

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 253.480 van 7 april 2022
in de zaak A. 235.889/XII-9196**

In zake: de NV CLEANING MASTERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jürgen De Staercke
kantoor houdend te 9550 Herzele
Dries 77
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE VERVOERMAATSCHAPPIJ DE LIJN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Hans Plancke en Daan Degrande
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 17 maart 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de raad van bestuur van de Vlaamse Vervoersmaatschappij – De Lijn van 23 februari 2022 om de raamovereenkomst voor de dienstverlening ‘Schoonmaak gebouwen, glas en poorten’ te gunnen aan nv ISS Facility Services (perceel 3) en aan nv ISS Facility Services (perceel 8)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 april 2022.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jürgen De Staercke, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaten Hans Plancke en Daan Degrande, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor diensten met als voorwerp “schoonmaak gebouwen, glaswas en poorten”. De opdracht beoogt het sluiten van een raamovereenkomst voor een periode van twee jaar, viermaal verlengbaar met één jaar.

De opdracht is onderverdeeld in 14 percelen, verdeeld over de provincies. De percelen 3 en 8 maken het voorwerp uit van het huidige geding. Perceel 3 betreft de gebouwen in de provincie West-Vlaanderen, perceel 8 de gebouwen in de provincie Antwerpen.

De opdracht wordt geplaatst met een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 9 juli 2020 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 9 juli 2020.

3.2. Zestien aanvragen tot deelneming worden ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en van de nv ISS Facility Services.

Na controle van de uitsluitingsgronden en de kwalitatieve selectiecriteria, worden bij beslissing van 17 november 2020 negen aanvragen tot deelneming geselecteerd, waaronder die van de verzoekende partij en van de nv ISS Facility Services.

3.3. Het bestek met ref. “Techn_Patrimonium_Infrastr.-2020-34466-453” is van toepassing.

Het bestek bepaalt dat de opdracht per perceel aan maximum twee deelnemers gegund kan worden. In het geval dat er twee opdrachtnemers zijn, wordt de opdracht in het eerste jaar uitgevoerd door de best gerangschikte opdrachtnemer. Na ieder jaar zal er een evaluatie gebeuren. Indien de evaluatie negatief is, wordt de uitvoering van de opdracht toevertrouwd aan de opdrachtnemer die als tweede gerangschikt staat. Dit systeem blijft zich herhalen waarbij de uitvoering van de opdracht terug kan overgaan naar de eerst gerangschikte opdrachtnemer indien er een negatieve evaluatie is bij de tweede gerangschikte.

In het bestek worden de volgende gunningscriteria opgenomen:

- Gunningcriterium 1: prijs 50 pt.
- Gunningcriterium 2: organisatie en planning 25 pt.
 - Subgunningcriterium 1: operationeel beheer (5 pt.)
 - Subgunningcriterium 2: communicatiebeheer (5 pt.)
 - Subgunningcriterium 3: kwaliteitsbeheer (15 pt.)
- Gunningcriterium 3: plan van aanpak 15 pt.
- Gunningcriterium 4: duurzaamheid 10 pt.

Het bestek beschrijft het gunningscriterium 2, “organisatie en planning”, als volgt:

“De inschrijver stelt de organisatie en planning voor betreffende de dienstverlening en beschrijft hoe hij zich zal organiseren om een kwaliteitsvolle en efficiënte dienstverlening te realiseren & garanderen voor de hele duur van de raamovereenkomst.

Deze uiteenzetting bevat minimaal volgende elementen die beschreven worden door de inschrijver in de offerte:

- Operationeel beheer: plaatsbepaling – toegang tot de opdracht – prestaties – precisering beheerscontract
- Communicatiebeheer: intern bij leverancier & tussen leverancier & aanbestedende overheid – online tool – procedure voor Q&A
- Kwaliteitsbeheer: QMS kwaliteitscontroles – wie (beoordelers) – wanneer (frequentie) - hoe (principes & niveaus) – evaluatie – bijsturing – SLA

Verdere informatie rond de minimale dienstverlening wordt beschreven in Deel 3 onder ‘Gunningcriterium Organisatie & Planning’.

De opdrachtnemer kan in zijn uiteenzetting tevens aangeven op welke wijze zijn dienstverlening positief te onderscheiden is van deze van opdrachtnemers.

