

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 246.940 van 4 februari 2020
in de zaak A. 229.962/XII-8859**

In zake: de BVBA INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES OF
BELGIUM (IBM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Youri Musschebroeck en Virginie Dor
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpesteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de RIJKSDIENST VOOR ARBEIDSVOORZIENING (RVA)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marie Vastmans en Anthony Poppe
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 januari 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de “beslissing d.d. 19 december 2019 van de RVA om voor perceel 1 (Storage), perceel 2 (Netwerk) en het perceel 3 (Servers) van de overheidsopdracht voor het onderhoud van de hardware IBM niet te selecteren”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 januari 2020, om 11.00 uur.

XII-8859-1/18

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Youri Musschebroeck, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Anthony Poppe, die tevens *loco* advocaat Marie Vastmans verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor diensten “Onderhoud van de hardware – Raamcontract”. Het is een openbare procedure waarbij de verwerende partij optreedt als aankoopcentrale.

De opdracht betreft de ondersteuning en het onderhoud van informaticamateriaal. Ze bestaat uit drie percelen: (1) Storage; (2) Netwerk en (3) Servers.

3.2. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 13 september 2019 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 18 september 2019.

3.3. In het bestek worden zes selectiecriteria vermeld, één inzake de financiële draagkracht van de inschrijver en vijf inzake de technische bekwaamheid van de inschrijver. Het eerste selectiecriterium inzake de technische bekwaamheid van de inschrijver wordt als volgt omschreven:

“Eerste criterium inzake de technische bekwaamheid van de inschrijver: kwaliteitscontrole: technici en/of technische organen, onderaannemers[.]

De inschrijver moet over voldoende technici of technische organen beschikken of kunnen beschikken, in het bijzonder de personen of de organen die verantwoordelijk zijn voor de kwaliteitscontrole. Bij de beoordeling van de technische bekwaamheid zal enkel rekening gehouden worden met de technici of de technische organen die in het raam van de opdracht die het voorwerp uitmaakt van onderhavig bestek een meerwaarde bieden.

De inschrijver kan een beroep doen op onderaannemers (cf. 3.5 van huidig bestek)

De inschrijver voegt bij zijn offerte

- een opgave van de al dan niet tot de onderneming behorende technici of technische organen, in het bijzonder van die welke verantwoordelijk zijn voor de kwaliteitscontrole.
- De nodige bewijzen van hun specialisatie en onderlegdheid (CV's, certificaten)
- Een lijst van de onderaannemers en de nodige documenten waarin zij verklaren zich niet in een uitsluitingstoestand te bevinden met betrekking tot hun persoonlijke situatie evenals een verklaring waarin zij zich verbinden tot het verstrekken van de gevraagde onderhoudsprestaties.”

Daarnaast wordt in het bestek bepaald:

“2.9.1.1. Uitsluitingscriteria

Op straffe van substantiële nietigheid van de offerte, en met het oog op administratieve vereenvoudiging, voegt de inschrijver bij zijn offerte een accuraat en correct ingevuld Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA), en waarin hij formeel verklaart dat er geen uitsluitingsgronden op hem van toepassing zijn en dat hij aan alle voorgeschreven kwalitatieve selectiecriteria beantwoordt. Het UEA vindt u terug via <https://uea.publicprocurement.be>. De kandidaat/inschrijver vult daarbij de delen I tot en met VI van het UEA accuraat en correct in. Wat deel IV betreft volstaat het om enkel afdeling a ‘algemene aanwijzing voor alle selectiecriteria’ in te vullen.

De inschrijver moet tevens, eveneens op straffe van substantiële nietigheid:

- Een ingevuld UEA voorleggen voor elke deelnemer van een combinatie van ondernemingen die optreedt als inschrijver, en voor elke onderaannemer of andere entiteit op wiens draagkracht de inschrijver een beroep doet; houdende de inlichtingen vereist in de delen II tot V van het UEA;
- In geval de inschrijver een combinatie van ondernemingen is, aanduiden welke deelnemer aan de combinatie zal optreden als vertegenwoordiger naar de aanbesteder toe, in deel II.B van het UEA. (artikel 40 KB plaatsing 2017).”

