geval brengt de verzoekende partij ook geen enkel element aan waaruit zou blijken dat Ina Brugmans effectief kennis zou hebben genomen van de prijszetting van de offerte van Flexpoint voorafgaand aan het indienen van de offertes.

Voor zover de verzoekende partij in haar verzoekschrift nog het vermoeden uit dat Ina Brugmans tijdens haar opzegperiode ook toegang zou hebben gehad tot andere vertrouwelijke gegevens in het kader van de voorbereiding van de offerte, dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij dit vermoeden met geen enkel concreet gegeven waaruit een “voldoende plausibele aanwijzing” zou blijken, ondersteunt.

7.8. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

7.9. De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift in een tweede middel de schending aan van artikel 4, lid 1 en artikel 81, § 3 van de wet overheidsopdrachten 2016, van artikel 5, 9° van de wet van 17 juni “1993” [lees: 2013] ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: de rechtsbeschermingswet 2013), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van het transparantie-, gelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel, van de materiële motiveringsplicht, en van het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel,

“Doordat, eerste onderdeel, de gunningsbeslissing alle subcriteria van het gunningscriterium kwaliteit de facto heeft geneutraliseerd door alle offertes zonder meer de maximumscore toe te kennen voor elk van deze subcriteria

zonder enige inhoudelijke beoordeling toe te passen, dan wel door de subcriteria te reduceren tot loutere minimumvereisten in weerwil van wat de inschrijvers konden verwachten op basis van het Bestek;

Terwijl een toetsing van de offertes aan de gunningscriteria veronderstelt dat een afdoende vergelijking van de offertes plaatsvindt, waarbij het aangeboden wordt getoetst aan de verwachtingen van de overheid en in toepassing van de beoordelingsmethodiek zoals vooropgesteld in het bestek;

En doordat, tweede onderdeel, de gunningsbeslissing geen enkele inhoudelijke motivering bevat voor de subcriteria van het gunningscriterium kwaliteit, maar zich beperkt tot een loutere punttoekenning waarbij alle inschrijvers de maximumscore ontvangen;

Terwijl de gemotiveerde gunningsbeslissing de juridische en feitelijke overwegingen dient te vermelden die aan de beslissing ten gronde liggen en afdoende moet zijn teneinde de belanghebbenden in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren.”

7.10. In de toelichting bij het eerste onderdeel van het middel voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij de subgunningscriteria van het gunningscriterium “service” heeft herleid tot minimumcriteria, waardoor het zou gaan om een regelmatigheidstoets. De verzoekende partij stelt hierdoor benadeeld te zijn geworden, aangezien zij een uitgebreide beschrijving heeft gegeven van het functioneren van de vaste contactpersoon, zoals de aanwezigheid van een eigen kantoor te Bilzen. Dit positief element heeft echter geen weerslag gevonden in de puntenscore aangezien alle offertes een gelijkwaardige score kregen voor dit subcriterium.

Zij meent dat de invulling die de verwerende partij in het gunningsverslag aan de subgunningscriteria heeft gegeven, niet te verwachten was op grond van het bestek. Uit de beoordelingsmethodiek opgenomen in het bestek bleek dat bijvoorbeeld voor het criterium “vaste contactpersoon” de offerte op grond van haar merites zou worden beoordeeld en niet als een minimumcriterium. In dat laatste geval zou immers in het bestek enkel een beoordeling “goed” of “slecht” zijn voorzien, en niet ook nog een beoordeling “matig”. Hetzelfde geldt volgens haar voor het subcriterium “vlotte bereikbaarheid”.

In de toelichting bij het tweede onderdeel van het middel bekritiseert de verzoekende partij het gebrek aan een beschrijvende evaluatie van de offertes in de bestreden beslissing. De motivering die de verwerende partij vervolgens gaf in haar brief van 29 maart 2019, betreft een *a posteriori* motivering, die bovendien evenmin afdoende is. De vermelding dat alle inschrijvers voldoen aan het criterium “vlotte bereikbaarheid” vormt geen geldige motivering. Een kwalitatief criterium vereist een subjectieve beoordeling waarbij men mag verwachten dat de verwerende partij uiteenzet hoe de inschrijvers de perfecte bereikbaarheid garanderen om de maximumscore te krijgen.

