

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 255.614 van 27 januari 2023
in de zaak A. 237.988/XII-9304**

In zake: de BV DEVA BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Tom Villé en Karel Veuchelen
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Generaal Lemanstraat 67
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Binnenlandse Zaken en Institutionele Hervormingen
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stijn Butenaerts en Andy Hoedenaeken
kantoor houdend te 1080 Brussel
Leopold II-laan 180
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 21 december 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Minister van Binnenlandse Zaken, Institutionele Hervormingen en Democratische Vernieuwing van 7 december 2022 waarbij de overheidsopdracht met referentie IBZ-CV-MAT22-433-21-F02_1 voor de levering van interventiekledij voor brandweerlieden voor diverse openbare diensten aan de nv Sioen wordt gegund.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 januari 2023.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tom Villé, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Stijn Butenaerts, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge 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 opdracht uit voor de levering van interventiekledij voor brandweerlieden voor diverse openbare diensten. Zij kiest voor een openbare procedure.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.2. Het bestek met referentie MAT22-433-21 is van toepassing.

Het voorwerp van de opdracht wordt daarin beschreven als volgt:

“De onderhavige opdracht betreft de levering van brandinterventiekledij voor de brandweerlieden voorzien [van] een compatibel signalisatiehesje. De kledij bestaat uit een jas en een broek en moet worden gedragen tijdens brandweerinterventies.”

Het bestek voorziet in twee gunningscriteria, met name de prijs (30%) en de kwaliteit (70%).

3.3. Bij het bestek zijn twee bijlagen gevoegd: een document A, dat een administratief offerteformulier is, en een document B, genoemd ‘technisch offerteformulier met inbegrip van de technische specificaties’. Dit document B bestaat uit drie delen: ‘deel 1. Essentiële vereisten’; ‘deel 2. Elementen die als een pluspunt worden beschouwd’; ‘deel 3. Documentatie en informatie die bij de offerte moet worden gevoegd’.

3.3.1. Onder deel 1 van document B worden de vereisten opgesomd die de aanbestedende overheid als essentieel beschouwt.

Daartoe behoort onder meer punt 1.5.1, dat betrekking heeft op de kenmerken van de maten voor de kledij. De ‘minimale vereisten’ hiervan worden omschreven als volgt:

“De matentabellen die de inschrijver opgeeft, moeten minstens 8 verschillende maten bevatten met 5 verschillende lengtes per maat.

De inschrijver detailleert zijn matensysteem.

Het matensysteem omvat minstens personen met:

- grootte: van 160 cm tot 204 cm;
- tailleomtrek: 72 cm t.e.m. 128 cm;
- borstomtrek: 85 cm t.e.m. 140 cm.

Het betreft respectievelijk een matentabel voor:

- de jas;
- de broek.”

Onder punt 1.5.2 wordt bepaald dat “in de offerteprijs [...] een confectie ‘op maat’ inbegrepen [moet] zijn voor maximum 5% (bijv. voor dames met een kleine maat) van het globaal volume van de bestellingen, zodat personen met een uitzonderlijke maat zo nodig ook uitgerust kunnen worden”.

Indien de offerte niet voldoet aan één van die vereisten, wordt ze geweerd, tenzij het gaat om een niet-substantieel vormgebrek.

3.3.2. Onder deel 2 van document B worden de elementen opgesomd “die als een pluspunt worden beschouwd”. Het gaat om “criteria die positieve beoordelingselementen vormen en die, voor zover de inschrijver eraan tegemoetkomt, hem een voordeel opleveren ten opzichte van de andere

inschrijvers”. Voor elk van de bedoelde elementen wordt in document B een maximum te behalen punten bepaald. In totaal kunnen aldus 70 punten behaald worden, hetgeen overeenstemt met het percentage van 70 % voor het criterium kwaliteit.

