

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 250.332 van 15 april 2021
in de zaak A. 233.239/XII-9055**

In zake: de BVBA ALFA-ZET SYSTEMS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE DIENST VOOR ARBEIDSBEMIDDELING EN
BEROEPSOPLEIDING (VDAB)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Linde Bevernaege
Loksumstraat 25
1000 Brussel
waar woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 19 maart 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“- [d]e gemotiveerde gunningsbeslissing van de Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling (VDAB) d.d. 01/03/2021 waarbij beslist wordt om de opdracht mededingingsprocedure met onderhandeling (bestek 2020/181) te gunnen aan 3S BVBA, [...] tegen de eenheidsprijzen vermeld in de offerte van deze inschrijver [...];

- [d]e impliciete beslissing van de Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling d.d. 01/03/2021 waarbij de desbetreffende overheidsopdracht / raamovereenkomst niet aan [de bvba Alfa-Zet Systems] wordt gegund;

- [d]e onderliggende beslissing van de Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling, (VDAB) d.d. 11/12/2020 waarbij wordt beslist om 1) goedkeuring te verlenen aan het verslag van nazicht van de kandidaturen van 25/11/2020 voor deze opdracht

opgesteld door de Dienst Inkoop, 2) de geselecteerde kandidaten (3S bvba, Alfa-Zet Systems, Deloitte Consulting & Advisory cvba, Logis.P bv en Proximus nv) uit te nodigen om een offerte in te dienen, waarbij het verslag van nazicht van de kandidaturen in bijlage integraal deel uitmaakt van deze beslissing [...]”.

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 6 april 2021, om 14.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Sven Frankard, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Saul Janssens, die *loco* advocaat David D’Hooghe 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 voor diensten uit voor een “Raamovereenkomst met een ondernemer: hardware, software, integratie, onderhoud en operationele ondersteuning voor onthaalzuilen”. De opdracht wordt geplaatst met een mededingingsprocedure met onderhandeling.

3.2. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 oktober 2020 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 28 oktober 2020.

3.3. Zes kandidaten dienen een aanvraag tot deelneming in, onder wie de verzoekende partij en de bv 3S.

Op 25 november 2020 wordt een selectieverslag opgesteld. Er wordt voorgesteld om vijf kandidaten te selecteren, onder wie de verzoekende partij en de bv 3S.

Op 11 december 2020 beslist de verwerende partij om die vijf kandidaten te selecteren. Dat is de derde bestreden beslissing.

De selectiebeslissing van 11 december 2020 wordt op 21 december 2020 met een aangetekend schrijven en een e-mailbericht ter kennis gebracht van de verzoekende partij.

3.4. De vijf geselecteerde kandidaten worden uitgenodigd om een offerte in te dienen.

Er worden vervolgens vier offertes ingediend, onder meer door de verzoekende partij en de bv 3S.

3.5. Op 17 februari 2021 wordt een gunningsverslag opgesteld. Een van de vier offertes blijkt te zijn ingetrokken. De overige drie offertes worden regelmatig verklaard en getoetst aan de gunningscriteria. De eindrangschikking van de offertes ziet er als volgt uit:

- | | |
|------------------------|---------------|
| 1. bv 3S | 95,34 punten |
| 2. bv Alfa-Zet Systems | 93,17 punten |
| 3. bv Logis.P | 84,39 punten. |

Er wordt dan ook voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de bv 3S.

3.6. Op 1 maart 2021 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de bv 3S.

Dit is de eerste bestreden beslissing, waaruit de tweede bestreden beslissing wordt afgeleid.

Met een 1 maart 2021 gedateerde aangetekende brief en een e-mailbericht van 4 maart 2021 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen. De gunningsbeslissing en het gunningsverslag worden als bijlagen gevoegd.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4.1. Wat de selectiebeslissing van 11 december 2020, de derde bestreden beslissing, betreft, lijkt in tegenstelling tot hetgeen in een exceptie door de verwerende partij wordt aangevoerd, het niet zo te zijn dat de verzoekende partij te dezen ertoe gehouden was om de selectiebeslissing onmiddellijk in rechte te bestrijden met een vordering tot schorsing. Zij werd immers wel degelijk geselecteerd.

