

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 248.158 van 20 augustus 2020
in de zaak A. 231.312/XII-8932**

In zake: de NV KING BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Lemmens, Jan De Leyn en
Evi Degroodt
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
De Burburestraat 6-8, bus 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE HEUSDEN-ZOLDER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wouter Moonen, Thomas Christiaens en Jarien
Bloemen
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 64, bus 101
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 juli 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van [de gemeente Heusden-Zolder] van 1 juli 2020 [...] waarbij de raamovereenkomst voor levering van onderhoudsproducten tot eind 2023 wordt gegund aan nv Boma en niet aan nv King Belgium, en waarbij nv King Belgium ten onrechte als derde inschrijver wordt gerangschikt in de eindrangschikking na nv Boma en nv Keroma Techniek”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 augustus 2020, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Evi Degroot, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Thomas Christiaens, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor leveringen uit met als voorwerp “onderhoudsproducten tot eind 2023”. De plaatsingsprocedure is de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

3.2. Het bijzonder bestek met referentie FIN20003 is van toepassing.

De gunningscriteria zijn:

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Prijs	50
	De offertes worden vergeleken op basis van een korf van veelgebruikte producten.	

XII-8932-2/21

	De inschrijver met de laagste eenheidsprijs voor de meeste producten wordt het hoogst gerangschikt.	
2	Klantenservice en technische bijstand	50
	De inschrijver beschrijft in zijn offerte welke klantenservice en technische bijstand in de aangeboden eenheidsprijzen begrepen zijn. Het gaat onder meer over vakkundige hulp bij het kiezen van de meest geschikte producten met de beste prijs-kwaliteitverhouding.	
	Totaal gewicht gunningscriteria:	100

Bij het bestek is geen inventaris gevoegd. Wel is in het bestek aangaande de prijsvaststelling het volgende bepaald:

“1.5 Prijsvaststelling

De opdracht wordt beschouwd als een opdracht tegen prijslijst.

Open overeenkomst zonder hoeveelheden

Het betreft een open overeenkomst waarbij geen hoeveelheden vermeld zijn en de aanbesteder zich het recht voorbehoudt de bestellingen naar zijn behoefte te regelen.

De opdracht wordt gegund op basis van de aangeboden eenheidsprijzen die forfaitair zijn.

De verrekening gebeurt op basis van de werkelijk bestelde en gepresteerde hoeveelheden.

Elke afzonderlijke afroep zal het voorwerp uitmaken van een bestelbon.

Prijsopgave met internet login, catalogoog of prijslijst

Bij dit bestek is geen inventaris gevoegd.

De inschrijver voegt bij zijn offerteformulier een internet login, een catalogoog of een prijslijst waarmee een uitgebreid gamma van de gevraagde producten kan geraadpleegd worden.

Voor elk product moeten minstens de volgende gegevens kunnen opgezocht worden:

- de Nederlandstalige benaming;
- de eenheidsprijs en de eventuele korting op deze eenheidsprijs;
- de hoeveelheid waarop de eenheidsprijs en de eventuele korting betrekking hebben.

Het is aanbevolen om ook de volgende gegevens ter beschikking te stellen:

- technische specificaties van de aangeboden producten;
- meerdere eenheidsprijzen of kortingen per product naargelang de afgenomen hoeveelheden.

De aanbesteder mag deze vertrouwelijke informatie niet bekendmaken of meedelen aan derden.

Leverings- of verzendingskosten

De leverings- of verzendingskosten moeten in de aangeboden eenheidsprijzen begrepen zijn.

Voor bestellingen onder 100 euro exclusief btw mag de inschrijver leverings- of verzendingskosten aanrekenen als hij hiervoor een forfaitair bedrag op zijn offerteformulier invult.”

In het bij het bestek gevoegde offerteformulier is bepaald dat de inschrijver zich verbindt “tot de uitvoering van de bovengenoemde overheidsopdracht overeenkomstig de bepalingen en voorwaarden van het bestek nr. FIN20003 tegen de eenheidsprijzen, die kunnen geraadpleegd worden met de bijgevoegde internet login, catalogoog of prijslijst”.

De technische bepalingen van het bestek bevatten het volgende overzicht van de gevraagde producten:

“III.1 Overzicht van de gevraagde producten

- Poetsgerief:

borstels, aftrekkers, stelen, dweilen, handvegers, stofblikken, poetsdoeken, wisdoeken, stofdoeken, handdoeken, vaatdoeken, sponsdoekjes, zeemvellen, sponzen, schuursponzen, staalwol, ...