Naast een ‘technische evaluatie’ (onderdeel 2.1, op 10 punten) bestaat dit deel voornamelijk uit een ‘praktische en visuele evaluatie van het model’ (onderdeel 2.2, op 60 punten). De laatstgenoemde evaluatie heeft onder meer betrekking op de eigenschappen (subgunningscriteria) “comfort en ergonomie” (waarvoor het maximum van de punten 15 bedraagt) en “functionaliteit en compatibiliteit [met andere persoonlijke beschermingsmiddelen]” (waarvoor het maximum van de punten eveneens 15 bedraagt). Voor de evaluatie van die twee eigenschappen zal een beroep gedaan worden op “een jury bestaande uit eindgebruikers”, d.w.z. brandweermannen en -vrouwen, die een staal van de interventiekledij zullen dragen.

3.3.3. Onder deel 3 van document B wordt bepaald welke documentatie en informatie bij de offerte gevoegd moeten worden.

Er wordt onder meer bepaald dat tien stalen bij de offerte gevoegd moeten worden. Die tien stalen moeten voldoen aan de tien onderscheiden maten voor een jas en een broek, bepaald in een in dat deel opgenomen maattabel.

3.4. Vier rectificaties van het bestek of de bijlagen worden nationaal en Europees bekendgemaakt, onder meer naar aanleiding van vragen op het forum van vragen en antwoorden over de maten van de testkledij.

Een eerste vraag is of het mogelijk is “om de 10 testdragers op te meten”. Daarop antwoordt de verwerende partij ontkennend. Zij voegt hieraan toe dat “het doel is kleding te testen die beschikbaar is in de standaardmatenreeks en te voorkomen dat de stalen op maat worden gemaakt”.

Ingevolge andere vragen wordt met een eerste rectificatie de maattabel opgesplitst in aparte maattabellen voor mannen en vrouwen. Er zijn vijf maten voor mannen en vijf maten voor vrouwen. Bij wijze van voorbeeld worden

hierna de eerste mannenmaat (voor testpersoon 1) en de eerste vrouwenmaat (voor testpersoon 6) weergegeven:

Staal Man	Jas: Grootte (cm)	Jas: Borst- omtrek (cm)	Broek: Grootte (cm)	Broek: [Taille- omtrek] (cm)
1	164-172	94-102	172-180	86-94

Staal Vrouw	Jas: Grootte (cm)	Jas: Borst- omtrek (cm)	Jas: Schouder- breedte (cm)	Jas: Arm- lengte (cm)	Broek: Taille- omtrek (cm)	Broek: Heup- omtrek (cm)	Broek: Been- Lengte (cm)
6	168-172	90-94	41	64	76-80	98-102	82

Wat de opgegeven maten van de dames betreft, wordt hierover vervolgens de volgende vraag gesteld:

“We stellen vast dat de 3 dames een taille hebben van 76-80 cm. Deze 3 dames hebben een variërende heupomtrek tussen 86 en 106 cm. Dit is een sprong van 20 cm. Dit zou tot maatwerk leiden. Is dit de bedoeling? Kunt u ons bevestigen dat dit allemaal lichaamsmaten zijn en geen kledingmaten?”

Hierop wordt het volgende antwoord gegeven:

“Deze maten werden allemaal afgemeten op het lichaam van de testpersonen, de heupomtrek op het breedste punt en de tailleomtrek op het smalste punt. De opmetingen zijn in een vork weergegeven waar dat mogelijk is (grootte, borstomtrek, tailleomtrek en heupomtrek) en de exact opgemeten lengte waar nodig (schouderbreedte, armlengte en beenlengte). In 1.5.1 wordt aangeduid binnen welke minima en maxima afmetingen de maten beschikbaar moeten zijn, in 1.5.2 de modaliteiten voor een confectie op maat. Aangezien alle maten van de testpersonen binnen de waarden vallen gegeven in 1.5.1, wordt geacht dat zij met een standaardmaat kunnen worden uitgerust. De beoordeling van het staal, en dus ook de voorgestelde maat, gebeurt dan zoals beschreven in 2.2.”

Namens de verzoekende partij wordt onder meer de volgende vraag gesteld:

“Is het mogelijk een schema te bezorgen hoe de damesmaten genomen geweest zijn? Er staan speciale afmetingen in. Is de beenlengte de buiten- of binnen-beenlengte. Is het mogelijk dat een jas met dezelfde lengte voor de dames (164-168) met zowel een armlengte 60 als 54 moet zijn? Is het de bedoeling om alle brandweerkledij op maat te maken gezien de maten zo speciaal zijn?”