In dat licht lijkt het haar, op grond van de zogenoemde Labonorm-rechtspraak van de Algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (arrest nr. 152.173, 2 december 2005), op het eerste gezicht wel degelijk toegelaten om onrechtmatigheden die zij aan een selectiebeslissing verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze in te roepen tegen de uiteindelijke gunningsbeslissing, ook al heeft zij die selectiebeslissing niet aangevochten met een afzonderlijke vordering bij de Raad van State. Dat, zoals de verwerende partij doet gelden, de wettelijk bepaalde beroepstermijn om een dergelijke afzonderlijke vordering tegen de selectiebeslissing in te stellen bij de Raad van State te dezen inmiddels is verstreken, doet op het eerste gezicht geen afbreuk aan de voorgaande vaststelling.

De exceptie wordt niet aanvaard.

4.2. Wat de impliciete weigeringsbeslissing, de tweede bestreden beslissing, betreft, lijkt de verwerende partij terecht in een exceptie op te werpen dat de daarop betrokken vordering niet ontvankelijk is.

Geen van de drie middelen lijkt immers op het eerste gezicht tot gevolg te hebben dat er te dezen zou moeten worden vastgesteld dat er bijzondere omstandigheden voorhanden zijn die het gebruik verantwoorden van de bijzondere jurisprudentie□le techniek van de nietigverklaring en bijgevolg de schorsing van de uitvoering van een impliciete weigeringsbeslissing.

De vordering is niet ontvankelijk wat de tweede bestreden beslissing betreft.

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 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.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert in het eerste middel de schending aan van de artikelen 4 en 5 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], artikel 2 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ [hierna: formelemotiveringswet], de artikelen 4, 66, 67 en 73 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ [hierna: wet overheidsopdrachten 2016], de artikelen 38, 61, 62, 63, 64, 72, 73 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ [hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017], “de formelemotiveringsplicht, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en het gelijkheidsbeginsel”

Zij vat het middel zelf als volgt samen:

“Doordat uit de bestreden beslissingen niet blijkt of 3S werd geselecteerd op basis van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument dan wel door een eigenlijke selectiebeslissing in de eerste fase van de plaatsingsprocedure;

Doordat verweerster in het verslag van nazicht d.d. 24/11/2020 wel motiveert dat 3S BVBA is geselecteerd op basis van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument;

Doordat uit de bestreden beslissingen evenmin blijkt dat indien 3S BVBA werd geselecteerd op basis van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument er vóór de gunningsbeslissing een effectieve controle heeft plaatsgevonden van de uitsluitingsgronden en de selectiecriteria;

Doordat op basis van publiek raadpleegbare documenten zoals de jaarrekeningen uit de balanscentrale van de Nationale Bank blijkt dat 3S noch de entiteiten op wier draagkracht beroep wordt gedaan niet beantwoorden aan de vooropgestelde selectiecriteria;

Terwijl de artikelen 4 en 5 Rechtsbeschermingswet bepalen dat de aanbestedende overheid een gemotiveerde beslissing opstelt wanneer ze beslist over de selectie van de kandidaten ingeval de procedure een eerste fase met de indiening van aanvragen tot deelneming omvat en dat dergelijke gemotiveerde beslissing onder meer de juridische en feitelijke motieven die de selectie of niet-selectie rechtvaardigen;

Terwijl de formele motiveringsplicht beoogt om de betrokkene in staat te stellen om te oordelen of hij zich op het stuk der motieven zinvol in rechte kan verweren en in de regel betekent dat een verzoekende partij over de motieven van de beslissing moet kunnen beschikken, vooraleer zich in rechte te voorzien;

Terwijl artikel 2 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen bepaalt dat de bestuurshandelingen van de besturen uitdrukkelijk moeten worden gemotiveerd;

Terwijl de materiële motiveringsplicht inhoudt dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen en de Raad van State de bevoegdheid verleent om na te gaan of de administratieve overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen;

Terwijl uit artikel 73, §1, derde lid Overheidsopdrachtenwet volgt dat het Uniform Europees Aanbestedingsdocument een voorlopige formele verklaring van de ondernemer inhoudt dat de betrokken grond tot uitsluiting niet van toepassing is en/of dat aan het selectiecriterium is voldaan;

Terwijl de selectieleidraad voorschrijft dat de aanvragen tot deelneming reeds in de eerste fase van de plaatsingsprocedure zullen worden beoordeeld op de volledigheid ervan en zullen worden gescoord en gerangschikt op basis van de Technische en beroepsbekwaamheid van de kandidaat alsook bij elk (sub)selectiecriterium vermeld wordt hoe de puntenverdeling verloopt.