3.4. Op 8 oktober 2019 stelt de verzoekende partij de volgende vraag aan de verwerende partij over het bestek:

“Referentie naar par[a]graaf 2.9.11, wat beschouwt u als subcontractor en moet voor elke subcontractor ook een UEA te worden ingediend? We verwijzen hier naar het feit dat om full support aan te bieden er een verplichting is om diensten aan te kopen bij de originele vendor. Dient elke ‘originele’ vendor dan een aparte UEA op te maken of is de UEA van de aanbieder alleen voldoende?”

De verwerende partij antwoordt op 10 oktober 2019:

“Onderaanneming kan gedefinieerd worden als een overeenkomst waarbij de hoofdaannemer het werk dat hem in de hoofdaannemingsovereenkomst werd toevertrouwd, geheel of gedeeltelijk laat uitvoeren door een andere aannemer, de onderaannemer, die aanvaardt om dit buiten enige band van ondergeschiktheid te doen, tegen betaling van een prijs door de hoofdaannemer.

De uitvoeringsverordening (EU) 2016/7 van 5 januari 2016 van de Europese Commissie houdende een standaardformulier voor het UEA maakt het volgende duidelijk :

- Een ondernemer die zelfstandig deelneemt en zich niet beroept op de draagkracht van andere entiteiten om aan de selectiecriteria te voldoen, moet maar 1 UEA invullen
- Een ondernemer die zelfstandig deelneemt, maar beroep doet op de [draag]kracht van één of meerdere entiteiten, moet de aanbestedende overheid zijn eigen UEA bezorgen, samen met een afzonderlijk UEA met de relevante informatie voor iedere entiteit waarop de ondernemer steunt
- Indien combinaties van ondernemers samen deelnemen aan een procedure, dan dient er voor iedere deelnemer een UEA te worden ingediend.”

3.5. De verzoekende partij dient een offerte in voor de drie percelen. Naast de verzoekende partij dienen nog drie andere inschrijvers offertes in voor diverse combinaties van percelen.

3.6. Op 19 december 2019 wordt een gunningsverslag opgesteld. Daarin wordt, wat de selectie betreft, als volgt geoordeeld over de offerte van de verzoekende partij:

“8.3. Selectiecriteria
[...]

8.3.2. Selectiecriteria met betrekking tot de technische bekwaamheid van de inschrijver

Eerste criterium: kwaliteitscontrole: technici en/of technische organen, onderaannemers

De evaluatoren stellen vast dat:

[...]

b. wat betreft onderaannemers

[...]

[IBM] doet beroep op onderaannemers, maar voegt bij zijn offerte niet de documenten die dienaangaande werden gevraagd in het bestek en voldoet derhalve niet aan alle vereisten die werden gesteld in het bestek. [IBM] heeft nagelaten om de volgende documenten toe te voegen aan zijn offerte: een verklaring van iedere onderaannemer dat hij zich niet in een uitsluitingstoestand bevindt met betrekking tot zijn persoonlijke situatie en een verklaring van iedere onderaannemer dat hij zich verbindt tot het verstrekken van de gevraagde onderhoudsprestaties. [IBM] voldoet dus niet aan de selectiecriteria in verband met onderaanneming.

[...]

8.4. Conclusie m.b.t. regelmatigheid, toegangsrechten en selectie

[...]

De offerte van [IBM] voldoet niet aan het eerste selectie criterium, zodat [IBM] niet is geselecteerd.”

De inschrijvers nv Econocom Managed Services en nv Realdolmen worden wel geselecteerd. Hun offertes worden getoetst aan de gunningscriteria. Het gunningsverslag komt vervolgens tot het volgende besluit:

“Wat betreft de percelen 1 en 3 is de economisch meest voordelige en regelmatige offerte die van inschrijver Econocom Managed Services [...]. Wat betreft perceel 2 is er geen geselecteerde inschrijver, zodat de opdracht voor perceel 2 niet kan worden gegund. Met het oog op de gunning van perceel 2 zal een nieuwe gunningsprocedure worden aangevat, meer bepaald een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.”