- Reinigingsproducten:

detergenten, zepen (vast en vloeibaar), bleekwater, allesreinigers, interieurreinigers, glasreinigers, vloerreinigers, houtwas, meubelreinigers, keukenreinigers, schuurmiddelen, strippers, sanitairreinigers, ontstoppers, ontkalkers, desinfecteerproducten, autoreinigers, wis- en spraymiddelen, beschermingsproducten, handcleaners, wasmiddelen, vaatwasmiddelen (manueel en machinaal), spoelmiddelen, ovenreinigers, ...

- Papierwaren:

toiletpapier, handdoekrollen, keukenrollen, poetsrollen, servetten, ...
Het lopende contract van Tork moet mee overgenomen worden.

- Diverse:

handschoenen, plasticwaren, emmers, doseermaterialen, pedaalemmers, vuilnisbakken, vuilniszakken, matten, toiletartikelen, luchtverfrissers, ...
De inschrijver wordt verondersteld de aangeboden producten in voorraad te hebben, zodat controle van hun kwaliteit mogelijk is voor de toewijzing van de opdracht.”

3.3. Zes ondernemingen, waaronder de verzoekende partij, worden uitgenodigd om een offerte in te dienen. Vijf inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, dienen tijdig een offerte in.

3.4. Aan drie inschrijvers die in hun offerte niet in “Tork-producten” hadden voorzien, wordt door de verwerende partij gevraagd om voor drie specifieke Tork-producten alsnog een prijs aan te bieden. De offertes van deze inschrijvers worden door hen nog aangevuld met deze prijzen.

3.5. In het verslag van nazicht van 4 juni 2020 worden alle offertes regelmatig bevonden. De nv Boma wordt als eerste gerangschikt met 60 punten en de verzoekende partij als derde met 42 punten.

Wat het eerste gunningscriterium “prijs” betreft, worden de kandidaten als volgt gerangschikt:

1	Boma	14 laagste eenheidsprijzen x 2 punten = 28 punten	28
5	Keroma Techniek	13 laagste eenheidsprijzen x 2 punten = 26 punten	26
3	Essef	8 laagste eenheidsprijzen x 2 punten = 16 punten	16
2	King Belgium	7 laagste eenheidsprijzen x 2 punten = 14 punten	14
4	Proficlean	2 laagste eenheidsprijzen x 2 punten = 4 punten	4

Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan de nv Boma.

Het gunningsverslag bevat de volgende aanvullende motivering ter ondersteuning van het voorstel om de opdracht te gunnen aan de nv Boma:

“Na vergelijking van de aangeboden prijzen op de door ons meest courant gebruikte producten, in combinatie met de voorgestelde service en technische bijstand, stellen wij voor om de aanbesteding toe te wijzen aan Boma nv, Noorderlaan 131, Antwerpen.

Naast de zeer voordelige prijzen kan Boma ook terugvallen op een overzichtelijke website en een uiterst modern en gebruiksvriendelijk online bestelplatform waar alle nodige info terug te vinden is.

Bestellingen, facturen, track&trace, ...

Op gebied van opleidingen kan Boma een veelvoud aanbieden, steeds op maat van de klant en geheel gratis. Deze opleidingen gebeuren op locatie of in hun eigen opleidingscentrum. Gedurende de duur van het contract is er een constante opvolging om steeds de beste service te kunnen aanbieden.

Het merendeel van hun producten hebben ze op stock waardoor de leveringen binnen de 2 werkdagen kunnen plaatsvinden. Ze werken met eigen chauffeurs die tevens meehelpen met het afladen en controleren van de goederen.

De vertegenwoordiger volgt alles van zeer nabij op en is altijd bereikbaar bij problemen of vragen, geeft zelf demonstraties en opleidingen en probeert samen met de verantwoordelijken een gepast werkschema uit te werken en op te volgen.”

3.6. Op 1 juli 2020 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Heusden-Zolder om goedkeuring te verlenen aan het verslag van nazicht en de opdracht te gunnen aan de nv Boma.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

Standpunt van de verwerende partij

4. De verwerende partij werpt op dat het belang in hoofde van de verzoekende partij ontbreekt, zodat haar vordering onontvankelijk is. Zij voert daartoe twee redenen aan. Zij benadrukt dat de opdracht is gesloten, zodat de verzoekende partij onmogelijk nog in aanmerking kan komen voor uitvoering. Voorts doet zij gelden dat een eventuele herbeoordeling moet leiden tot de wering van de offerte van de verzoekende partij. Volgens haar zouden er immers tussen de verzoekende partij en Essity, de leverancier van Tork-producten, afspraken bestaan die ertoe leiden dat andere afnemers duurdere prijzen gepresenteerd krijgen wanneer zij producten van Essity willen afnemen en dat de verzoekende partij hiervan op de hoogte wordt gebracht. Dergelijke afspraken, die zij afleidt uit informatie in het verzoekschrift, strijden met artikel 5 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016).