Terwijl artikel 73, §1, derde lid Overheidsopdrachtenwet bepaalt dat indien de ondernemer overeenkomstig artikel 78 Overheidsopdrachtenwet een beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten het Uniform Europees Aanbestedingsdocument ook de in het eerste lid genoemde gegevens ten aanzien van die entiteiten bevat;

Terwijl artikel 73, §3, tweede lid Overheidsopdrachtenwet voorschrijft dat de aanbestedende overheid vóór de gunning van de opdracht de inschijver aan wie zij heeft besloten te gunnen verzoekt om de actuele ondersteunende documenten over te leggen;

Terwijl artikel 67, §1, vijfde lid Overheidsopdrachtenwet voorschrijft dat de verplichting tot uitsluiting van de kandidaat of inschijver ook van toepassing is wanneer de bij onherroepelijk vonnis veroordeelde persoon lid is van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan;

Terwijl artikel 72, §2 KB Plaatsing voorschrijft dat voor de in artikel 67 Overheidsopdrachtenwet bedoelde verplichte uitsluitingsgronden een uittreksel uit het desbetreffende register, zoals een uittreksel uit het strafregister wordt aanvaard;

Terwijl artikel 66, §1, 2° Overheidsopdrachtenwet de aanbestedende overheid verplicht om na te gaan of de offerte niet afkomstig is van een inschijver waaraan de toegang tot de opdracht niet is ontzegd op grond van de artikelen 67 tot 70 en die voldoet aan de door de aanbestedende overheid vastgestelde selectiecriteria;

Terwijl artikel 66, §2, derde lid Overheidsopdrachtenwet de bevestiging inhoudt dat er geen opdracht mag worden gegund aan een inschijver die had moeten worden uitgesloten of die niet voldoet aan de selectiecriteria;

Zodat verweerster door enkel te motiveren dat de gegunde kandidaat / inschijver louter op basis van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument is geselecteerd, niet aangeeft dat een effectieve controle naar de uitsluitingsgronden en selectiecriteria heeft plaatsgevonden;

En zodat verzoekster op basis van de selectiebeslissing en het overeenstemmende verslag van nazicht gewoonweg geen enkel idee heeft of de gegunde kandidaat / inschijver wel degelijk aan de vereiste controle is onderworpen;

En zodat verzoekster op basis van de desbetreffende beslissing en verslag van nazicht niet met de vereiste kennis haar rechten kan doen gelden en verweer kan voeren;

En zodat de bestreden beslissingen de in het middel genoemde bepalingen en beginselen schendt.”

7.1. De toelichting bij het middel beslaat 15 bladzijden. Daarin doet de verzoekende partij onder meer nog gelden dat er in het kader van de uitsluitingsgronden en selectiecriteria heel wat documenten aangebracht moesten worden en gegevens dienden te worden nagekeken, waaronder jaarrekeningen en referenties. Het onderzoek daarvan werd in het selectieverslag gereduceerd tot een samenvattende tabel. Die werkwijze mag volgens de verzoekende partij niet worden aanvaard. Bovendien wordt de samenvattende tabel gevolgd door de vermelding dat de selectie gebeurde op grond van het Uniform Europees Aanbestedingsformulier (hierna: UEA), zodat het voor de kandidaten niet meer

duidelijk is of “OK” betrekking heeft op louter een vermelding in het UEA, dan wel op een effectief nazicht.