Beoordeling

Eerste onderdeel

7.11. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, behandelen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen zij op een transparante en proportionele wijze. Krachtens artikel 81, § 1, van dezelfde wet, gunt de aanbestedende overheid de overheidsopdracht aan de economisch meest voordelige offerte. Overeenkomstig 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 wordt bepaald 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. De Raad van State mag zich inzake de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria, niet in de plaats stellen van de aanbestedende overheid. In de uitoefening van het hem opgedragen rechtmatigheidstoezicht vermag hij wel desgevraagd na te gaan of deze beoordeling berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven en of het bestuur daarbij de grenzen van de redelijkheid niet te buiten is gegaan.

In het bestek werd het tweede gunningscriterium, waarvan de beoordeling wordt bekritiseerd, als volgt omschreven:

“

2	Service	40
2.1.	Vast contactpersoon	10
	Slecht = 0 Matig = 5 Goed = 10	
2.2.	Vlotte bereikbaarheid (bv. 24/24 service)	10
	Slecht = 0 Matig = 5 Goed = 10	
2.3.	Reactietijd (aankomen van jobstudenten op werkplek)	20
	Minder dan 1 u = 20 Tussen 1 u en 2 u = 10 Meer dan 2 u = 0	

”

Op het eerste gezicht dient te worden vastgesteld dat het gunningscriterium “service” volgens het bestek wordt beoordeeld aan de hand van drie subcriteria te weten, of er een vast contactpersoon wordt voorzien, of er vlotte bereikbaarheid is, waarbij op het eerste gezicht wordt gedoeld op de beschikbaarheid 24/24 en tot slot de reactietijd waarbinnen de jobstudenten zich aankomen op de werkplek. De beoordeling gebeurt aan de hand van een eerder rudimentaire beoordelingsschaal bestaande uit slechts drie schalen: goed, matig of slecht. Zowel de gehanteerde subcriteria als de beoordelingsmethode werden te dezen in het bestek opgenomen.

7.12. Op het eerste gezicht dient te worden vastgesteld dat de te dezen gekozen beoordelingsmethode, die door de verzoekende partij niet wordt betwist, zich niet lijkt te lenen tot een zeer gedetailleerde nuancering in de waardering van

de verschillen tussen de offertes met betrekking tot de kwalitatieve subcriteria. Voorts valt op te merken dat er in het bestek nergens nadere toelichting werd gegeven omtrent de wensen van het bestuur met betrekking tot de vaste contactpersoon, noch wat betreft de beschikbaarheid, afgezien van de toelichting “bv. 24/24 service”. In die omstandigheden valt niet onmiddellijk in te zien waarom de verzoekende partij meende uit het bestek te mogen afleiden dat zij op grond van een meer uitgebreide omschrijving van het functioneren van de contactpersoon en de aanwezigheid van een eigen kantoor te Bilzen een meer uitgesproken positieve waardering zou krijgen ten opzichte van andere offertes die hier mogelijks niet over beschikken. Er valt op het eerste gezicht niet in te zien waarom het gegeven dat te dezen alle inschrijvers een 24/24 uur beschikbaarheid van één vaste contactpersoon voorstelden, wat door de verwerende partij als goed werd beoordeeld en dus leidde tot een gelijke maximale score, zou uitsluiten dat de verwerende partij voor een offerte waar bijvoorbeeld meerdere contactpersonen werden voorzien of een minder beschikbare contactpersoon, geen matige score had kunnen geven. Zo is het denkbaar dat een offerte waarbij meerdere contactpersonen werden voorgesteld (bijvoorbeeld elkaar afwisselende contactpersonen in functie van de dagen van de week of voor- dan wel namiddag) of een beschikbaarheid 12/24 uur of slechts enkel 5/7 dagen een score ‘matig’ zou behalen voor één van beide subgunningscriteria. Zoals de verzoekende partij terecht aanvoert in haar verzoekschrift betreffen de subgunningscriteria op het eerste gezicht geen minimumvereisten en leidt het feit dat de aanbestedende overheid te dezen oordeelde dat alle inschrijvers voldeden aan het ter beschikking stellen van een vaste contactpersoon 24/24 en een aanmelding van de jobstudenten binnen het uur op het eerste gezicht niet tot een andere vaststelling. Wat haar kritiek betreft dat haar offerte ten onrechte niet beter werd gewaardeerd dan de andere offertes inzake bereikbaarheid terwijl zij een kantoor heeft te Bilzen, toont zij niet aan dat de verwerende partij hiermee de grenzen van een redelijke beoordeling te buiten zou zijn gegaan, gelet ook op de argumentatie van de verwerende partij in haar nota dat de nabijheid van een kantoor niet relevant is aangezien de dienstverlening meer en meer van op afstand en online gebeurt.