Beoordeling

5. Een verzoekende partij heeft in de materie van de overheidsopdrachten bij de nietigverklaring van een gunningbeslissing, die een afsplitsbare bestuurshandeling uitmaakt, een gekwalificeerd moreel belang dat zij ontleent aan het feit dat zij is voorbijgegaan door die beslissing. Dat belang wordt door de nietigverklaring van de gunningbeslissing gediend, spijs de sluiting en zelfs de uitvoering van de daaropvolgende overeenkomst.

Ook bij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van die gunningsbeslissing lijkt dat belang voldoende zeker gelet op de ruime omschrijving van het belang bij de nietigverklaring in artikel 14 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' (hierna: de rechtsbeschermingswet). Krachtens artikel 15, eerste lid, van diezelfde wet kan de schorsing worden uitgesproken "[o]nder dezelfde voorwaarden" als die bedoeld in artikel 14.

De Raad van State kan te dezen ook bezwaarlijk vooruitlopen op de gevolgen die de aanbestedende overheid zal hechten aan een schorsing, ook wanneer zoals te dezen de opdracht reeds werd gesloten.

6. Overeenkomstig artikel 5, §1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 stellen ondernemers geen handelingen, sluiten zij geen overeenkomsten of maken zij geen afspraken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen.

Op te merken valt dat de verwerende partij alvast in de bestreden beslissing geen opmerkingen blijkt te hebben gemaakt over een vermeende schending van voormeld artikel 5 in hoofde van de verzoekende partij. Uit de briefwisseling inzake de bijkomende prijzen, meer bepaald stuk 11 van het administratief dossier dat als vertrouwelijk werd neergelegd, lijkt nochtans te mogen worden afgeleid dat de verwerende partij op het eerste gezicht reeds voor aanname van de gunningsbeslissing niet geheel onwetend was over de problematiek waarnaar zij nu in haar nota verwijst.

Uit het verzoekschrift blijkt voorts enkel dat de verzoekende partij meent dat zij, gelet op de jarenlange ervaring die zij heeft opgebouwd met Essity, de hoofdleverancier van Tork-producten, voor deze producten bijzonder concurrentiële prijzen heeft geboden, die andere inschrijvers die geen langdurige relatie met deze leverancier hebben opgebouwd, volgens haar zeker niet kunnen aanbieden. Daaruit kan op het eerste gezicht niet worden afgeleid dat zij met Essity verboden afspraken heeft gemaakt in de zin van voormeld artikel 5, §1, tweede lid. Het enkele gegeven dat zij via Essity, en nadat de bestreden gunningsbeslissing werd genomen, blijkbaar op de hoogte is van het feit dat de verwerende partij aan andere inschrijvers nog prijzen heeft opgevraagd lopende de procedure, toont dit evenmin aan. Daarnaast blijkt op het eerste gezicht overigens ook niet dat haar concurrenten "buitenspel" zouden zijn gezet, nu dit andere inschrijvers niet blijkt te hebben verhinderd om deze producten aan te bieden, al dan niet op andere wijze,

en zelfs tegen lagere prijzen dan deze geboden door de verzoekende partij, zoals dit bevestiging lijkt te vinden in het administratief dossier.

7. De door de verwerende partij opgeworpen excepties vertonen op het eerste gezicht dan ook niet de vereiste hoge graad van ernst opdat ze in het kader van onderhavige procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zouden mogen worden aanvaard.

V. Schorsingsvoorwaarden

8.1. 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.

8.2. Te dezen is evenwel ook de rechtsbeschermingswet 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 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen 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 kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

9. De verzoekende partij voert de schending aan van het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers, dat voortvloeit uit artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 en de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van artikel 6, § 1, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, van de artikelen 54 en 94 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur “waaronder het transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, het onpartijdigheidsbeginsel, het *fair play*-beginsel, het mededingingsbeginsel en de materiële en formele motiveringsplicht”.