‘Organisatie en planning’ bestaat uit maximum 5 blz. A4-formaat per perceel. Bij inschrijving voor meerdere percelen, dient men enkel de perceel specifieke verschillen te vermelden. Indien de opdrachtnemer meer dan 5 blz. indient, dan houdt de verwerende partij alleen rekening met de eerste 5 blz.

De voorstellen in de uiteenzetting zullen bindend zijn voor de inschrijver, indien de opdracht aan hem gegund wordt.

Het gunningcriterium ‘organisatie en planning’ zal objectief beoordeeld worden door drie juryleden volgens onderstaande scoringstabel:

Punten	Toelichting
100 %	Het plan van aanpak van de inschrijver biedt op alle aspecten een significante meerwaarde ten opzichte van het door de minimumvereisten vooropgestelde niveau.
80 %	Het plan van aanpak van de inschrijver biedt op alle aspecten meerwaarde ten opzichte van het door de minimumvereisten vooropgestelde niveau.
60 %	Het plan van aanpak van de inschrijver biedt op meerdere aspecten meerwaarde ten opzichte van het door de minimumvereisten vooropgestelde niveau.
20 %	Het plan van aanpak van de inschrijver biedt op slechts enkele aspecten meerwaarde ten opzichte van het door de minimumvereisten vooropgestelde niveau.
0 %	Het plan van aanpak van de inschrijver voldoet aan het door de minimumvereisten vooropgestelde niveau.

In het derde deel van het bestek, “Technische en/of functionele bepalingen”, worden o.m. minimale eisen inzake kwaliteitsbeheer vastgesteld (punt 3.05). Eén van deze minimale eisen betreft de controles uitgevoerd door de opdrachtnemer. Het gaat om steekproeven uitgevoerd om de kwaliteit van de

prestaties geleverd door het eigen personeel te controleren. De minimale eis betreft de frequentie van controles door de opdrachtnemer en luidt als volgt:

“[...] Er wordt een minimum geëist van 24 genummerde controles per perceel per jaar uit te voeren, op verschillende sites/clusters. [...]”

Onder punt 3.05.1, “Kwaliteitscontroles”, volgt voorts nog de volgende toelichting:

“De opdrachtnemer dient een controle- en opvolgsysteem voor te stellen, dat meegenomen wordt in de beoordeling van het gunningscriterium ‘organisatie en planning’, en waarbij eveneens rekening wordt gehouden met volgende elementen:

- QMS kwaliteitscontroles
- Frequentie vd controles
- Wie voert ze uit
- Hoe verloopt QMS kwaliteitscontrole
- Evaluatie
- Bijsturen
- SLA management.
- Administratiebeheer
- ...”

3.5. Acht van de negen geselecteerde kandidaten dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij en de nv ISS Facility Services.

3.6. Het gunningsverslag wordt opgesteld op 8 februari 2022.

Voor elk subgunningscriterium wordt in algemene zin aangegeven welke “aspecten” o.a. “bekeken” werden. Het gaat om de elementen die door de jury als beoordelingselementen in aanmerking zijn genomen bij de toetsing van de onderscheiden offertes ten aanzien van het betrokken subgunningscriterium. Voor het subgunningscriterium “kwaliteitsbeheer” gaat het om de volgende elementen:

- “- Gebruik van gestandaardiseerd meetsysteem. Bijkomende relevante maatregelen zoals o.a. tevredenheidszuilen, tevredenheidsenquêtes, TAQT, worden als meerwaarde beschouwd.
- Direct beschikbaarheid resultaat meetsysteem.

- KPI/Balanced Score Cards/SLA. Strengere of meer strikte bepalingen dan het bestek worden als een meerwaarde beschouwd.
- Gegarandeerde inspectiefrequentie: vanaf een frequentie van minimaal 12x/jaar voor de grote sites, 6x per jaar voor de middelgrote sites, alsook melding van een frequentie voor de kleine sites wordt de frequentie als voldoende (meerwaarde) beschouwd. Garantie bepalingen per perceel worden wegens onzekerheid over welk type sites (groot, middelgroot of klein) als laag beschouwd.
- Inspectiefrequentie kleine afgelegen locaties: maandelijkse inspectie wordt als voldoende (meerwaarde) beschouwd.”

