

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 248.787 van 29 oktober 2020
in de zaak A. 231.902/XII-8963**

In zake: de NV MISANET
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Dielis
kantoor houdend te 1050 Elsene
Louizalaan 54
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de POLITIEZONE MECHELEN-WILLEBROEK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Gitte Laenen en Fabian Swennen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 30 september 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

- “o De beslissing van de Lokale Politie Mechelen-Willebroek waarbij de offerte van [nv Misanet] substantieel onregelmatig werd verklaard;
- o De beslissing waarbij de opdracht gegund werd op basis van de initiële inschrijvingen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 oktober 2020, om 10.15 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Frederik De Winne, die *loco* advocaat Christophe Dielis verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Fabian Swennen, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. De Politieraad van de lokale politie Mechelen-Willebroek schrijft op 25 juni 2020 een overheidsopdracht uit voor diensten met als voorwerp “Schoonmaak politiegebouwen voor de periode van 01/10/20 t.e.m. 30/09/21”.

De opdracht heeft betrekking op de schoonmaak van het interieur van het politiecomplex te Mechelen. Volgende ruimtes en faciliteiten van het complex moeten worden gereinigd:

- * sanitaire installaties;
- * interieur (=kantoorruimte, gemeenschappelijke ruimtes (vergaderzaal, bar, leszaal, liften, vestiaireruimten,...));
- * cellencomplex;
- * schietstand;
- * traphal en trap;
- * gangen;
- * inkomhal, refterruimte en keuken;
- * magazijnen en serverlokalen;
- * ateliers, technische ruimten, archief ruimten en ondergrondse garages.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 26 juni 2020 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 30 juni 2020.

3.3. De opdracht wordt gegund met een mededingingsprocedure met onderhandeling.

De selectieleidraad en het toepasselijke bestek 2020-TGG-C lichten toe dat kan worden onderhandeld “over de poetsfrequenties van de technische bepalingen en over de prijzen”.

Onder I.3 “Plaatsingsprocedure” bepalen de selectieleidraad en het bestek:

“Overeenkomstig artikel 38, §1, 1°, c) (voorafgaande onderhandelingen noodzakelijk wegens specifieke omstandigheden) van de wet van 17 juni 2016, wordt de opdracht gegund bij wijze van de mededingingsprocedure met onderhandeling.

De aanbestedende overheid behoudt zich het recht voor de opdracht te gunnen op basis van de initiële inschrijvingen zonder onderhandelingen te voeren.

Ten einde een geschikt evenwicht te vinden tussen het beschikbaar budget en de technische specificaties is het essentieel om de mogelijkheid te hebben te kunnen onderhandelen”.

3.4. Vier kandidaten, waaronder de verzoekende partij en de gekozen inschrijver, worden geselecteerd.

3.5. De volgende criteria zijn van toepassing bij de gunning van de opdracht:

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Prijs	50
	<i>Regel van drie; Score offerte = (prijs laagste offerte/prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs</i>	
2	Kwaliteit	50
	<i>Voor de beoordeling van de kwaliteit zal een score [...] worden toegekend aan het bij de offerte in te dienen technisch dossier.</i>	
	<i>Het technisch dossier moet op straffe van nietigheid van de offerte bestaan uit 5 duidelijk te onderscheiden delen:</i>	
	<i>Deel 1 Frequenties van de taken in het poetsprogramma</i>	
	<i>Deel 2 Intern kwaliteitscontrolesysteem</i>	
	<i>Deel 3 Plan van aanpak voor de uitvoering van het schoonmaakprogramma</i>	

	<i>Deel 4 Veiligheidseisen</i> <i>Deel 5 Milieu-eisen</i> <i>Hogere frequenties van de taken in het poetsprogramma leiden tot hogere punten (max. 30 punten)</i> <i>Hogere kwaliteitscontrole leidt tot hogere punten (max. 5 punten)</i> <i>Hoe beter het plan van aanpak, hoe meer punten (max. 5 punten)</i> <i>Hogere veiligheid leidt tot hogere punten (max. 5 punten)</i> <i>Hoe milieuvriendelijker hoe meer punten (max. 5 punten)</i> <i>Offertes die minder dan de helft scoren op één der bovenstaande rubrieken worden nietig verklaard.</i>
Totaal gewicht gunningscriteria:	100