De verzoekende partij betoogt dat de verwerende partij bij het verloop van de onderhandelingsprocedure het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden door ten onrechte niet alle inschrijvers uit te nodigen om na het verstrijken van de uiterste datum voor indiening van de offertes een verbeterde offerte in te dienen, namelijk de “beste prijzen” op te geven voor drie specifieke onderhoudsproducten. Uit een e-mailbericht van inschrijver de nv Keroma Techniek van 20 mei 2020 aan één van de hoofdleveranciers van de verzoekende partij, blijkt volgens haar dat alvast de nv Keroma Techniek, anders dan de verzoekende partij, de mogelijkheid heeft gekregen om na 15 april 2020, dit is de uiterste datum voor indiening van de offertes, op uitdrukkelijke vraag van een medewerker van de dienst werkplaats van de gemeente Heusden-Zolder nog “een beste prijs” op te geven voor drie specifieke onderhoudsproducten die ook door de verzoekende partij worden aangeboden. Hierbij schendt de verwerende partij ook het onpartijdigheidsbeginsel, het fair play-beginsel en het mededingingsbeginsel.

De verwerende partij heeft volgens de verzoekende partij bovendien artikel 94 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 geschonden doordat de inschrijvers niet gelijktijdig en schriftelijk werden uitgenodigd om een BAFO voor de drie specifiek bevroegde onderhoudsproducten in te dienen.

In de mate dat het bestek enkel melding maakt van één enkele offerte en niet voorziet in het opvragen van meerdere offertes of BAFO's, schendt de verwerende partij volgens haar ook het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel en de regel dat een inschrijver slechts één offerte per opdracht mag indienen overeenkomstig artikel 54 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

De verwerende partij schendt volgens de verzoekende partij ook het transparantiebeginsel en de motiveringsplicht door in haar gunningsverslag niet te verduidelijken aan welke inschrijvers de mogelijkheid werd geboden om een “verbeterde offerte” in te dienen na 15 april 2020 voor specifieke producten, noch waarom zij dit aan deze inschrijvers heeft gevraagd en niet aan andere inschrijvers.

Ten slotte schendt de verwerende partij volgens de verzoekende partij artikel 6, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 doordat zij niet de nodige maatregelen heeft getroffen tijdens de plaatsingsprocedure teneinde vertekening van de mededinging te vermijden en de gelijke behandeling van alle ondernemers te verzekeren.

Zij verzoekt de Raad voorts in het kader van dit middel ook om het bevel te geven om de correspondentie gevoerd na 15 april 2020 om 16.30 uur met de overige inschrijvers over de opdracht met betrekking tot het indienen van “beste prijzen” en verbeterde prijsvoorstellen, over te maken en hiervan de vertrouwelijkheid te lichten. Minstens dient de Raad de correspondentie na te gaan.

10. In haar nota benadrukt de verwerende partij in de eerste plaats dat het middel uitgaat van een foutief feitelijk uitgangspunt. De inschrijvers werden immers geenszins uitgenodigd om een verbeterde offerte of een BAFO in te dienen. Enkel aan de inschrijvers die geen prijzen hadden voorgesteld voor de Tork-producten werd gevraagd om voor drie Tork-producten alsnog een prijs aan

te bieden. Zij meent dat het hier gaat om een loutere vraag tot aanvulling van de offertes, die binnen de context van artikel 66, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016 en binnen het zeer flexibele kader van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking zonder meer mogelijk is.

Ook betoogt de verwerende partij dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel, omdat, indien er geen rekening wordt gehouden met de prijzen die de inschrijvers de nv Keroma Techniek, de nv Proficlean en de nv Boma hebben aangeboden voor deze Tork-producten, de verzoekende partij maar voor één van de drie Tork-producten de goedkoopste prijs zou hebben aangeboden.

Voorts, wat de ernst van het middel betreft, betoogt de verwerende partij in essentie dat, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij aanvoert, de betrokken overige inschrijvers zich geenszins in dezelfde situatie bevinden als de verzoekende partij en er aldus een objectief en fundamenteel verschil bestaat tussen de verzoekende partij en de wel bevraagde inschrijvers, nu “de verzoekende partij eenheidsprijzen aanbood voor de bedoelde producten van het merk Tork, terwijl drie andere inschrijvers dit niet deden”.

De verwerende partij ziet ook niet in waarom zij in het kader van een onderhandelingsprocedure geen vraag tot verduidelijking of aanvulling mocht stellen. “Noch artikel 54, noch artikel 94 van het KB Plaatsing belet de verwerende partij om in contact te treden met de inschrijvers indien zij de inhoud van de offerte moeten preciseren of aanvullen. In casu staat het vast dat een aantal inschrijvers de prijzen van de nodige Tork-producten niet weergaven. De verwerende partij heeft alle inschrijvers, die de gevraagde prijzen niet weergaven, om verduidelijking gevraagd en dit om de offertes vergelijkbaar te maken”.