Uit het selectieverslag blijkt voorts volgens de verzoekende partij dat de gekozen inschrijver zich beroept op de draagkracht van twee andere ondernemingen (Syrinx en Partheas). Bijgevolg had ook voor deze ondernemingen een UEA moeten worden bijgevoegd en hadden ook voor deze ondernemingen de uitsluitingsgronden en selectiecriteria moeten worden onderzocht. Op grond van de bestreden beslissingen kan niet worden nagegaan of dat daaraan voldaan is.

7.2. De verzoekende partij brengt vervolgens de selectiecriteria inzake de economische en financiële draagkracht van de kandidaten in herinnering – resultatenrekeningen van de afgelopen drie boekjaren, gemiddelde omzet van minimum 500.000 euro per boekjaar, verplichting om telkens de omzet te vermelden en de winst/verlies van het boekjaar, telkens een positief resultaat – en wijst er op dat uit opzoeken in de balanscentrale van de Nationale Bank van België blijkt dat de gekozen inschrijver niet voldoet aan dit selectiecriterium. Ook de twee ondernemingen op wiens draagkracht de gekozen inschrijver zich beroept volgens het selectieverslag voldoen volgens de verzoekende partij niet aan de betrokken selectiecriteria. Op de andere onderneming, de Italiaanse onderneming AIS Systems SrL, die is vermeld bij het onderzoek van de offerte van de gekozen inschrijver, wordt blijkens het selectieverslag geen beroep gedaan op zijn draagkracht, zodat daarop geen acht mag worden geslagen. Uit de bestreden beslissing blijkt dan ook niet dat de gekozen inschrijver voldoet aan de selectievereisten inzake de economische en financiële draagkracht.

Beoordeling

8. In het eerste middel worden in essentie twee grieven aangevoerd: uit het selectieverslag blijkt niet dat er een afdoende uitsluitings- en selectieonderzoek werd uitgevoerd en het blijkt niet dat de gekozen inschrijver voldoet aan het selectiecriterium inzake de economische en financiële draagkracht.

9. Wat de eerste grief betreft, wordt in het selectieverslag het uitsluitings- en selectieonderzoek weergegeven in de vorm van een samenvattende tabel.

Anders dan de verzoekende partij het ziet lijkt de formele neerslag in het selectieverslag van het nazicht van de uitsluitingsgronden en de selectiecriteria, wanneer er zich, zoals te dezen, volgens de aanbestedende overheid geen probleem stelt, wel degelijk in principe beperkt te mogen worden tot een bondige opsomming in tabelvorm met de vermelding ‘OK’ bij elk element inzake uitsluiting en selectie dat door de aanbestedende overheid als “in orde” werd aangemerkt. Er lijkt *prima facie* niet van de aanbestedende overheid te moeten worden vereist dat zij, wanneer er volgens haar geen uitsluitings- of selectieproblemen rijzen, voor elk mogelijk element inzake uitsluiting of selectie in detail de positieve redenen te kennen zou geven waarom de betrokken kandidaat niet moet worden geweerd.

De formele motiveringsplicht lijkt niet te vereisen dat dit onderzoek *in extenso* wordt weergegeven, indien uit het administratief dossier blijkt dat de kandidaten wel degelijk werden getoetst aan de uitsluitingsgronden en de selectiecriteria en dat er daarbij geen bijzondere problemen zijn gerezen.

Uit het administratief dossier lijkt alleszins reeds op het eerste gezicht te mogen worden afgeleid dat er niet zomaar over de uitsluitings- en selectiefase van de gunningsprocedure werd heengestapt en dat er wel degelijk een inhoudelijk onderzoek van de aanvragen tot deelneming heeft plaatsgevonden. Als vertrouwelijk stuk 22 van het administratief dossier wordt een als “intern controledocument selectiefase” aangemerkt stuk neergelegd dat lijkt te bevestigen dat er wel degelijk een inhoudelijk uitsluitings- en selectieonderzoek heeft plaatsgevonden. Anders dan de verzoekende partij veronderstelt in het eerste middel lijkt het onderzoek alleszins niet beperkt te zijn gebleven tot een louter nazicht of er al dan niet een geldig UEA bij de aanvraag tot deelneming was gevoegd.