Het bestek vermeldt op bladzijde 7 dat “(d)oor de indiening van zijn offerte [...] de inschrijver al de clausules van het bestek [aanvaardt] en verzaakt [...] aan alle andere voorwaarden. Voor zover tijdens het onderzoek van de offerte door de aanbestedende overheid wordt vastgesteld dat er door de inschrijver voorwaarden zijn gevoegd waardoor het onduidelijk is of de inschrijver zonder voorbehoud akkoord gaat met de voorwaarden van het bestek, behoudt de aanbestedende overheid zich het recht voor om de offerte als substantieel onregelmatig af te wijzen”.

Op bladzijde 17, wordt onder punt 16 onder deel III. “Technische bepalingen”, A. “Belangrijke voorafgaande opmerkingen”, het volgende vermeld:

“Na de gunning van deze overheidsopdracht moet een gedetailleerde planning van de uit te voeren taken per lokaal of per ruimte worden opgemaakt door de dienstverlenende firma. De dienstverlenende firma beschikt hiervoor over 2 weken tijd vanaf de aanvang van de uitvoering van de opdracht. Ten laatste na 2 weken (te rekenen vanaf de aanvang van de uitvoering van de schoonmaakonderhoudsactiviteiten) moet de dienstverlenende firma aan de muur van elk lokaal of elke ruimte een taakkaart en een tweemaandelijks controleblad hangen. Op de taakkaart moet een gedetailleerde (minstens tot op dagniveau) planning zijn weergegeven van de uit te voeren taken per lokaal conform de tabellen in punt ‘G. Poetsregime’ [...]”

Onder punt G. “Poetsregime” bepaalt het bestek op bladzijde 21 en volgende:

“Per type ruimte/lokaal wordt een specifiek poetsregime opgelegd.

Indien de frequenties worden uitgedrukt in een aantal keer per week dan moet dit uiteraard maximaal gespreid worden in de tijd.

Hetzelfde principe van spreiding in de tijd geldt uiteraard ook voor de onderverdeling in maanden, trimester en semesters, er moet regelmaat zitten in het schema. Met weekdays wordt bedoeld: maandag, dinsdag, woensdag, donderdag, vrijdag

ESSENTIEEL VOOR DE OFFERTE !!!: De inschrijver voegt de onderstaande tabellen 1 t.e.m. 9 bij zijn offerte en vult de kolom 'voorgestelde frequentie (offerte)' in."

Onder punt H. "Inventaris der lokalen" volgt een inventaris van de lokalen telkens gekoppeld aan een in te vullen poetsregime zoals bepaald onder punt G.

3.6. De opening van de offertes vindt plaats op 31 augustus 2020.

3.7. Drie ondernemingen dienen een offerte in:

1. de bv Care;
2. de nv Itzu Cleaning;
3. de nv Misanet (de verzoekende partij)

3.8. Het verslag van nazicht van de offertes dateert van 7 september 2020.

Alleen de offerte van de bv Care wordt regelmatig bevonden.

De offerte van de nv Itzu Cleaning wordt onregelmatig bevonden:

"De firma diende twee offertes in (offertes 2 en 3). Op basis van de bepalingen van art. 76 §1, 2° (KB plaatsing) is de offerte behept met substantiële onregelmatigheid => art. 54 §2 stelt immers dat een inschrijver slechts 1 offerte per opdracht kan indienen [...]

Structuur technisch dossier en inhoud technisch dossier

Niet ok

Het bestek stelt duidelijk dat de tabellen 1 t.e.m. 9 van deel III technische bepalingen punt G. poetsregime ingevuld moeten worden toegevoegd aan de offerte en dat dit essentieel is voor de offerte.

De vereiste tabellen ontbreken. Wel worden andere soorten tabellen (door Itzu cleaning ontworpen) bijgevoegd waaruit de poetstaken en de daarbij horende frequenties per type lokaal blijken. De door Itzucleaning bijgevoegde tabellen omvatten echter niet alle nodige/gevraagde informatie [...]”.