In haar antwoord herhaalt de verwerende partij haar antwoord op de vorige vraag. Zij kondigt voorts aan dat een ‘verklarende tekening voor de maatopname’ gepubliceerd zal worden.

Die tekening maakt het voorwerp uit van de vierde rectificatie:



3.5. Bij de opening van de offertes op 31 januari 2022 blijkt dat zeven offertes zijn ingediend, waaronder een van de bv Deva Belgium, dit is de verzoekende partij, en een van de nv Sioen, de latere gekozen inschrijver.

3.6. Op 7 december 2012 neemt de Minister van Binnenlandse Zaken een gemotiveerde beslissing.

3.6.1. Drie offertes worden substantieel onregelmatig verklaard. Vier offertes, waaronder die van de verzoekende partij en de gekozen inschrijver, worden regelmatig verklaard.

3.6.2. In verband met de toetsing van de vier regelmatige offertes aan de gunningscriteria wordt in de eerste plaats vastgesteld dat de verzoekende partij de maximumscore van 30 punten behaalt op het gunningscriterium prijs (30 %). De gekozen inschrijver behaalt daarop 25,15 punten.

Wat het gunningscriterium kwaliteit (70 %) betreft, worden voor elke offerte achtereenvolgens een technische evaluatie (op 10 punten) en een praktische en visuele evaluatie van het model (op 60 punten) gegeven. Van de laatstgenoemde evaluatie maken onder meer de beoordelingen van ‘comfort en ergonomie’ en ‘functionaliteit en compatibiliteit’ deel uit. Voor drie van de vier offertes worden de beoordelingen op die subgunningscriteria gegeven zonder een onderscheid te maken tussen de mannelijke en de vrouwelijke testpersonen. Voor de offerte van de verzoekende partij worden voor die twee subgunningscriteria telkens twee onderscheiden beoordelingen gegeven, de ene afkomstig van de mannelijke testpersonen, de andere van de vrouwelijke testpersonen. Voor die werkwijze wordt de volgende verklaring gegeven: “De gegeven scores van de testpersonen vertonen bij dit pak een heel groot verschil tussen mannen en vrouwen, om die reden werden hun opmerkingen voor [deze subgunningscriteria] uitgesplitst.” De mannelijke testpersonen geven voor de verschillende onderdelen van de kledij een gemiddelde beoordeling van ‘zeer goed’ (80 %) of ‘uitstekend’ (90 %), terwijl de vrouwelijke testpersonen een gemiddelde beoordeling geven van ‘matig voldoende’ (50 %) of ‘voldoende’ (60 %). De scores die voor de verzoekende partij op de twee genoemde subgunningscriteria worden gegeven, zijn niettemin globale scores, dus het gemiddelde van de mannelijke en de vrouwelijke testpersonen samen: op het criterium ‘comfort en ergonomie’ behaalt de verzoekende partij 10,44/15, en op het criterium ‘functionaliteit en comptabiliteit’ 9,79/15. De gekozen inschrijver behaalt op die criteria respectievelijk 10,92/15 en 10,45/15.

Op het criterium kwaliteit behaalt de verzoekende partij een globale score van 45,53/70 en de gekozen inschrijver een globale score van 50,99/70.

De totale score, d.w.z. de score voor de criteria prijs en kwaliteit samen, is voor de verzoekende partij 75,53/100 en voor de nv Sioen 76,14/100. Om die reden beslist de minister om de opdracht te gunnen aan de laatstgenoemde inschrijver.

Deze beslissing is de bestreden beslissing.

3.7. Met een schrijven van 7 december 2022 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen, en wordt de gunningsbeslissing haar ter kennis gebracht.

3.8. Op 9 december 2022 vraagt de verzoekende partij toelichting bij een aantal onderdelen van de motivering in de gunningsbeslissing.