De verzoekende partij toont dan ook niet aan dat de concrete beoordeling van de offertes aan de hand van het gunningscriterium “service” in strijd met de omschrijving van het gunningscriterium in het bestek en de aangekondigde beoordelingsmethode zou zijn gebeurd, noch toont zij aan dat de concrete beoordeling niet geleid heeft tot de aanduiding van de economisch meest voordelige offerte in functie van de aangekondigde gunningscriteria.

7.13 Het eerste onderdeel van het middel is dan ook niet ernstig.

Tweede onderdeel

7.14. De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ vereisen dat de motivering van de betrokken beslissing de juridische en feitelijke overwegingen vermeldt die aan de beslissing ten grondslag liggen. Die motivering moet afdoende zijn, ten einde de bestuurde in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Artikel 5, 9°, van de rechtsbeschermingswet 2013, dat ingevolge artikel 29, § 1, ook van toepassing is in geval van een opdracht voor diensten in de klassieke sectoren waarvan de goed te keuren uitgave zonder belasting over de toegevoegde waarde het bedrag van 144.000 euro overschrijdt maar die de drempel voor Europese bekendmaking niet bereikt - zoals te dezen - bepaalt dat de gemotiveerde gunningsbeslissing de namen bevat van de gekozen inschrijver of de gekozen deelnemer of deelnemers bij de raamovereenkomst en van de deelnemers en inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte.

Te dezen wordt in het gunningsverslag dat samen met de bestreden beslissing aan de inschrijvers werd meegedeeld, met betrekking tot de beoordeling van het kwalitatieve gunningscriterium weergegeven:

“

Gunningscriterium nr. 2: service			
Beoordeling op 40 punten			
1	Human Gold		40
4	Randstad Belgium nv		40
6	Flexpoint		40
Gunningscriterium nr. 2.1: vaste contactpersoon			
Beoordeling op 10 punten			
Slecht=0 Matig=5 Goed=10			
1	Human Gold		10
4	Randstad Belgium nv		10
6	Flexpoint		10
Gunningscriterium nr. 2.2: vlotte bereikbaarheid (bv. 24/24 service)			
Beoordeling op 10 punten			
Slecht=0 matig=5 goed=10			
1	Human Gold		10
4	Randstad Belgium nv		10
6	Flexpoint		10
Gunningscriterium nr. 2.3: reactietijd (aanmelden van jobstudenten op werkplek)			
Beoordeling op 20 punten			
Minder dan 1u=20 tussen 1u en 2u=10 meer dan 2u=0			
1	Human Gold		20
4	Randstad Belgium nv		20
6	Flexpoint		20

”

Zoals de verwerende partij in haar nota uiteenzet, lijkt te dezen de toetsing van de kwalitatieve subcriteria zoals omschreven in het bestek geen omvangrijke inhoudelijke beoordeling te behoeven. In de bijzondere omstandigheden van deze zaak, waarbij zeer eenvoudige gunningscriteria werden gehanteerd met een rudimentaire beoordelingsschaal en waarbij de offertes van alle inschrijvers beoordeeld werden als volledig beantwoordend aan deze criteria

zodanig dat hun de maximale score werd toegekend, lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden aangenomen dat kon worden volstaan met de weergave van het te beoordelen subcriterium en de behaalde waardering op de aangekondigde schaal en met de daarmee overeenkomende score. Immers lijkt de verzoekende partij te dezen uit de gegeven motivering te hebben kunnen afleiden dat alle inschrijvers één contactpersoon voorstelden, die 24/24 uur beschikbaar was en aangaven dat de jobstudenten zich binnen het uur zouden aanmelden op de werkplek. De verzoekende partij maakt niet aannemelijk waarom deze motivering haar niet in staat stelde met kennis van zaken te oordelen of het zin had zich tegen de bestreden beslissing in rechte te verweren en deze beoordeling te betwisten.

7.15. Het tweede onderdeel is evenmin ernstig.

7.16. Het tweede middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de bvba Human Gold tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 700 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 30 april 2019,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,
bijgestaan door

Silja Doms,

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Johan Bovin