Ten slotte, gelet op haar foutief feitelijk uitgangspunt, maakt de verzoekende partij, volgens de verwerende partij, ook niet de schending van de overige beginselen aannemelijk.

Beoordeling

11. De verzoekende partij betoogt onder meer dat de verwerende partij het transparantiebeginsel en de motiveringsplicht schendt door in haar gunningsverslag niet te verduidelijken aan welke inschrijvers de mogelijkheid werd geboden om een “verbeterde offerte” in te dienen na 15 april 2020 voor bepaalde producten, noch waarom zij dit aan deze inschrijvers heeft gevraagd en niet aan andere inschrijvers.

12. Het op de opdracht toepasselijke bijzonder bestek geeft in de technische bepalingen een overzicht weer van de gevraagde producten. Daarbij wordt inzake de vereiste papierwaren – toiletpapier, handdoekrollen, keukenrollen, poetsrollen, servetten, enzovoort – uitdrukkelijk vermeld: “Het lopende contract van Tork moet mee overgenomen worden.”

Uit de als vertrouwelijk neergelegde stukken van het administratief dossier, waar de Raad acht op mag slaan, blijkt voorts dat aangezien drie van de vijf inschrijvers in hun offerte niet in Tork-producten hadden voorzien, de verwerende partij aan deze inschrijvers heeft gevraagd om alsnog hun “beste prijs” op te geven voor drie welbepaalde Tork-producten. Tevens blijkt dat de offertes van deze inschrijvers door hen aldus nog werden aangevuld met deze prijzen.

De Raad aanvaardt dat deze briefwisseling, die de verwerende partij vertrouwelijk heeft neergelegd, althans wat de antwoorden vanwege de betrokken inschrijvers betreft, in de huidige stand van het geding vertrouwelijk blijft, gelet onder meer op de eenheidsprijzen en dus het zakengeheim. De verzoekende partij toont niet aan dat het lichten van de vertrouwelijkheid van deze stukken noodzakelijk zou zijn vanuit het oogpunt van het recht op een eerlijk proces, temeer daar de Raad van State deze stukken wel bij zijn beoordeling van de aangevoerde middelen mag betrekken.

13. Van de handelwijze van de verwerende partij, waarbij aan drie van de vijf inschrijvers alsnog prijzen voor drie welbepaalde Tork-producten

werden gevraagd, en het gevolg dat daaraan door deze inschrijvers werd gegeven, is geen spoor terug te vinden in de gunningsbeslissing of het -verslag.

Dat de verzoekende partij in het middel gedeeltelijk uitgaat van een foutief feitelijk uitgangspunt, is dan ook louter aan het eigen optreden van de verwerende partij te wijten. Meer nog, het voorgaande lijkt net aan te tonen dat, in strijd met de formelemotiveringsplicht, de verzoekende partij op grond van de gunningsbeslissing en het bijhorende verslag van nazicht niet in staat werd gesteld terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt.

De handelwijze van de verwerende partij lijkt op dit punt dan ook manifest strijdig met het transparantiebeginsel dat niet alleen lijkt te gelden bij de voorbereiding van de offertes, doch ook bij de beoordeling ervan.

Het middel is dan ook in de besproken mate ernstig in zoverre dat een schending van de formelemotiveringsplicht en het transparantiebeginsel wordt aangevoerd.

Het puntenverschil en de rangschikking waarnaar de verwerende partij verwijst in haar nota, lijken de verzoekende partij haar belang bij dit middelonderdeel niet te ontnemen. Te dezen blijkt op het eerste gezicht het doel van de formelemotiveringsplicht niet te zijn bereikt nu niet blijkt dat de verzoekende partij met voldoende kennis van zaken de bestreden beslissing kon beoordelen en betwisten. De Raad kan niet vooruitlopen op welke kritiek de verzoekende partij eventueel zal ontwikkelen op de kwestieuze handelwijze.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

14. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 4 en 81, §§ 1 tot 3, van de wet overheidsopdrachten 2016 samen genomen met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, het gelijkheidsbeginsel, het *patere*

legem quam ipse fecisti-beginsel, het transparantiebeginsel en de formele- en materiële motiveringsplicht.

In een eerste middelonderdeel betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij gehandeld heeft in strijd met het gelijkheids- en het transparantiebeginsel doordat zij het gunningscriterium “prijs” heeft beoordeeld in functie van een ongekende korf van “veelgebruikte producten” die niet werd aangekondigd in het bestek en die niet voorafgaand aan de opening van de offertes werd vastgesteld.