De offerte van de verzoekende partij wordt eveneens onregelmatig bevonden:

“Structuur technisch dossier en inhoud technisch dossier

Niet ok

Het bestek stelt duidelijk dat de tabellen 1 t.e.m. 9 van deel III technische bepalingen punt G. poetsregime ingevuld moeten worden toegevoegd aan de offerte en dat dit essentieel is voor de offerte.

De vereiste tabellen ontbreken. Wel worden andere soorten tabellen (door Misanet ontworpen) bijgevoegd waaruit moet blijken wanneer er gepest wordt in de lokalen. De uit te voeren taken en de daarbij horende frequenties zijn echter niet vermeld.

Door het ontbreken van de vereiste tabellen ontbreekt het engagement ten aanzien van het uit te voeren poetsprogramma en wordt de vergelijking met andere offertes verhinderd.

Op basis van art. 76 §1 (KB plaatsing) is de offerte bijgevolg behept met substantiële onregelmatigheid.”

Voorgesteld wordt de opdracht te gunnen aan de bv Care.

3.9. Op 10 september 2020 beslist het politiecollege om de opdracht te gunnen aan de bv Care.

Dit is de bestreden beslissing.

3.10. Met een aangetekende brief en e-mailbericht van 15 september 2020 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte substantieel onregelmatig is bevonden en geweerd is.

3.11. Bij e-mailbericht van 16 september 2020 vraagt de verzoekende partij de aanbestedende overheid de beslissing te herzien op volgende gronden:

“U beweert dat we de tabellen 1 t.e.m. 9 van deel III Technische bepalingen punt G poetsregime niet in ons aanbod hebben opgenomen, maar:

1. Aangezien u de frequenties meerdere keren heeft gewijzigd, hebben we uw voorstel geaccepteerd zoals gevraagd in het bestek

2. De volledige en gedetailleerde planning, inclusief alle poetstaken, vindt u in ons aanbod, op plaats C. Technisch Dossier Deel 1 Frequenties van de taken in het poetsprogramma/

Deze planning bevat absoluut alle punten die u nodig hebt en die in het bestek vermeld zijn. Hierbij kopie van onze inhoudstafel en de betreffende planning.

3. Ten einde, op basis van het model van uw tabellen konden we niet alle subtiliteiten aangeven die je in termen van frequenties heeft gevraagd.”

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. 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 beslissingen 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 75 en 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘betreffende de plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren en diensten’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) “juncto de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer specifiek het materiële motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel alsook het ‘patere legem quam ipse fecisti’-beginsel”.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat in de gemotiveerde beslissing tot substantieel onregelmatig verklaring is beslist dat het niet voegen van de tabellen 1 t.e.m. 9 van deel III technische bepalingen punt G. tot gevolg heeft dat de aanbestedende overheid geen zekerheid heeft omtrent het engagement t.a.v. het uit te voeren poetsprogramma zodanig dat de vergelijking met de andere offertes wordt verhinderd;

Terwijl de verzoekster eigen tabellen heeft gevoegd en uit het geheel van diens offerte alleszins onomstotelijk blijkt dat deze zich engageert t.a.v. het gehele poetsprogramma;

En terwijl het bestek zelf voorschrijft dat:

‘Door de indiening van zijn offerte aanvaardt de inschrijver alle clausules van het bestek en verzaakt hij aan alle andere voorwaarden. Voor zover tijdens het onderzoek van de offerte door de aanbestedende overheid wordt vastgesteld dat er door de inschrijver voorwaarden zijn gevoegd waardoor het onduidelijk is of de inschrijver zonder voorbehoud akkoord gaat met de voorwaarden van het bestek, behoudt de aanbestedende overheid zich het recht voor om de offerte als substantieel onregelmatig af te wijzen.’

En terwijl het artikel 76 van het Koninklijk besluit dd. 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren bepaalt dat de aanbestedende overheid de regelmatigheid van de offertes nagaat en slechts de substantieel onregelmatigheid vaststelt wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken;

En terwijl het materieel motiveringsbeginsel geschonden is wanneer de onderliggende motieven [v]an een beslissing onjuist of onwettig zijn of de beslissing niet kunnen dragen;

En terwijl het zorgvuldigheidsbeginsel inhoudt dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden hetgeen impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld en ervoor te zorgen dat de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk onderzocht worden, zodat de overheid met kennis van zaken kan beslissen;

En terwijl het patere legem ipse fecisti-beginsel het bestuur en de organen die ervan afhangen ertoe verplicht de algemene regels die het zelf heeft vastgesteld te eerbiedigen bij de concrete toepassing ervan;

Zodat de bepalingen en beginselen ter hoogte van alle onderdelen bij dit middel geschonden zijn”.