De vermeldingen in het selectieverslag lijken dus te mogen worden geïnterpreteerd, in de zin dat er een inhoudelijk uitsluitings- en

selectieonderzoek werd uitgevoerd door de aanbestedende overheid en er werd nagegaan of er een geldig UEA was bijgevoegd. De interpretatie, die de verzoekende partij naar voren schuift, namelijk dat het onduidelijk zou zijn op welke grond het uitsluitings- en selectieonderzoek werd gevoerd, faalt *prima facie*.

10. Wat de tweede grief betreft, dient er te worden vastgesteld dat uit het administratief dossier, meer bepaald de aanvraag tot deelneming en de offerte van de gekozen inschrijver, dat deze wel degelijk een beroep doet op de draagkracht van de Italiaanse onderneming AIS Systems SrL (hierna: AIS Systems) om te voldoen aan de selectievereisten. Er wordt zelfs uitdrukkelijk vermeld dat op de financiële draagkracht van deze onderneming een beroep wordt gedaan. Deze onderneming blijkt een op het eerste gezicht geldige draagkrachtverbintenis te hebben ondertekend die zowel bij de aanvraag tot deelneming (administratief dossier, vertrouwelijk stuk 23, bladzijde 119) als bij de offerte werd gevoegd (administratief dossier, vertrouwelijk (stuk 25, bladzijde 46).

Die vaststelling lijkt de veronderstelling van de tweede grief, namelijk dat er geen beroep werd gedaan op de draagkracht van AIS Systems om te voldoen aan de selectiecriteria inzake de economische en financiële draagkracht, onderuit te halen.

11. Wel is het zo dat het selectieverslag ten onrechte vermeldt dat de gekozen inschrijver geen beroep doet op de draagkracht van AIS Systems. Die fout in het selectieverslag wordt door de verwerende partij verklaard als “een louter materiële vergissing”. Die stelling lijkt, gelet op de inhoud van de offerte van de gekozen inschrijver, te mogen worden aanvaard.

12. De beide grieven van het eerste middel worden op het eerste gezicht niet bijgevallend. Het is bijgevolg niet aangetoond dat het eerste middel ernstig is.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

13. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in het tweede middel de schending aan van de artikelen 4 en 5 van de rechtsbeschermingswet, artikel 2 van de formelemotiveringswet, de artikelen 4, 81, 82 en 86 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 74 en 78 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, “de formelemotiveringsplicht, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en het gelijkheidsbeginsel”.

Zij vat het middel zelf als volgt samen:

“Doordat het verslag van nazicht d.d. 01/03/2021 t.a.v. 3S BVBA vermeldt dat er sprake zou zijn van een zeer ervaren en toegewijd team waarbij de medewerkers relevante ervaring met kiosken hebben;

Doordat uit dit motief niet blijkt hoe verweerster tot deze stellingname is gekomen;

Doordat uit de balanscentrale van de Nationale Bank blijkt dat 3S BVBA over geen enkele werknemer beschikt en de entiteiten op wier draagkracht beroep wordt gedaan te samen genomen slechts over drie werknemers beschikken;

Doordat uit het verslag van nazicht niet blijkt hoe een team van drie werknemers de maximale score kan bekomen op het desbetreffende subgunningscriterium voor een opdracht die het plaatsen van maar liefst 80 onthaalzuilen in 60 kantoren van verweerster behelst;

Doordat in de mate dat het team dat 5/5 scoort uit andere personen zou bestaan deze personen, zoals blijkt uit de bij de centrale bank neergelegde documenten, niet met een arbeidsovereenkomst zijn verbonden met 3S BVBA en derhalve diensten verlenen op basis van een zelfstandige activiteit. Dat deze personen in die omstandigheden te beschouwen zijn als onderaannemers. Dat in deze omstandigheden de in de opdrachtdocumenten vooropgestelde regels i.v.m. het inschakelen van (‘gewone’) onderaannemers door zowel verweerster als 3S BVBA nageleefd dienen te worden.