3.7. Eveneens op 19 december 2019 beslist de verwerende partij, verwijzend naar het gunningsverslag, om de opdracht voor perceel 1 en 3 te gunnen aan de nv Econocom Managed Services en om voor perceel 2 een nieuwe gunningsprocedure te starten. Dat is de bestreden beslissing.

3.8. Met een aangetekend schrijven en een e-mailbericht van 27 december 2019 brengt de verwerende partij het volgende ter kennis aan de verzoekende partij:

“Overeenkomstig artikel 8,§1,3° van de wet van 17 juni 2013 [...] stel ik u ervan in kennis dat de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening, bij monde van het Beheerscomité, tijdens de zitting van 19/12/2019, na grondig en vergelijkend onderzoek van de offertes, heeft beslist dat voor het perceel 1 (Storage), perceel 2 (Netwerk) en het perceel 3 (Servers), de door uw onderneming ingediende offerte niet werd geselecteerd.

Als bijlage vindt u een uittreksel van het proces-verbaal van de zitting van het Beheerscomité d.d. 19/12/2019, houdende de gemotiveerde beslissing, alsook een uittreksel uit het evaluatierapport.

Ik breng er u ook van in kennis dat, behoudens een vordering bij de Raad van State tot schorsing van de uitvoering van deze beslissing in het kader van een rechtspleging bij uiterst dringende noodzakelijkheid, de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening de opdracht m.b.t. het perceel 1 (Storage) en het perceel 3 (Servers) na verloop van een wachttermijn van 15 dagen, die ingaat vanaf de mededeling van de gemotiveerde gunningsbeslissing, zal afsluiten met de onderneming Econocom Managed Services. Wat betreft het perceel 2 (Netwerk) zal een nieuwe procedure worden aangevat. Wij zullen [IBM] en Atos Belgium contacteren in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.”

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

Standpunt van de partijen

4.1.1. In het verzoekschrift verklaart de verzoekende partij dat haar belang bestaat in de mogelijkheid om uiteindelijk de begunstigde van de opdracht te worden. Indien de Raad zou oordelen dat de beslissing om de verzoekende partij niet te selecteren onwettig is, dan zal de verwerende partij ofwel een nieuwe opdracht moeten lanceren en kan de verzoekende partij een nieuwe offerte indienen of zal de verzoekende partij, in voorkomend geval, alsnog moeten worden geselecteerd.

4.1.2. Volgens de verwerende partij, die het belang van de verzoekende partij betwist, heeft de verzoekende partij enkel de beslissing om haar niet te selecteren aangevochten, maar niet de beslissing tot gunning van perceel 1 en 3,

noch de beslissing om voor perceel 2 een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking op te starten. Nochtans werd de verzoekende partij, zo vervolgt de verwerende partij, in de kennisgeving geïnformeerd over het bestaan van deze beslissingen. De termijn om een vordering in kortgeding bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te stellen tegen deze beslissingen is inmiddels verstreken. De verzoekende partij beschikt, zo besluit de verwerende partij, bijgevolg niet over het rechtens vereiste belang bij het alleen aanvechten van de beslissing tot niet-selectie.

Beoordeling

4.2. De exceptie van de verwerende partij steunt op de stelling dat de voorliggende vordering uitsluitend gericht zou zijn tegen de beslissing om de verzoekende partij niet te selecteren.

Er blijkt evenwel op het eerste gezicht om de hiernavolgende redenen niet dat zulks hier apert het geval is zodat de exceptie de nodige ernst ontbreekt.

Uit de bestreden beslissing zelf blijkt *prima facie* immers niet dat de verwerende partij afzonderlijke beslissingen zou hebben genomen inzake selectie, gunning en opstart van een nieuwe plaatsingsprocedure. Integendeel blijkt de verwerende partij één enkele beslissing te hebben genomen die alle drie aspecten verweven in zich draagt. De voorliggende vordering lijkt dan ook gericht te zijn tegen deze enige beslissing over de betrokken overheidsopdracht in haar geheel.