Wat de offerte van Cleaning Masters betreft, bevat het gunningsverslag de volgende motivering voor de score (20 %) toegekend voor het voormelde subgunningscriterium:

“Gestandaardiseerd meetsysteem: ja (conform bestek), plus relevante bijkomende maatregelen
 Directe beschikbaarheid resultaat: ja (conform bestek)
 KPI/Balanced Score Card/SLA: conform bestek
 Gegarandeerde inspectiefrequentie: voldoende
 Inspectiefrequentie kleine afgelegen locaties: laag
 Op gebied van kwaliteitsbeheer biedt Cleaning Masters conform de bepalingen op slechts enkele aspecten (2) een meerwaarde, meer bepaald op bijkomende relevante maatregelen m.b.t. meetsystemen, alsook een voldoende hoge gegarandeerde inspectiefrequentie.”

Wat de offerte van ISS Facility Services betreft, bevat het gunningsverslag de volgende motivering voor de score (60 %) toegekend voor hetzelfde subgunningscriterium:

“Gestandaardiseerd meetsysteem: ja, plus relevante bijkomende maatregelen
 Directe beschikbaarheid resultaat: ja (conform bestek)
 KPI/Balanced Score Card/SLA: beter dan bestek
 Gegarandeerde inspectiefrequentie: hoog
 Inspectiefrequentie kleine afgelegen locaties: voldoende
 Op gebied van kwaliteitsbeheer biedt ISS Facility Services conform de bepalingen op meerdere aspecten (4) een meerwaarde, meer bepaald op bijkomende relevante maatregelen m.b.t. meetsystemen, betere KPI bepalingen dan vermeld in het bestek, een voldoende hoge gegarandeerde inspectiefrequentie, zo ook voor de kleine afgelegen locaties.”

Voor de percelen 3 en 8 wordt aan ISS Facility Services het hoogste puntenaantal toegekend. De verzoekende partij wordt voor perceel 3 als vierde en voor perceel 8 als tweede gerangschikt.

3.7. Op 23 februari 2022 beslist de verwerende partij onder meer om perceel 3 te gunnen aan de nv ISS Facility Services (als best gerangschikte inschrijver) en aan een derde onderneming (als tweede gerangschikte inschrijver) en perceel 8 te gunnen aan de nv ISS Facility Services (als best gerangschikte inschrijver) en aan de nv Cleaning Masters (als tweede gerangschikte inschrijver).

Dit is de bestreden beslissing.

Met een aangetekend schrijven en met een e-mailbericht van 2 maart 2022 wordt de voormelde beslissing aan de verzoekende partij ter kennis gebracht.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. De verwerende partij werpt op dat de verzoekende partij niet over het rechtens vereiste belang beschikt bij de door haar ingestelde vordering in zoverre die gericht is tegen het onderdeel van de bestreden beslissing betreffende de gunning van perceel 8 van de opdracht. Dit perceel werd immers onder meer aan de verzoekende partij gegund, zodat deze bezwaarlijk kan beweren dat zij door de bestreden beslissing, wat dit perceel betreft, wordt benadeeld.

6. Zoals de verzoekende partij benadrukt, strekt haar vordering ertoe opnieuw de kans te krijgen alsnog als eerste gerangschikt te worden voor de percelen 3 en 8. Bijgevolg heeft zij belang bij een schorsing van de beslissing met betrekking tot die percelen, ook die met betrekking tot perceel 8. Dat zij voor dit laatste perceel als tweede is gerangschikt en aan haar ook in die hoedanigheid de opdracht is gegund, neemt niet weg dat zij pas in aanmerking komt voor de effectieve uitvoering van de opdracht indien de verwerende partij, na een negatieve evaluatie van de eerst gerangschikte opdrachtnemer, zou beslissen om de uitvoering van het perceel in kwestie toe te vertrouwen aan de opdrachtnemer die als tweede gerangschikt staat.

VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

7. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 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), moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VII. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

8. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 4, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), artikel 5, 9°, van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, en van het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers, het transparantiebeginsel, het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De verzoekende partij verwijt de verwerende partij dat zij bij de beoordeling van het subgunningscriterium “kwaliteitsbeheer” – als onderdeel van het gunningscriterium “organisatie en planning” – voor de percelen 3 en 8 meerdere subsubgunningscriteria met betrekking tot inspectiefrequenties heeft gehanteerd die niet in het bestek voorzien waren, of die minstens in het gunningsverslag worden ingevuld op een wijze die met het bestek in strijd is:

“• Vooreerst maakt het gunningsverslag in zake inspectiefrequentie een onderscheid tussen ‘gegarandeerde inspectiefrequentie’ en

‘inspectiefrequentie kleine afgelegen locaties’. Dergelijk onderscheid zit niet vervat in het bestek. Het bestek maakt enkel op algemene wijze gewag van ‘frequentie’. In het bestek wordt nergens een opsplitsing gemaakt tussen een aspect ‘gegarandeerde inspectiefrequentie’ en een aspect ‘inspectiefrequentie kleine afgelegen locaties’, waarbij het bestek aan ieder van beide aspecten een afzonderlijke meerwaarde zou toekennen.

- In zake het aspect ‘gegarandeerde inspectiefrequentie’ maakt het gunningsverslag vervolgens een onderscheid tussen ‘grote sites’, ‘middelgrote sites’ en ‘kleine sites’. Voor ‘grote sites’ hanteert het gunningsverslag een frequentie van minimaal 12x/jaar, voor ‘middelgrote sites’ een frequentie van minimaal 6x per jaar en voor ‘kleine sites’ een loutere melding van een frequentie opdat er sprake zou zijn van een voldoende (meerwaarde).

- Ook dit onderscheid zit niet vervat in het bestek, evenmin als de gehanteerde frequenties die het gunningsverslag als relatief gewicht voor de sub-subgunningscriteria hanteert.

- Het onderscheid dat het gunningsverslag hanteert is zelf in strijd met de gunningscriteria vervat in het bestek, aangezien het bestek een minimum eist van 24 genummerde controles per perceel per jaar. 24 genummerde controles per perceel per jaar is m.a.w. volgens het bestek een minimum (d.w.z. geen meerwaarde). Het gunningsverslag kan dan een minimum van 12 inspecties van grote sites, 6 inspecties van middelgrote sites en een loutere melding van een frequentie voor kleine sites, d.w.z. een minimum van in totaal 19 inspecties, onmogelijk beschouwen als een ‘voldoende (meerwaarde)’. Het bestek stipuleert immers uitdrukkelijk 24 genummerde controles per perceel per jaar opdat er sprake is van een ‘minimum’ (d.i. dan uiteraard nog geen ‘voldoende (meerwaarde)’).

Ook dit is onwettig.

[...]

- Het gunningsverslag hanteert bovendien een aspect ‘inspectiefrequentie kleine afgelegen locaties’ dat nergens in het bestek vervat ligt, maar dat in de beoordeling wel als een afzonderlijk aspect wordt weerhouden waarvoor een meerwaarde wordt toegekend.”

Aldus heeft de verwerende partij aan de verzoekende partij ten onrechte een score van 20% (3 van de 15 punten) toebedeeld voor het subgunningscriterium “kwaliteitsbeheer” en aan ISS Facility Services ten onrechte een score van 60% (9 van de 15 punten).

Beoordeling

9. Uit het gunningsverslag kan worden afgeleid dat binnen het subgunningscriterium ‘kwaliteitsbeheer’ een aantal “aspecten” zijn geïdentificeerd

die, in overeenstemming met de methodiek die is opgenomen in het bestek, als meerwaarden in aanmerking kunnen worden genomen voor de puntentoekening op dat subgunningscriterium. Zoals de verwerende partij in haar nota uiteenzet, heeft de jury die meerwaarden afgeleid uit het geheel van de offertes. Uit het verslag blijkt dat de jury vervolgens voor elke inschrijver heeft nagegaan of diens offerte de meerwaarden al dan niet bovenop het in het bestek bepaalde minimum aanbiedt. Volgens het verslag biedt de offerte van de verzoekende partij op twee van de vijf aspecten een meerwaarde, terwijl dat voor de offerte van ISS Facility Services het geval is op vier aspecten.

10. De verzoekende partij kan op het eerste gezicht niet worden bijgevallen in haar kritiek dat de verwerende partij, wat de inspectiefrequentie betreft, heeft gebruikgemaakt van sub-subgunningscriteria die niet in het bestek zijn voorzien.

Als subcriteria worden beschouwd gegevens die dienstig zijn om in het aangeboden een onderscheid te maken en die aldus een maatstaf zijn bij de beoordeling van een gunningscriterium. Het gaat om voorafgaand aan de toetsing bedachte gegevens, met een eigen gewicht, waarmee de inschrijvingen min of meer stelselmatig worden vergeleken. Daarvan te onderscheiden zijn loutere beoordelingselementen, dat wil zeggen elementen die de beoordeling van een bepaald gunningscriterium ondersteunen.