Doordat verzoekster op basis van de informatie opgenomen in het verslag van nazicht geen afdoende inhoudelijk verweer kan voeren noch zoals de rechtsbescherming vereist, met kennis van zaken kan inschatten of de score van 5/5 correct werd beoordeeld;

Terwijl de formele motiveringsplicht beoogt om de betrokkene in staat te stellen om te oordelen of hij zich op het stuk der motieven zinvol in rechte kan verweren en in de regel betekent dat een verzoekende partij over de motieven van de beslissing moet kunnen beschikken, vooraleer zich in rechte te voorzien;

Terwijl artikel 2 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen bepaalt dat de bestuurshandelingen van de besturen uitdrukkelijk moeten worden gemotiveerd;

Terwijl de materiële motiveringsplicht inhoudt dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen en de Raad van State de bevoegdheid verleent om na te gaan of de administratieve overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen;

Terwijl de opdrachtdocumenten waaronder de selectieleidraad, het antwoordformulier, het formulier tot aanvraag deelneming en het document infosessie 04/11/2020 vereisen dat de kandidaten in de aanvraag tot deelneming preciseren welke (gewone) onderaannemers ze zullen inschakelen en voor welk deel van de opdracht.

Zodat de in het midden aangehaalde bepalingen en beginselen worden geschonden.”

Beoordeling

14. In het tweede middel betwist de verzoekende partij in essentie de beoordeling in het gunningsverslag van de offerte van de gekozen inschrijver aan de hand van het subcriterium 1.5 “Samenstelling en ervaring van het voorgestelde team” (op 5 punten) van het eerste gunningscriterium “kwaliteit”. Zij doet gelden dat uit publiek beschikbare gegevens blijkt dat er hoogstens sprake kan zijn van drie werknemers, zodat er volgens haar met onderaannemers gewerkt moet worden en er zou niet blijken dat de gekozen inschrijver de regels uit de opdrachtdocumenten inzake het gebruik van onderaannemers heeft nageleefd.

15. In de eerste plaats dient er te worden opgemerkt dat, anders dan de verzoekende partij doet gelden in het middel, er op het eerste gezicht uit de – als vertrouwelijk stuk 25 neergelegde – offerte van de gekozen inschrijver niet blijkt dat deze zou werken met individuele onderaannemers wat de samenstelling van het voorgestelde team betreft. Het door de gekozen inschrijver voorgestelde team lijkt

prima facie uit meer dan drie personen te bestaan werkzaam in de ondernemingen die in de offerte van de gekozen inschrijver worden vermeld, namelijk 3S zelf en voorts AIS Systems, Partheas en Syrinx op wiens draagkracht een op het eerste gezicht geldig beroep wordt gedaan.

In zoverre het middel uitgaat van het tegendeel, faalt het *prima facie*.

16. Deze vaststelling lijkt op zich te kunnen volstaan om het middel te verwerpen. Het middel steunt immers op de onjuist gebleken veronderstelling dat de gekozen inschrijver met niet-geldig ingeroepen onderaannemers zou werken. Er wordt in elk geval niet aangevoerd dat de offerte van de verzoekende partij zelf voor het betrokken subcriterium te weinig punten zou hebben gekregen.

17. Het tweede middel dient te worden verworpen als niet ernstig.

C. Derde middel

Standpunt van de partijen

18. De verzoekende partij voert in het derde middel de schending aan van de artikelen 4 en 5 van de rechtsbeschermingswet, artikel 2 van de formelemotiveringswet, de artikelen 4 en 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de formelemotiveringsplicht, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en het gelijkheidsbeginsel.

19. Zij vat het middel zelf als volgt samen:

“Doordat het verslag van nazicht opgesteld op 18/02/2021 en formeel goedgekeurd op 01/03/2021 zonder enige nadere specificering louter vermeldt dat t.a.v. de ingediende offertes geen enkele onregelmatigheid kon worden vastgesteld;