Hierbij mag ook worden bedacht dat de verwerende partij zelf in de kennisgeving aan de verzoekende partij de beslissing van 19 december 2019 als één geheel behandelt, zonder het onderscheid te maken dat zij nu in het leven wil roepen. De omschrijving van het voorwerp in het verzoekschrift als de “beslissing d.d. 19 december 2019 van de RVA om [...] IBM niet te selecteren” lijkt dan ook vooral in het licht van die vermeldingen in de kennisgeving te moeten worden gelezen. De verwerende partij lijkt immers zelf uitdrukkelijk in de kennisgeving

voorop te stellen dat het aanvechten van de niet-selectie voor haar zou volstaan om niet over te gaan tot het sluiten van de overeenkomst voor de percelen 1 en 3.

V. Schorsingsvoorwaarden

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

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

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 65, tweede en vierde lid van het koninklijk besluit van 18 april 2017 en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel” en betoogt:

“Doordat RVA heeft beslist dat IBM niet voldoet aan de selectiecriteria in verband met onderaanneming;

Terwijl RVA heeft nagelaten om elk kwalitatief selectie criterium van technische aard, te verbinden aan een gepast niveau; dat de selectiecriteria die RVA in casu heeft gebruikt bijvoorbeeld eisen dat de inschrijver over ‘voldoende’ technici of technische organen beschikken of kunnen beschikken (selectie criterium ‘kwaliteitscontrole’), dat de inschrijver over ‘voldoende bekwame en gespecialiseerde medewerkers’ moet beschikken (selectie criterium ‘personeelsbestand’); dat de inschrijver zijn technische bekwaamheid moet aantonen aan de hand van een ‘lijst van de voornaamste diensten, die gerelateerd zijn aan het voorwerp van onderhavig opdracht’ (selectie criterium ‘referenties’); dat de inschrijver ‘over de technische uitrusting (moet) beschikken om de opdracht behoorlijk te kunnen realiseren’ (selectie criterium ‘technische uitrusting’); dat de inschrijver een verklaring moet voorleggen waaruit zou moeten blijken dat hij aan ‘bepaalde’ kwaliteitsnormen voldoet (selectie criterium ‘certificaten’); dat geen van deze selectiecriteria dus verbonden werden aan een gepast niveau, zodat de beslissing dat IBM niet voldoet aan de selectiecriteria in ieder geval onwettig is.”

In de toelichting bij het middel benadrukt de verzoekende partij dat dergelijke vereisten niet precies zijn en de deur op een kier zetten voor willekeurige beslissingen. Volgens de verzoekende partij heeft zij belang bij dit middel nu zij niet werd geselecteerd omdat zij niet voldeed aan de selectiecriteria. Indien de verwerende partij de selectiecriteria had verbonden aan een gepast niveau, dan had de verzoekende partij bovendien naar eigen zeggen “met zekerheid kunnen weten dat zij geen beroep diende te doen op de draagkracht van onderaannemers”.

Beoordeling

7. De verzoekende partij lijkt onvoldoende aan te tonen belang te hebben bij het middel. Uit het gunningsverslag – randnummer 3.6 – blijkt dat de verzoekende partij niet werd geselecteerd niet om reden dat zij niet voldoet aan bepaalde minimumvereisten inzake technische bekwaamheid maar wel omdat zij heeft nagelaten de door het bestek vereiste documenten inzake het eerste selectie criterium bij haar offerte te voegen. De aangevoerde onwettigheid lijkt de verzoekende partij hier dan ook geen nadeel te hebben toegebracht. De opmerking van de verzoekende partij dat, indien de verwerende partij de selectiecriteria had verbonden aan een gepast niveau, de verzoekende partij met zekerheid had kunnen weten dat zij geen beroep diende te doen op de draagkracht van onderaannemers, is evenmin van aard om tot een ander besluit te leiden; deze opmerking wordt niet voldoende concreet geadstrueerd, te meer hierbij mag worden bedacht dat, zoals ter terechtzitting is gebleken, de verzoekende partij de zittende dienstverlener is.