De verzoekende partij licht in de eerste plaats toe dat in de volgens het bestek opgelegde tabellen niet het voorgestelde poetsprogramma moet worden ingevuld nu de taakomschrijvingen vast liggen. Enkel moet in de tabellen 1 tot en met 9 worden ingevuld ter hoogte van de kolom “voorgestelde frequentie (offerte)” hoeveel er zal gepoetst worden. De tabellen volgens het bestek boden onvoldoende plaats om die frequenties ordentelijk weer te geven, vandaar de eigen tabellen gevoegd bij de offerte. Er kan volgens de verzoekende partij geen onduidelijkheid bestaan over haar engagement om het poetsprogramma zoals vastgelegd in het bestek, uit te voeren tegen de door haar voorgestelde frequenties.

In de tweede plaats voert de verzoekende partij aan dat het “één op één voegen van de tabellen 1 tot 9 geen essentiële besteksbepaling uitmaakt”, in die zin dat de kwestieuze besteksbepaling niet met overdreven formalisme kan worden benaderd. Voor het antwoord op de vraag wat een essentiële besteks-

bepaling is zijn de concrete omstandigheden determinerend. De essentie is dat de poetsfrequenties ordentelijk worden weergegeven. Ook het aanreiken van alternatieve tabellen laat toe dit doel te verwezenlijken. Er liggen geen aanvaardbare motieven voor om de afwijking te beschouwen als een afwijking van een essentiële besteksbeepaling en de offerte te weren wegens substantiële onregelmatigheid.

Beoordeling

6. Het bestek vermeldt expliciet dat de ter beschikking gestelde tabellen aangaande de frequenties van het poetsregime, ingevuld en bij de offerte dienen te worden gevoegd. Het bestek omschrijft dit voorschrift als “essentieel voor de offerte”.

Onder punt H. “inventaris der lokalen” van het bestek heeft de verwerende partij alle te poetsen lokalen opgelijst. Ieder type lokaal werd door het bestek gekoppeld aan een welbepaald poetsregime. In de tabellen onder “G. poetsregimes” heeft de verwerende partij het aantal door haar beoogde frequenties opgenomen. Van de inschrijvers werd vervolgens op het eerste gezicht verwacht voorstellen te doen aangaande de frequenties van de poetsregimes. Hoe hoger de aangeboden frequentie, hoe meer punten de inschrijvers konden scoren voor het gunningscriterium “kwaliteit”.

7. De verzoekende partij betwist niet dat zij niet de door het bestek opgelegde tabellen heeft gevoegd bij haar offerte maar alternatieve tabellen.

De verzoekende partij redeneert dat door het indienen van een offerte en het voegen van eigen tabellen die de frequentie van het poetsprogramma moeten weergeven, er geen twijfel kan bestaan over haar engagement om het poetsprogramma uit te voeren.

8. Op het eerste gezicht zou de verzoekende partij kunnen worden bijgevallen in haar standpunt dat het afstraffen van het niet één op één voegen bij de offerte van de door het bestek voorziene tabellen aangaande de frequenties van het poetsregime, wanneer het beoogde doel van het betrokken voorschrift ook

anderszins kan worden bereikt, een al te formalistische benadering zou zijn. Meer nog, door de alternatieve tabellen – ook van een andere onregelmatig bevonden inschrijver Itzu Cleanings – te onderzoeken op hun waarde, lijkt de aanbestedende overheid zelf ook die mening te zijn toegedaan.

9. In deze gedachtegang lijkt dan wel vereist dat het beoogde doel van het betrokken voorschrift ook effectief is bereikt met de door de verzoekende partij gehanteerde alternatieve werkwijze.

De offerte van de verzoekende partij lijkt echter aan deze vereiste niet te voldoen.