Door noch in haar bestek, noch in het gunningsverslag te vermelden voor welke specifieke producten en hoeveel de verwerende partij de prijzen van de ingediende offertes zal vergelijken, heeft de verwerende partij volgens de verzoekende partij op een niet-transparante en (mogelijks) partijdige wijze gehandeld.

Op deze manier heeft de verwerende partij volgens de verzoekende partij de specifieke producten waarvoor ze de offerteprijzen zou vergelijken, kunnen kiezen in functie van de inschrijver aan wie zij de opdracht gegund wenste te zien.

Daarnaast voert de verzoekende partij ook aan dat in het bestek evenmin melding werd gemaakt van de in het gunningsverslag gehanteerde berekeningswijze waarbij het aantal producten waarvoor een inschrijver de laagste eenheidsprijs aanbiedt, blijkbaar werd vermenigvuldigd met het cijfer twee om de totale score voor het eerste gunningscriterium te bepalen.

Zij stelt ook vast dat de verwerende partij eveneens nagelaten heeft om in het gunningsverslag op grond van objectieve gegevens te verklaren waarom zij de beoordelingsmethode niet voorafgaand aan het openen van de offertes kon vaststellen. De verwerende partij motiveert in het gunningsverslag immers niet waarom het voor haar onmogelijk was om (1) “de veelgebruikte producten” en (2) de beoordelingsmethode waarbij het aantal laagste eenheidsprijzen wordt vermenigvuldigd met het cijfer twee, te bepalen voorafgaand aan het openen van de offertes.

De verzoekende partij verwijst hierbij naar rechtspraak van de Raad waaruit volgens haar blijkt dat de aanbestedende overheid ertoe verplicht is om de beoordelingsmethode of afwegingsregels aan de hand waarvan de offertes volgens de gunningscriteria beoordeeld zullen worden, vooraf vast te stellen en in elk geval voorafgaand aan de opening van de offertes.

Te dezen wordt de transparantie volgens haar nog meer geweld aangedaan door zelfs in de gunningsbeslissing niet toe te lichten voor welke specifieke producten de prijzen werden vergeleken. Zulke vermelding zou volgens haar nochtans geen enkele inbreuk maken op het vertrouwelijk karakter van de offertes en de daarin opgenomen commerciële geheimen.

Voorts betoogt de verzoekende partij dat zij op grond van de beoordeling van het prijs criterium in het gunningsverslag niet kan controleren of zij een correcte score heeft gekregen voor het gunningscriterium “prijs”. De verwerende partij geeft in haar gunningsverslag geen enkele verduidelijking over de wijze waarop zij tot de vaststelling is gekomen dat de verzoekende partij voor zeven producten de laagste eenheidsprijs heeft opgegeven. De verzoekende partij weet zelfs niet over welke zeven producten het hier precies gaat. Evenmin verduidelijkt de verwerende partij hoe zij de producten waarvoor zij de eenheidsprijzen vergelijkt, heeft bepaald.

In het kader van dit middelonderdeel verzoekt de verzoekende partij de Raad voorts om de verwerende partij het bevel te geven om de stukken over te leggen waaruit blijkt dat zij de beoordelingsmethode voor het gunningscriterium “prijs”, bestaande uit (1) het aanduiden van de “de veelgebruikte producten” en (2) het hanteren van de beoordelingsmethode waarbij het aantal laagste eenheidsprijzen wordt vermenigvuldigd met het cijfer twee, heeft vastgesteld voor de opening van de offertes. De verzoekende partij verzoekt de Raad van deze stukken de vertrouwelijkheid te lichten. Indien de Raad niet met dit verzoek zou kunnen instemmen, verzoekt zij dat de Raad minstens nagaat of deze beoordelingsmethode werd vastgesteld voor opening van de offertes.

15. In haar nota betwist de verwerende partij in de eerste plaats dat de beoordelingsmethodiek niet voorafgaand aan de indiening van de offertes werd

vastgesteld en verwijst zij naar het bestek waar bij het gunningscriterium van de prijs wordt meegedeeld dat de prijzen zullen worden vergeleken aan de hand van een korf van veelgebruikte onderhoudsproducten. Zij verwijst ook naar besteksartikel I.5 ‘Prijsvaststelling’ waarin aan de inschrijvers wordt gevraagd om hun volledige prijscatalogus beschikbaar te stellen, zodat de inschrijvers verbonden zullen zijn voor alle aangeboden prijzen. Zij meent dat zij evident onmogelijk elk product uit de aangeboden catalogussen in vergelijking kan stellen ter beoordeling van het prijscriterium, en dit ook zinloos is, omdat in de catalogussen producten zullen worden vermeld die amper of nooit gebruikt worden, en aangezien het vanzelfsprekend is dat de inschrijvers minstens een aantal verschillende producten in de catalogus zullen aanbieden, zodat deze niet één op één onderling kunnen worden vergeleken.