Op 15 december 2022 verschaft de verwerende partij een nota, met bijlagen, die antwoorden bevat op de gestelde vragen. Uit de nota blijkt dat aan de beoordeling voor ‘comfort en ergonomie’ en ‘functionaliteit en compatibiliteit’ negen testpersonen effectief hebben deelgenomen, vijf mannen en vier vrouwen, en dat elk van die personen in de eindscore een gelijk gewicht had. Bij de nota zijn onder meer alle individuele testformulieren gevoegd, waarop de opmerkingen en de scores per testonderdeel van elke testpersoon zijn ingevuld.

IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

4. 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’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzake-

lijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 53, §§ 1 en 3, en 81, §§ 1 en 3, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), het gelijkheidsbeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, het transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Zij vat het middel samen als volgt:

“[...] Verwerende partij heeft een lage score aan verzoekende partij toegekend voor de subgunningscriteria 2.2.4 (comfort en ergonomie) en 2.2.5 (functionaliteit en compatibiliteit), een beoordeling die op basis van de door de inschrijvers aangeleverde stalen gebeurde. Die lage score is hoofdzakelijk maar aantoonbaar te wijten aan de onduidelijke en onnauwkeurige technische specificaties met betrekking tot de maatvoering voor de damespakken.

[...] Op basis van een aantal stalen van brandweerpakken zou een praktische evaluatie voor subgunningscriteria 2.2.4 en 2.2.5 van document B gebeuren. In dit eerste middel toont verzoekende partij evenwel aan dat de maten in het bestek (document B) voor vrouwelijke testers waarvoor stalen moesten aangeleverd worden onduidelijkheden en kennelijk afwijkende maten van normale standaardmaten vertonen. Door de afwijkende maten werd verzoekende partij -in weerwil van wat de werkelijke bedoeling van verwerende partij was- gedwongen om damespakken op maat te maken, wat zij naderhand ook effectief gedaan heeft om de stalen ter beschikking te kunnen stellen.

[...] Door evenwel dermate van echte standaardmaten afwijkende damesmaten op te nemen, onduidelijke technische specificaties te hanteren én de inschrijvers niet toe te laten de maten van de testpersonen op te nemen (of minstens een adequaat opmetingssysteem te hanteren), werd verzoekende partij niet in staat gesteld om goed zittende stalen voor de

vrouwelijke testpersonen aan te leveren. De gebrekkige specificaties beïnvloedden sterk de beoordeling van de brandweerpakken voor vrouwen in het nadeel van verzoekende partij. Uit de testen van de stalen door de vrouwelijke brandweerlieden bleek dat de pakken niet pasten.

[...] De manier waarop de vrouwenpakken getest werden komt bovendien niet [overeen] met wat in de realiteit zal gebeuren: brandweervrouwen met van standaardmaten afwijkende maten zoals de in het bestek opgegeven maten zouden wél door verzoekende partij worden opgemeten. Minstens zou er een evenwaardige en doeltreffende maatopname gebeuren, bijvoorbeeld aan de hand van een passet die door de leverancier ter beschikking gesteld wordt (zoals vermeld onder punt 1.5.3 van het document B).

[...] Het gevolg van de handelswijze van verwerende partij is dan ook dat:

- (i) De tabel met de damesmaten in document B een technische specificatie is die niet nauwkeurig is waardoor verzoekende partij onmogelijk op een juiste manier stalen kan aanleveren;
- (ii) De test van de stalen niet doelmatig is want niet in verband staat met de specifieke methode van productie van de gevraagde interventiekledij;
- (iii) De test van de stalen intern tegenstrijdig is want hoewel het de bedoeling was om stalen met standaardmaten te testen, werden er stalen op maat getest (en dan nog op een foutieve wijze).

[...] Verder staat ook vast dat de beoordeling van de stalen bijzonder onzorgvuldig is gebeurd.

[...] Het gevolg van de bovenstaande vaststellingen is dat de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen onmiskenbaar geschonden zijn.”