10. De verzoekende partij maakt in haar eigen tabellen gebruik van diverse kleurencodes met legende. Hierbij kan op het eerste gezicht het volgende worden vastgesteld.

De legende verklaart op het eerste gezicht weliswaar elke kleur behalve wit, maar koppelt geen frequentie aan de kleur wit zelf.

De verklaring van de verzoekende partij in haar verzoek tot herziening van 16 september 2020 onder punt 1 “Aangezien u de frequenties meerdere keren heeft gewijzigd, hebben we uw voorstel geaccepteerd zoals gevraagd in het bestek” lijkt te worden tegengesproken door de offerte. Niet ten onrechte geeft de verwerende partij als voorbeeld dat aldus alle lokalen waar een poetsregime voor sanitaire installaties of een poetsregime voor het cellencomplex geldt, aangemerkt zouden moeten zijn met een roze kleur (2 keer per dag, 7 dagen op 7), terwijl bepaalde lokalen van dit type in de offerte van de verzoekende partij van een andere kleur zijn voorzien, namelijk wit.

Ten slotte en vooral lijkt de verzoekende partij, door de opgegeven frequenties niet te koppelen aan een welbepaalde poetstaak in een lokaal maar aan een welbepaald lokaal waarvoor verschillende poetstaken gelden, geen afdoende inzicht te geven in de relatie poetstaak-frequentie. Dit laatste lijkt nochtans op het eerste gezicht het enige doel beoogd door het in geding zijnde voorschrift.

11. Hieruit volgt dat het handelen van de aanbestedende overheid op het eerste gezicht niet getuigt van overdreven formalisme maar dat zij terecht heeft kunnen oordelen dat het engagement van de verzoekende partij om het opgelegde poetsprogramma uit te voeren, onzeker is en dat het ontbreken van die essentiële informatie de objectieve vergelijking met andere offertes heeft verhinderd.

Het eerste middel is bijgevolg niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 38, § 1, 1°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), artikel 4, 2°, *juncto* 5, 2°, 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: rechtsbeschermingswet), alsmede van de materiële motiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de opdracht gegund wordt bij wijze van de mededingingsprocedure met onderhandeling;

En doordat het gebruik van deze plaatsingsprocedure als volgt gemotiveerd wordt:

‘Ten einde een geschikt evenwicht te vinden tussen het beschikbaar budget en de technische specificaties is het essentieel om de mogelijkheid te hebben te kunnen onderhandelen.’

En doordat in de opdrachtdocumenten nergens wordt gespecificeerd wat bedoeld wordt met ‘technische specificaties’, noch technische specificaties in de zin van art. 53 Wet dd. 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, in het bestek opgenomen zijn;

Terwijl de onderhandelingsprocedure een uitzonderingsprocedure is zodat de aanbestedende overheid hiervoor niet zomaar vrij kan kiezen;

En terwijl de aanbestedende instantie, wanneer ze beslist gebruik te maken van een mededingingsprocedure met onderhandeling, cfr. art. 4, 2° Wet dd. 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies, in het kader van de plaatsing van een opdracht een gemotiveerde beslissing dient op te stellen;

En terwijl voormelde gemotiveerde beslissing tot plaatsing van de opdracht cfr. art. 5, 2° Wet dd. 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies, de juridische en feitelijke motieven die het gebruik van de een mededingingsprocedure met onderhandeling rechtvaardigen of mogelijk maken;

En terwijl overeenkomstig art. 38, §1, 1° Wet dd. 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, de aanbestedende overheid enkel in de gevallen in het desbetreffende wetsartikel gebruik kan maken van een mededingingsprocedure met onderhandeling;

En terwijl technische specificaties cfr. art. 53, §1, tweede lid Wet dd. 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, verband dienen te houden met het specifieke proces of de specifieke methode van productie of uitvoering van de gevraagde werken, leveringen of diensten of met een specifiek proces van een ander stadium van de levenscyclus ervan mits zij met het voorwerp van de opdracht verbonden en in verhouding zijn tot de waarde en de doelstellingen ervan;

En terwijl het materieel motiveringsbeginsel vereist dat beslissingen gedragen worden door motieven die rechtens en feitelijk aanvaardbaar zijn en dat dit impliceert dat de motieven kenbaar, feitelijk juist en draagkrachtig zijn, di. de beslissing effectief kunnen dragen en verantwoorden;

Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen schendt.”