Overigens lijkt het middel ten gronde evenmin ernstig.

De verwerende partij lijkt immers te mogen worden bijgevallen waar zij in haar nota doet gelden dat het gepaste niveau van de selectiecriteria te dezen kan worden afgeleid uit de uitvoerige en nauwkeurige beschrijving van de opdracht in het bestek, zodat de inschrijvers kennis hadden van het exacte voorwerp en de omvang van de opdracht, kennis aan de hand waarvan zij *prima facie* de in het bestek gestelde selectievereisten naar behoren konden interpreteren. Hier opnieuw mag worden bedacht dat de verzoekende partij de zittende dienstverlener is zodat haar argument ter terechtzitting dat de opdracht niet duidelijk was, niet plausibel lijkt. De nauwkeurige omschrijving van de opdracht in het bestek nam op het eerste gezicht ook meteen de mogelijkheid weg voor de aanbestedende overheid om de selectiecriteria arbitrair in te vullen, zoals de verzoekende partij vreest.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 73 van het koninklijk besluit van 18 april 2017, de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel” en betoogt:

“Doordat RVA heeft besloten om IBM niet te selecteren en heeft besloten om Econom Managed Services en Realdolmen wel te selecteren; dat RVA, zonder hierover enige vraag te stellen, heeft vastgesteld dat IBM niet de documenten met betrekking tot de onderaannemers waarop zij beroep zou doen voor de uitvoering van de opdracht en die in het bestek zouden zijn gevraagd, heeft overgemaakt en derhalve meent dat IBM niet voldoet aan alle selectiecriteria; dat in het bestek immers onder het selectiecriterium ‘kwaliteitscontrole’ werd gevraagd om ‘een lijst van de onderaannemers’ over te maken en de ‘nodige documenten waarin zij (de onderaannemers) verklaren zich niet in een uitsluitingstoestand te bevinden met betrekking tot hun persoonlijke situatie evenals een verklaring waarin zij zich verbinden tot het verstrekken van de gevraagde onderhoudsprestaties’;

Terwijl (eerste onderdeel) uit het door IBM overgemaakte UEA blijkt dat IBM geen beroep doet op de draagkracht van de onderaannemers waarop IBM (in voorkomend geval) beroep zou doen voor de uitvoering van de opdracht; en terwijl RVA op de vraag van IBM welke documenten voor onderaannemers moesten worden overgemaakt, heeft geantwoord dat enkel een UEA voor de onderaannemers diende te worden overgemaakt wanneer er beroep zou worden gedaan op hun draagkracht; zodat IBM meende dat de documenten met betrekking tot de onderaannemers die overeenkomstig de overheidsopdrachtenreglementering enkel moeten worden overgemaakt wanneer men beroep doet op de draagkracht van derden, niet heeft overgemaakt samen met haar offerte; en terwijl RVA, voor zover zij niet begreep waarom deze documenten niet zouden zijn overgemaakt, ook een vraag had kunnen stellen aan IBM; dat immers van een zorgvuldige aanbestedende overheid kan worden verwacht dat zij de beslissing zorgvuldig voorbereid en de juridische aspecten van het dossier deugdelijk onderzoekt;

Terwijl (tweede onderdeel) de bestekclausule onwettig is omdat het niet aan een aanbestedende overheid toekomt om zich tijdens de plaatsingsprocedure ervan te verzekeren dat de door een inschrijver voorgestelde onderaannemers zich niet in een uitsluitingsgrond bevinden; dat de controle van de uitsluitingsgronden overeenkomstig de artikelen 67 (verplichte uitsluitingsgronden), 68 (uitsluitingsgrond in verband met fiscale en sociale schulden) en 69 (facultatieve uitsluitingsgrond) enkel dient te gebeuren in hoofde van de ‘kandidaat of inschrijver’; dat er geen enkele rechtsgrond bestaat op basis waarvan een aanbestedende overheid

ook kan controleren of een onderaannemer zich bevindt in een uitsluitingsgrond;