Te dezen wordt in het bestek bepaald dat de offertes beoordeeld zullen worden op onder meer het kwaliteitsbeheer, dat een subgunningscriterium uitmaakt. Bij de omschrijving van wat daaronder moet worden verstaan, vermeldt het bestek dat het kwaliteitsbeheer onder meer “controles uitgevoerd door de opdrachtnemer” omvat, en dat daarin de frequentie van de controles een element is waarmee de inschrijvers rekening moeten houden (punt 3.05.1 van het bestek). Het gegeven dat het aantal keren dat het toezicht wordt verzekerd, wordt gewaardeerd, volgt aldus expliciet uit het bestek.

Dat element, de frequentie van de controles, is één element onder andere elementen. Overigens gaat het bij de opsomming van beoordelingselementen om een niet-exhaustieve lijst: het bestek bepaalt immers

dat de inschrijvers “minimaal” die elementen moeten beschrijven (punt 1.05, beschrijving van gunningscriterium 2, “organisatie en planning”).

11. In zoverre de verzoekende partij aan de bestreden beslissing verwijt dat ze rekening houdt met de spreiding van de controles over de onderscheiden types van sites en met de frequentie van controles van kleine afgelegen locaties, zijnde sanitaire ruimtes en eetlokalen voor de chauffeurs van de verwerende partij, is de Raad van State voorshands van oordeel dat het opnemen van een niet-exhaustieve lijst van beoordelingselementen in het bestek niet belet dat de aanbestedende overheid, bij de beoordeling van de onderscheiden offertes, gebruik kan maken van andere elementen, of elementen die een precisering inhouden van de elementen die in het bestek vermeld zijn, voor zover die elementen evenzeer aspecten zijn van het betrokken subgunningscriterium. Te dezen lijkt de aandacht die de inschrijvers hebben voor de spreiding van de controles over de onderscheiden types van sites, enerzijds, en voor controles op de kleine afgelegen locaties, anderzijds, te kunnen worden ingepast in het subgunningscriterium van het kwaliteitsbeheer. Zoals de verwerende partij in haar nota uiteenzet, levert de specifieke aandacht van een inschrijver voor een spreiding van de controles over alle types van sites en voor specifieke controles op kleine afgelegen locaties een meerwaarde op, in die zin dat ze een bijkomende garantie is voor een kwaliteitsvolle dienstverlening op andere dan de grote sites en specifiek op de kleine en moeilijk te bereiken sites.

12. In zoverre de verzoekende partij aan de bestreden beslissing verwijt dat ze gesteund is op een waardering waarbij een meerwaarde wordt toegekend aan offertes die in totaal, verspreid over drie types van sites, 19 controles per jaar aanbieden, terwijl het bestek voorziet in een minimum van 24 controles per jaar, lijkt het erop dat de kritiek berust op een verkeerde lezing van het gunningsverslag. Het bestek eist inderdaad “een minimum ... van 24 genummerde controles op per perceel per jaar ..., op verschillende sites/clusters” (punt 3.05). Dat is een minimum dat betrekking heeft op het geheel van de controles. Een perceel omvat evenwel grote, middelgrote en kleine sites. De waardering van een bepaalde spreiding van de controles over die onderscheiden types van sites hoeft niet in strijd te zijn met het minimum van het totaal aantal controles. Uit de offerte van ISS Facility Services blijkt dat deze voor de beide

percelen in het geding ruimschoots beantwoordt aan het bestekvereiste van in totaal minimum 24 controles per jaar. Voorts blijkt haar offerte, zoals in het gunningsverslag vastgesteld, een hoge frequentie aan te bieden inzake controles op respectievelijk grote, middelgrote en kleine sites, in die mate dat aan de spreiding over die drie types van sites een meerwaarde wordt toegekend.

13. Uit het voorgaande volgt dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat de beoordeling van de offertes op het criterium ‘kwaliteitsbeheer’, waarbij de verzoekende partij op twee aspecten met een meerwaarde is gecrediteerd en ISS Facility Services op vier aspecten, op onwettige wijze is geschied.

VIII. Besluit

14. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 22 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Paul Lemmens,

kamervoorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Paul Lemmens