Voorts kan de verzoekende partij, aldus de verwerende partij, niet tegenspreken dat op zijn minst de essentie van de beoordelingsmethode van het prijscriterium in het bestek werd bepaald, “[m]eer bepaald verduidelijkt de verwerende partij in het bestek dat de inschrijver die voor het hoogst aantal producten uit de korf de laagste eenheidsprijs aanbiedt, het hoogst zal worden gerangschikt”.

Daarenboven kan de verzoekende partij, zo vervolgt de verwerende partij, “[h]oe dan ook [...] niet geloofwaardig voorhouden dat zij niet kon inschatten hoe het gunningscriterium ‘prijs’ zou worden beoordeeld”, nu zij al sinds 2013 dezelfde beoordelingsmethode hanteert. De verwerende partij verwijst hieromtrent naar de sinds 2013 uitgeschreven overheidsopdrachten met hetzelfde voorwerp, waarbij de verzoekende partij telkens de gekozen inschrijver was en brengt de gunningsverslagen en gunningsbesluiten bij met betrekking tot die overheidsopdrachten voor de levering van “onderhoudsproducten in 2013”, “onderhoudsproducten tot eind 2016” en “onderhoudsproducten tot eind 2019”.

De verwerende partij meent dan ook dat de verzoekende partij onmogelijk benadeeld kan zijn door de gekozen beoordelingsmethode voor het gunningscriterium “prijs”, “gelet op de voorkennis die zij in dit dossier de facto heeft”. “Niet alleen kende de verzoekende partij immers de beoordelingsmethodiek die de verwerende partij al sinds 2013 hanteert, maar ook

had zij op basis van de geleverde bestellingen in de voorbije jaren een volledig inzicht in de informatie op basis waarvan de korf van veelgebruikte producten moest worden samengesteld”.

De verwerende partij benadrukt nog dat van enig favoritisme bij het samenstellen van de korf van veelgebruikte producten geen sprake is. Zij verwijst naar de facturen die de verzoekende partij in 2019 opmaakte in uitvoering van de toen lopende opdracht, waaruit blijkt “dat alle producten die in de gehanteerde korf van veelgebruikte producten zijn opgenomen, te herleiden zijn tot producten die in 2019 effectief zijn besteld”.

Wat de vermenigvuldiging van de verkregen scores met een factor 2 betreft, wijst de verwerende partij er tevens op dat dit aspect aan de verzoekende partij gekend was. Hoe dan ook is volgens haar de gelijkheid der inschrijvers gevrijwaard, nu deze vermenigvuldiging voor elk van de inschrijvers op dezelfde wijze heeft plaatsgevonden.

Ten slotte merkt zij nog op dat de verzoekende partij geen vraag heeft gesteld of opmerking heeft gemaakt over de prijsbepaling of de beoordeling van het gunningscriterium “prijs”. Gelet op artikel I.13 van het bestek, stelt zij vast dat moet worden aangenomen dat de verzoekende partij door indiening van haar offerte alleszins impliciet ingestemd heeft met de besteksbepalingen en de in artikel I.10 voorziene beoordelingswijze.

Ook wat het tweede middelonderdeel betreft, weerlegt de verwerende partij de aangevoerde kritiek.

Beoordeling

16. In het bestek is de volgende beoordelingsmethode voor het criterium “prijs” vermeld, waaraan een weging van 50 punten wordt toegekend: “De offertes worden vergeleken op basis van een korf van veelgebruikte producten. De inschrijver met de laagste eenheidsprijs voor de meeste producten wordt het hoogst gerangschikt.”

Welke veelgebruikte producten precies deel zullen uitmaken van de korf wordt in het bestek niet nader bepaald. Evenmin wordt het aantal producten bepaald dat zal worden vergeleken.

Uit het verslag van nazicht bij de beoordeling van het eerste gunningscriterium “prijs”, blijkt dat de score voor dat criterium wordt verkregen door het aantal laagste eenheidsprijzen van producten uit die korf te vermenigvuldigen met een factor 2.