De verzoekende partij licht toe dat de aanbestedende overheid in een gemotiveerde beslissing dient aan te geven op welke uitzonderingsgrond zij zich beroept om toepassing te maken van de mededingingsprocedure met onderhandeling en vervolgens het bewijs moet leveren van de toepasselijkheid ervan.

Te dezen kan het motief opgegeven in het bestek de keuze van de aanbestedende overheid allerminst verantwoorden en lijkt het een loutere stijlformule. De verwijzing naar niet bestaande technische specificaties doet de

verzoekende partij vermoeden dat de motivering is overgenomen uit een andere overheidsopdracht.

Zelfs indien de Raad van State zou oordelen dat de aanbestedende overheid het gebruik van de mededingingsprocedure met onderhandeling afdoende heeft gemotiveerd, dient volgens de verzoekende partij te worden vastgesteld dat de aanbestedende overheid er onrechtmatig gebruik heeft van gemaakt. De uitzonderingsgrond waarop een beroep wordt gedaan en die is vervat in artikel 38, § 1, 1°, c, van de wet overheidsopdrachten 2016, bevat een objectief element, namelijk het feit dat de opdracht niet zonder onderhandelingen kan worden gegund. Door in het bestek zichzelf het recht voor te behouden om de opdracht te gunnen op grond van de initiële inschrijvingen zonder onderhandelingen te voeren, spreekt de aanbestedende overheid dit objectief element tegen.

Beoordeling

13. In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de verzoekende partij aan de gunningsprocedure lijkt te hebben deelgenomen zonder voorbehoud of opmerking.

Op 30 juli 2020 heeft het politiecollege van de politiezone Mechelen-Willebroek beslist de verzoekende partij en de uiteindelijk gekozen inschrijver te selecteren en hen uit te nodigen een offerte in te dienen in het kader van de onderhandelingsprocedure. De verzoekende partij lijkt deze beslissing tot op heden niet in vraag te hebben gesteld. Zij vecht enkel de gunningsbeslissing aan.

De excepties van de verwerende partij ontleend aan die handelwijze, behoeven geen nadere bespreking, nu hierna zal blijken dat het middel ten gronde niet kan worden bijgevalen. Toch mag worden opgemerkt dat de betrokken handelwijze van de verzoekende partij moeilijk lijkt te sporen met wat van een loyale inschrijver mag worden verwacht en het ernstig karakter van de grief relativeert.

14. Artikel 4, eerste lid, 2°, van de rechtsbeschermingswet bepaalt dat de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing opstelt wanneer zij beslist gebruik te maken van een mededingingsprocedure met onderhandeling.

De in artikel 4 bedoelde gemotiveerde beslissing bevat, overeenkomstig artikel 5, 2°, van dezelfde rechtsbeschermingswet de juridische en feitelijke motieven die het gebruik van deze procedure rechtvaardigen of mogelijk maken.

15. Uit het bestek blijkt dat de keuze van de verwerende partij voor een mededingingsprocedure met onderhandeling steunt op artikel 38, § 1, 1°, c, van de wet overheidsopdrachten 2016. Overeenkomstig het voormelde artikel kan de aanbestedende overheid gebruik maken van de mededingingsprocedure met onderhandeling in het geval dat “de opdracht niet kan worden gegund zonder voorafgaande onderhandelingen wegens specifieke omstandigheden die verband houden met de aard, de complexiteit of de juridische en financiële voorwaarden of wegens de daaraan verbonden risico’s.”