Terwijl (derde onderdeel) de bestekclausule onwettig is omdat de verklaringen niet dienstig zijn voor een aanbestedende overheid om zich ervan te verzekeren dat de door een inschrijver voorgestelde onderaannemers zich niet in een uitsluitingsgrond bevinden;

Terwijl (vierde onderdeel) RVA niet heeft gecontroleerd of de verklaringen/verbintenissen van de door de andere inschrijvers (Econom Managed Services, Realdolmen en Atos) voorgestelde onderaannemers rechtsgeldig werden ondertekend, zodat ook niet vaststaat of de andere inschrijvers konden worden geselecteerd;

Terwijl (vijfde onderdeel) Econom Managed Services en Realdolmen ook een verklaring en verbintenis van IBM hadden moeten overmaken, aangezien (i) overeenkomstig het bestek RVA ondersteuning wenst van de oorspronkelijke leverancier/dienstverlener, (ii) het feit dat RVA over IBM-apparatuur beschikt, en (iii) dat IBM deze ondersteuning niet heeft uitbesteed aan Econom Managed Services en Realdolmen, zodat IBM met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zal moeten optreden als onderaannemer van de andere inschrijvers.”

Beoordeling

9.1. Het bestek bevat zes selectiecriteria, één inzake de financiële draagkracht van de inschrijver en vijf inzake de technische bekwaamheid van de inschrijver. Het eerste selectie criterium inzake de technische bekwaamheid van de inschrijver wordt in het bestek omschreven als “kwaliteitscontrole: technici en/of technische organen, onderaannemers”. In het kader van dit selectie criterium wordt in het bestek bepaald dat de inschrijvers, indien zij voor dit selectie criterium een beroep doen op onderaannemers, het volgende bij hun offerte dienen te voegen:

“Een lijst van de onderaannemers en de nodige documenten waarin zij verklaren zich niet in een uitsluitingstoestand te bevinden met betrekking tot hun persoonlijke situatie evenals een verklaring waarin zij zich verbinden tot het verstrekken van de gevraagde onderhoudsprestaties.”

Daarnaast wordt in het bestek, wat de uitsluitingscriteria betreft, voorgeschreven dat de inschrijver “[o]p straffe van substantiële nietigheid van de offerte, en met het oog op administratieve vereenvoudiging, [...] bij zijn offerte een accuraat en correct ingevuld Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) [voegt] waarin hij formeel verklaart dat er geen uitsluitingsgronden op hem van toepassing zijn en dat hij aan alle voorgeschreven kwalitatieve selectiecriteria

beantwoordt”. Voorts wordt in het bestek in dit verband vereist dat de inschrijver, op straffe van substantiële nietigheid, “[e]en ingevuld UEA [moet] voorleggen [...] voor elke onderaannemer of andere entiteit op wiens draagkracht de inschrijver een beroep doet”. De vereiste om “de nodige documenten waarin zij verklaren zich niet in een uitsluitingstoestand te bevinden” bij te voegen indien de inschrijver voor het eerste selectie criterium inzake technische bekwaamheid een beroep doet op onderaannemers, lijkt op het eerste gezicht te mogen worden geacht te overlappen met de plicht voor dergelijke onderaannemers een UEA bij te voegen.

In het bij haar offerte gevoegde UEA verklaart de verzoekende partij geen beroep te doen op de draagkracht van andere entiteiten om te voldoen aan de selectiecriteria. In haar offerte vermeldt zij echter bij haar beschrijving van de wijze waarop zij voldoet aan het eerste selectie criterium inzake de technische bekwaamheid van de inschrijver “kwaliteitscontrole: technici en/of technische organen, onderaannemers”, na een uiteenzetting over haar procedures voor kwaliteitsgarantie, over haar specialisaties en lokale onderlegdheid voor kwaliteitsgarantie en een vermelding van *curricula vitae* van personen met een functie in verband met kwaliteit, ook een lijst van onderaannemers – offerte bladzijden 20 tot 24. Daarbij verklaart zij – offerte bladzijde 18 –: “IBM is verantwoordelijk voor het totale onderhoudsproces en doet beroep op de ondersteuning van gespecialiseerde partners voor het onderhoud op bepaalde niet-IBM producten”. Voorts licht de verzoekende partij in dit deel van haar offerte inzake het voldoen aan de selectiecriteria nog in detail toe hoe zij samenwerkt met haar tientallen onderaannemers om de door het bestek vereiste support te kunnen leveren – offerte bladzijde 19. Daarbij vermeldt zij nauwgezet welke onderaannemer voor welk type onderhoudsprestatie zal worden ingezet.