Doordat het verslag van nazicht d.d. 01/03/2021 wel vooropstelt dat er geen enkele onregelmatigheid zou kunnen worden vastgesteld, doch niet de

minste vermelding maakt van het feit of er t.a.v. al de firma's die een offerte hebben ingediend wel degelijk een prijs- en kostenonderzoek heeft plaatsgevonden naar zowel de totaalprijzen als naar de eenheidsprijzen; Terwijl artikel 84 Overheidsopdrachtenwet en de artikelen 35 en 36 KB Plaatsing op gebonden wijze de verplichting in hoofde van de aanbestedende overheid oplegt om een prijzen- en kostenonderzoek te voeren naar de ingediende totaal- en eenheidsprijzen; Terwijl de formele motiveringsplicht beoogt om de betrokkene in staat te stellen om te oordelen of hij zich op het stuk der motieven zinvol in rechte kan verweren en in de regel betekent dat een verzoekende partij over de motieven van de beslissing moet kunnen beschikken, vooraleer zich in rechte te voorzien zodat het verslag van nazicht moet vermelden of er wel degelijk een prijzen- en kostenonderzoek heeft plaatsgevonden; Terwijl artikel 2 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen bepaalt dat de bestuurshandelingen van de besturen uitdrukkelijk moeten worden gemotiveerd; Terwijl de materiële motiveringsplicht inhoudt dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen en de Raad van State de bevoegdheid verleent om na te gaan of de administratieve overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen;

Zodat de in het midden aangehaalde bepalingen en beginselen worden geschonden.”

20. In haar nota doet de verwerende partij gelden dat uit het administratief dossier blijkt dat zij wel degelijk een prijs- en kostenonderzoek heeft uitgevoerd op de offertes; zij heeft de vier inschrijvers om prijsverantwoording gevraagd, ook de gekozen inschrijver. Deze heeft een prijsverantwoording ingediend en de verwerende partij heeft deze aanvaard. De verwerende partij wijst ook op het feit dat zij vertrouwelijke en commercieel gevoelige informatie dient te beschermen, zoals de gegevens in de prijsverantwoordingen en de evaluatie ervan.

Beoordeling

21. In het derde middel voert de verzoekende partij aan dat er “nergens” blijkt dat er wel degelijk een prijs- en kostenonderzoek werd uitgevoerd op alle ingediende offertes, terwijl zijzelf aan een dergelijk onderzoek is onderworpen geweest.

22. De bestreden beslissing verwijst louter naar het gunningsverslag wat het onderzoek van de offertes betreft.

23. In het gunningsverslag is het regelmatigheidsonderzoek beperkt tot een samenvattende tabel, waarin bij elk van de drie overblijvende offertes wordt opgemerkt “Nee” in twee kolommen “substantiële onregelmatigheden” en “niet substantiële onregelmatigheden”. Het besluit is dat de drie offertes als regelmatig worden beschouwd.

24. Indien uit het administratief dossier blijkt dat de regelmatigheid van de offertes wel degelijk werd onderzocht en er daarbij geen bijzondere problemen zijn gerezen, vereisen de formelemotiveringsverplichtingen niet dat dit regelmatigheidsonderzoek *in extenso* wordt weergegeven in het gunningsverslag of in de bestreden beslissing. Het volstaat vanuit het oogpunt van de op de aanbestedende overheid rustende plicht om haar beslissing te omkleden met motieven, dat uit die beslissing blijkt – of minstens kan worden afgeleid – dat de regelmatigheid van de offertes werd betrokken bij het nemen van de gunningsbeslissing en dat niet zomaar over die fase van de gunningsprocedure werd heengestapt. Er lijkt niet van de aanbestedende overheid te moeten worden vereist dat zij voor elk mogelijk aspect dat aan de regelmatigheid van de offertes raakt in detail de positieve redenen te kennen geeft waarom de offerte niet onregelmatig zou moeten worden verklaard, indien er geen regelmatigheidsproblemen rijzen.

25. Die laatste hypothese lijkt hier echter reeds op het eerste gezicht juist niet voorhanden. De verwerende partij geeft immers zelf toe in de nota dat zij te dezen aan alle inschrijvers een verzoek tot prijsverantwoording heeft gericht en van hen ook prijsverantwoordingen heeft ontvangen. Daaruit lijkt te volgen dat zij bij het prijsonderzoek op het eerste gezicht abnormale prijzen of kosten heeft vastgesteld en het bijzondere onderzoek naar abnormale prijzen heeft opgestart.