16. Het motief onder punt I.3 “Plaatsingsprocedure” van het bestek – overigens identiek aan punt I.3 “Plaatsingsprocedure” van de selectieleidraad – en luidens welk de aanbestedende overheid het essentieel acht de mogelijkheid te hebben te kunnen onderhandelen “ten einde een geschikt evenwicht te vinden tussen het beschikbaar budget en de technische specificaties” betreft een verkorte weergave van de motieven vervat in het besluit van de politieraad van 25 juni 2020 ‘houdende vastlegging van de wijze van gunnen en lastvoorwaarden’ :

“De PZ MEWI heeft intussen echter omwille van budgettaire redenen voorgesteld om te onderzoeken (kosten-baten analyse) of het niet voordeliger zou zijn om voor de schoonmaak (uitgesloten perceel 2 schoonmaak vensters) van de politiepost Mechelen een eigen poetsdienst op te richten i.p.v. een beroep te doen op een externe firma. Bijgevolg wordt beslist om de geplaatste overheidsopdracht met bestek 2020-TGG-B (schoonmaak van de politiegebouwen voor de periode van 01/10/2020 t.e.m. 30/09/24) stop te zetten voor wat betreft perceel 1 (schoonmaak interieur) en om een nieuwe overheidsopdracht met bestek 2020-TGG-C (1 perceel: schoonmaak interieur) te plaatsen voor de schoonmaak van het interieur voor een periode van 1 jaar (01/10/20 t.e.m. 30/09/21). In bijlage bij dit besluit bevindt zich het bestek 2020-TGG-C (mededingings-

procedure met onderhandeling). Er wordt gekozen voor de mededingingsprocedure met onderhandeling omdat het essentieel is te kunnen onderhandelen over de voorwaarden van de opdracht. De onderhandeling betreft zowel de prijs (ten einde een evenwicht te vinden tussen het beschikbare budget en de marktprijs) als de technische specificaties (poetsfrequenties en poetstaken in functie van verder verloop van de pandemie) [...]”.

17. Anders dan de verzoekende partij dat lijkt te zien, heeft de aanbestedende overheid aldus niet nagelaten te verduidelijken welke technische specificaties zijn bedoeld. In het licht van het voorwerp van de opdracht lijkt voorts de kwalificatie van de poetsfrequenties en poetstaken als “technische specificaties” overigens verdedigbaar. Alleszins lijkt de bepaling van artikel 53, § 1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, die omschrijft wat technische specificaties kunnen zijn, een dergelijke kwalificatie niet uit te sluiten, nu daarin gewag wordt gemaakt van “kenmerken [die] kunnen verband houden met het specifieke proces of de specifieke methode van [...] uitvoering van de gevraagde werken, leveringen of diensten [...] mits zij met het voorwerp van de opdracht verbonden en in verhouding zijn tot de waarde en de doelstellingen ervan”.

18. De kwestieuze motivering lijkt voorts afdoende. Het verloop van de pandemie en de impact ervan op het (verhoogd) poetsprogramma met weerslag op de prijs kan op het eerste gezicht worden beschouwd als een “specifieke omstandighe[id] die verband houd[t] met de aard, de complexiteit of de juridische en financiële voorwaarden of wegens de daaraan verbonden risico’s” in de zin van het voormelde artikel 38, § 1, 1°, c, van de wet overheidsopdrachten 2016.

19. Ten slotte kan de verzoekende partij niet worden bijgevalen in haar redenering, dat de handelwijze van de verwerende partij om zonder onderhandeling te gunnen, in tegenstrijd is met de uitzonderingsgrond van artikel 38, § 1, 1°, c, van de wet overheidsopdrachten 2016, waarop wordt gesteund, waar in die bepaling noodzakelijke onderhandelingen een objectief element uitmaken.

Het volstaat daartoe op het eerste gezicht te verwijzen naar de bepaling van artikel 38, § 5, laatste volzin, van dezelfde wet, luidens dewelke de “aanbestedende overheid [...] de opdrachten desalniettemin [kan] gunnen op basis van de initiële offertes zonder onderhandeling, indien zij zich de mogelijkheid

daartoe heeft voorbehouden in de aankondiging van een opdracht”. Het wordt niet betwist dat de verwerende partij met klaarblijkelijke toepassing van die wetsbepaling zowel in de selectieleidraad als in het bestek een dergelijk voorbehoud heeft geformuleerd. Aldus lijkt niet aangetoond dat de vermeende tegenstrijdigheid zou bestaan.

Het tweede middel is niet ernstig.

VI. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt 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 negenentwintig oktober tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

kamervoorzitter,

griffier.

De voorzitter

Dierk Verbiest