In het gunningsverslag wordt beslist om de verzoekende partij niet te selecteren op grond van de overweging dat de verzoekende partij bij het eerste selectie criterium met betrekking tot de technische bekwaamheid een beroep doet op onderaannemers, maar bij haar offerte de documenten niet voegt die dienaangaande werden gevraagd in het bestek.

9.2. Wat het eerste middelonderdeel betreft, voert de verzoekende partij in essentie aan dat zij niet verplicht was om voornoemde documenten bij te voegen voor haar onderaannemers aangezien zij geen beroep doet op hun draagkracht om aan de selectiecriteria te voldoen.

Gelet op de onder randnummer 9.1 geschetste vermeldingen die de verzoekende partij in haar offerte zelf heeft opgenomen, lijkt de verwerende partij terecht te mogen concluderen dat de verzoekende partij wel degelijk een beroep doet op de draagkracht van de onderaannemers die zij in haar offerte heeft vermeld onder het eerste selectie criterium inzake technische bekwaamheid, en dit om aan dat selectie criterium te voldoen. Dat de verzoekende partij thans het omgekeerde beweert, lijkt tegen haar eigen offerte in te gaan.

Het gegeven dat de verzoekende partij in weerwil van haar offerte, in haar UEA het vakje “nee” aankruist bij de vraag of zij een beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten om te voldoen aan de selectiecriteria, doet niet anders besluiten. De verwerende partij mocht zich steunen op de vermeldingen in de offerte zelf van de verzoekende partij. In elk geval toont de verzoekende partij niet aan dat een door haarzelf veroorzaakte tegenstrijdigheid hier in haar voordeel moet spelen.

Ten slotte mag worden vastgesteld dat de verzoekende partij niet aantoont, in de concrete omstandigheden van de zaak waarbij de verzoekende partij zelf enige onzorgvuldigheid aan de dag legt, dat de mogelijkheid voor een aanbestedende overheid om met toepassing van artikel 66, § 3, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) contact op te nemen met een inschrijver, hier moet worden begrepen als een verplichting of een dwingende uiting van zorgvuldigheid in hoofde van de verwerende partij.

9.3. Wat het tweede middelonderdeel betreft, voert de verzoekende partij in essentie aan dat de betrokken bepaling in het bestek onwettig is omdat het niet aan de aanbestedende overheid toekomt om tijdens de plaatsingsprocedure te controleren of een onderaannemer zich in een uitsluitingsgrond bevindt; dat kan volgens de verzoekende partij enkel tijdens de uitvoeringsfase van de opdracht.

Bij de bespreking van het eerste middelonderdeel is op het eerste gezicht vastgesteld dat de verwerende partij te dezen terecht op zicht van de offerte van de verzoekende partij mocht besluiten dat deze inschrijver wel degelijk een beroep deed op de draagkracht van onderaannemers om te voldoen aan het betrokken selectie criterium. In artikel 73, § 1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 wordt uitdrukkelijk bepaald dat wanneer een kandidaat een beroep doet op de draagkracht van een derde het UEA ook de gegevens bevat aangaande de uitsluitingsgronden en de selectiecriteria ten aanzien van de derde op wiens draagkracht een beroep wordt gedaan. Daarnaast wordt in artikel 73, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) uitdrukkelijk bepaald dat “[d]e aanbestedende overheid [...] overeenkomstig de artikelen 73 tot 76 van de wet na[gaat] of de entiteiten op wier draagkracht een ondernemer zich wil beroepen, aan de selectiecriteria voldoen en of voor hen uitsluitingsgronden bestaan”.