In de bijkomende motivering in de bestreden beslissing wordt voorts, wat de beoordeling van het prijscriterium betreft, enkel nog opgemerkt dat na vergelijking van de aangeboden prijzen voor de door de verwerende partij meest courant gebruikte producten, in combinatie met de voorgestelde service en technische bijstand, wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de gekozen inschrijver.

De verwerende partij legt daarnaast in het administratief dossier, als vertrouwelijk stuk 13, nog een vergelijkende tabel neer, met vermelding van de producten die werden vergeleken, de eenheid ervan, de door alle inschrijvers geboden eenheidsprijzen voor deze producten, evenals per inschrijver een aanduiding en opsomming van het aantal producten waarvoor de laagste eenheidsprijs werd geboden. De verzoekende partij werd van deze tabel niet in kennis gesteld.

De Raad kan aanvaarden dat deze tabel, die de verwerende partij vertrouwelijk heeft neergelegd, in de huidige stand van het geding vertrouwelijk blijft gelet op de eenheidsprijzen en dus het zakengeheim. De verzoekende partij toont niet aan dat het lichten van de vertrouwelijkheid van dit stuk noodzakelijk zou zijn vanuit het oogpunt van het recht op een eerlijk proces, temeer daar de Raad dit stuk wel bij zijn beoordeling van de aangevoerde middelen mag betrekken.

17. Op het eerste gezicht is de in het verslag van nazicht en de bestreden beslissing opgenomen formele motivering niet afdoende om de verzoekende partij, wat de beoordeling van het prijscriterium betreft, in staat te

stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt.

Doordat in de bestreden beslissing niet is vermeld voor welke specifieke producten de prijzen werden vergeleken, noch voor welke prijzen welke inschrijver de laagste prijs liet optekenen, lijkt de verzoekende partij onder meer niet in staat te zijn gesteld om, zoals zij zelf aangeeft in haar verzoekschrift, na te gaan of de verwerende partij bij de samenstelling van de korf mogelijks op partijdige wijze heeft gehandeld, of de beoordeling van haar prijzen correct is gebeurd en zij een correcte score voor het eerste gunningscriterium heeft gekregen. Terecht wijst de verzoekende partij erop dat zij niet eens kan nagaan voor welke specifieke producten zij de laagste prijs heeft behaald.

Zelfs indien wordt aangenomen dat de mededeling van eenheidsprijzen in de formele motivering van de bestreden beslissing wordt verhinderd door het vertrouwelijk karakter van deze gegevens, lijkt op het eerste gezicht niets te beletten dat in de formele motivering van de gunningsbeslissing wordt weergegeven welke producten werden vergeleken of welke inschrijver voor welk product de laagste prijs heeft geboden en dat de verzoekende partij daarbij ook in kennis wordt gesteld van de beoordeling van haar eigen offerte.

Overigens mag hier worden opgemerkt dat het voorgaande bevestiging lijkt te vinden in de stukken van het administratief dossier. Zo blijkt bijvoorbeeld uit de gunningsbeslissing “onderhoudsproducten tot eind 2019” met betrekking tot de vorige opdracht, dat in de formele motivering van deze gunningsbeslissing wel duidelijk wordt weergegeven voor welke veelgebruikte producten de prijzen van de inschrijvers werden vergeleken en ook welke inschrijver voor deze producten de laagste prijs heeft aangeboden. Bovendien blijkt de in deze beslissing gehanteerde “korf van veelgebruikte producten” op het eerste gezicht ook te verschillen van de bij aanname van de bestreden gunningsbeslissing gehanteerde korf, zowel wat de keuze van de producten betreft als het geselecteerde aantal.

18. Het eerste middelonderdeel is in de besproken mate ernstig. Om dezelfde redenen als uiteengezet bij de beoordeling van het eerste middel, heeft de verzoekende partij voorts ook belang bij dit middelonderdeel.

VII. Besluit

19. Het ernstig bevinden van de middelen in de mate zoals hiervoor aangegeven, verantwoordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing. Het belang van de verzoekende partij wordt in de huidige stand van het geding afdoende gediend door deze schorsing. Het is dan ook niet nodig om thans nader te onderzoeken in hoeverre het door de verzoekende partij meer gevorderde, weze het al ontvankelijk aangebracht, tevens het voorwerp van de schorsing dient uit te maken.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 1 juli 2020 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Heusden-Zolder waarbij de opdracht voor levering van onderhoudsproducten tot eind 2023 wordt gegund aan de nv Boma.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

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

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Tiny Temmerman,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Tiny Temmerman

Pierre Barra