Een regelmatigheidsonderzoek in het kader waarvan de aanbestedende overheid zich ertoe verplicht heeft gezien om alle inschrijvers om

een prijsverantwoording te vragen, kan reeds op het eerste gezicht niet worden omschreven als één waarin er geen bijzondere problemen zijn gerezen.

26. Er valt te dezen alvast in de aan de verzoekende partij ter kennis gebrachte stukken geen enkel spoor terug te vinden van het prijsonderzoek, het feit dat alle inschrijvers om prijsverantwoording werden gevraagd en de motieven waarom de prijsverantwoordingen werden aanvaard door de aanbestedende overheid.

Aldus blijkt de verzoekende partij zich wat dit gegeven betreft over het instellen van de voorliggende vordering te hebben moeten beraden op grond van een onvolledig zicht op het verloop van de gunningsprocedure en het blijkt dus niet dat zij zich met volledige kennis van zaken heeft kunnen verweren tegen de bestreden gunningsbeslissing.

Voorts lijkt op zicht van het voorliggende administratief dossier niet te kunnen worden vastgesteld waarom de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver werd aanvaard door de aanbestedende overheid. Het vertrouwelijk stuk 27 “intern controledocument gunningscriterium ‘kwaliteit’ en prijsonderzoek” bevat louter een rekentabel met daarin uitgedrukt in procent de afwijkingen van de diverse prijzen in de offertes van het gemiddelde, maar geen enkele toelichting waarom de uiteindelijk ingediende prijsverantwoordingen werden aanvaard.

27. De eerste bestreden beslissing, namelijk de gunningsbeslissing van 1 maart 2021, lijkt aldus reeds op het eerste gezicht door een dubbel gebrek in haar motivering te zijn aangetast. Op formeel vlak is er van het prijs- en kostenonderzoek geen spoor terug te vinden, op materieel vlak lijkt geen enkel stuk van het administratief dossier voorhanden waaruit de reden kan worden afgeleid waarom de ingediende prijsverantwoordingen aanvaardbaar werden geacht.

Deze vaststelling volstaat om het middel als ernstig te beschouwen en de gunningsbeslissing, de hier als eerste bestreden beslissing, in haar tenuitvoerlegging te schorsen.

De schorsing van de tenuitvoerlegging van de als derde bestreden beslissing lijkt niet noodzakelijk om de belangen van de verzoekende partijen te vrijwaren, temeer omdat deze lijkt op te gaan in de eerste bestreden beslissing.

28. Waar de verwerende partij in haar nota wijst op haar plicht om vertrouwelijke en commercieel gevoelige informatie te beschermen, zoals die in de prijsverantwoordingen en de evaluatie ervan, lijkt deze op elke aanbestedende overheid rustende rechtsplicht niet in te houden dat het de verwerende partij toekomt om te dezen van het kostenonderzoek in het geheel geen melding te maken in het gunningsverslag en de gunningsbeslissing.

Het zal aan de verwerende partij toekomen om, in het kader van het rechtsherstel waartoe zij wordt aangezet ingevolge de schorsing, een passend evenwicht te vinden tussen, enerzijds, de plicht om de gunningsbeslissing met afdoende redenen te omkleeden wat het prijsonderzoek betreft en, anderzijds, de plicht om commercieel gevoelige gegevens te beschermen.

VII. Besluit

29. Er werd vastgesteld dat het derde middel ernstig is. Bijgevolg is voldaan aan de enige schorsingsvoorwaarde van een ernstig middel. De eerste bestreden beslissing dient dan ook in haar tenuitvoerlegging te worden geschorst.

Wat de tweede en derde bestreden beslissing betreft, dient de vordering te worden verworpen.

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

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling van 1 maart 2021 waarbij de opdracht voor een ‘Raamovereenkomst met een ondernemer: hardware, software, integratie, onderhoud en operationele ondersteuning voor onthaalzuilen’ (bestek 2020/181) wordt gegund aan de bv 3S.

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

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

Dierk Verbiest,
bijgestaan door

Frank Bontinck

De griffier

Frank Bontinck

kamervoorzitter,

griffier.

De voorzitter

Dierk Verbiest