Aldus lijkt de verwerende partij te dezen wel degelijk over een rechtsgrond te beschikken om reeds tijdens de plaatsingsprocedure te controleren of een onderaannemer op wiens draagkracht een beroep wordt gedaan om te voldoen aan de selectiecriteria, zich in een uitsluitingsgrond bevindt zodat in dat licht niet blijkt dat de besteksbe­paling onwettig zou zijn.

9.4. Wat het derde middelonderdeel betreft, laat de verzoekende partij in essentie gelden dat de betrokken besteksbe­paling onwettig is omdat de verklaringen niet dienstig zijn voor de aanbestedende overheid om zich ervan te verzekeren dat de door een inschrijver voorgestelde onderaannemers zich niet in een uitsluitingsgrond bevinden. De verzoekende partij ziet naar eigen zeggen de meerwaarde niet in van de in het bestek gevraagde verklaring inzake uitsluitingsgronden in hoofde van onderaannemers.

Bij de bespreking van het tweede middelonderdeel is gebleken dat de verwerende partij er krachtens artikel 73, § 1, tweede lid, koninklijk besluit plaatsing 2017, toe gehouden was de betrokken documenten op te vragen bij de

verzoekende partij. Aldus lijkt de opportuniteitskritiek die in het derde middelonderdeel wordt aangevoerd, niet relevant.

9.5. Wat het vierde middelonderdeel betreft, voert de verzoekende partij in essentie aan dat de verwerende partij niet heeft gecontroleerd of de verklaringen of verbintenissen van de door de andere inschrijvers voorgestelde onderaannemers rechtsgeldig werden ondertekend.

Het middelonderdeel lijkt op het eerste gezicht feitelijke grondslag te missen. Uit de offertes van de overige inschrijvers gevoegd bij het vertrouwelijk deel van het administratief dossier waar de Raad kennis mag van nemen, lijken zij, anders dan de verzoekende partij, geen beroep te doen op de draagkracht van hun mogelijke onderaannemers om te voldoen aan het eerste selectie criterium inzake technische bekwaamheid. Minstens blijken zij in het deel van hun offerte dat betrekking heeft op het kwestieuze selectie criterium, anders dan de verzoekende partij heeft gedaan, niet naar het inzetten van onderaannemers te verwijzen. Aldus blijkt niet dat de verwerende partij hier had moeten besluiten dat de andere inschrijvers ook de draagkracht van derden inroepen bij het betrokken selectie criterium. Hetzelfde geldt overigens ook voor de andere selectie criteria.

De verzoekende partij lijkt dan ook uit te gaan van een onjuist feitelijk gegeven.

9.6. Wat het vijfde middelonderdeel betreft, betoogt de verzoekende partij in essentie dat de andere inschrijvers een verklaring en verbintenis van de verzoekende partij zelf bij hun offerte hadden moeten voegen, nu de verwerende partij over IBM-apparatuur beschikt die onder de opdracht valt.

Ook dit middelonderdeel berust op de onjuiste veronderstelling dat de andere inschrijvers in hun offerte een beroep zouden doen op de draagkracht van hun mogelijke onderaannemers om te voldoen aan het betrokken eerste selectie criterium inzake technische bekwaamheid, dan wel aan de overige selectie criteria.

Het feit dat de andere inschrijvers bij de uitvoering van de opdracht mogelijkerwijs op sommige punten een beroep zouden moeten doen op diensten of producten van de verzoekende partij, houdt op zich niet in dat zij daarmee ook meteen een formele onderaannemerrelatie zouden aangaan met haar voor het uitvoeren van de opdracht, laat staan een beroep zouden doen op haar draagkracht om te voldoen aan de selectiecriteria. In dit verband mag er worden verwezen naar de nota van de verwerende partij, waaruit blijkt dat het hier op het eerste gezicht louter zou gaan om het downloaden van *software-updates* bij IBM.

9.7. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

10. 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, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vier februari tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Pierre Barra