In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de tabel met de damesmaten naast een vork voor grootte, borstomtrek, tailleomtrek en heupomtrek, ook een exacte opmeting voor de schouderbreedte, de armlengte en de beenlengte bevat. Het is echter geheel onduidelijk hoe de opmeting van de schouderbreedte, de armlengte en de beenlengte is uitgevoerd. De later meegedeelde afbeelding is dermate rudimentair en vaag dat ze de onduidelijkheid niet wegneemt. Het gevolg van de onduidelijke specificaties is dat ze de verzoekende partij niet in staat stelden om passende stalen aan te leveren. Volgens de verzoekende partij beantwoorden de vrouwelijke maten niet aan de vereisten van een ‘technische specificatie’ als bedoeld in artikel 53 van de wet overheidsopdrachten 2016. Dergelijke specificaties moeten aan het transparantiebeginsel voldoen, dit wil zeggen: kenbaar en duidelijk zijn.

In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat het de bedoeling van de verwerende partij was om kledij te laten testen die beschikbaar is in de standaardmatenreeks. Volgens de verwerende partij vielen de maten van alle testpersonen binnen de minima en maxima van de standaardmaten. De in punt 1.5.1 van deel 1 van bijlage B opgenomen minima en maxima betreffen echter enkel de grootte, de tailleomtrek en de borstomtrek. Het zijn de exacte opmetingen voor de schouderbreedte, de armlengte en de beenlengte, in combinatie met de drie andere gegevens, die maken dat de damesmaten in de tabel onwerkbaar zijn. Die maten vertonen trouwens ongewone afwijkingen ten opzichte van de verhoudingen tussen onderscheiden lengtes en omtrekken waarop fabrikanten zich baseren. De damesmaten opgenomen in de tabel zijn dermate specifiek en afwijkend dat, in tegenstelling tot het uitgangspunt van de verwerende partij, maatwerk vereist was voor het maken van de stalen. De manier waarop de verwerende partij de subgunningscriteria ‘comfort en ergonomie’ en ‘functionaliteit en compatibiliteit’ heeft beoordeeld komt aldus niet overeen met het doel van die beoordeling “aangezien het maatpakken en geen standaardpakken betreft”. Daardoor zijn de voornoemde subgunningscriteria “intern tegenstrijdig”. Voorts heeft de verzoekende partij voor dat maatwerk de testpersonen niet zelf kunnen opmeten, met als gevolg dat zij geen stalen volgens de regels van de kunst heeft kunnen opmaken. Daardoor is de opgelegde maatvoering ook “ondoelmatig”. In dit opzicht voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 81, §§ 1 en 3, van de wet overheidsopdrachten 2016, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheids- en het transparantiebeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

In een derde onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de beoordeling van de stalen door de vrouwelijke brandweerlieden onzorgvuldig is gebeurd. Zij verwijst hiervoor in de eerste plaats naar de individuele, geanonimiseerde evaluatieformulieren van de vier vrouwelijke testpersonen. Voor drie van die testpersonen blijkt dat zij reeds bij het onderdeel 0 (‘voorbereiding’), dat betrekking had op de overeenstemming van de pakken met de opgegeven maten, aangaven dat er aanzienlijke problemen waren, hetgeen resulteerde in bijzonder negatieve scores, terwijl het antwoord slechts ‘ja’ of ‘nee’ had moeten zijn. Voorts is bij het berekenen van de score op de twee genoemde subgunningscriteria uitgegaan van het rekenkundig gemiddelde van de gelijk gewogen scores gegeven door de negen testpersonen, waaronder vier vrouwelijke

testpersonen. Aldus is een disproportioneel zwaar gewicht gegeven aan de scores van de vrouwelijke testpersonen, gelet op het feit dat het aantal vrouwelijke brandweerlieden in Brussel slechts 11 op 1100 bedraagt, en in heel België slechts 376 op 17.598, zijnde 2,17 procent. Dit gebrek aan representativiteit van de verhouding mannen-vrouwen heeft de ondoelmatigheid van de genoemde subgunningscriteria tot gevolg. Ook in dit opzicht voert de verzoekende partij een schending aan van artikel 81, §§ 1 en 3, van de wet overheidsopdrachten 2016, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheids- en het transparantiebeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Beoordeling

Algemeen

6. Artikel 53, § 1, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt dat de aanbestedende overheid de ‘technische specificaties’, waarin de voor een werk, levering of dienst gestelde kenmerken worden voorgeschreven, in de opdrachtdocumenten opneemt. Volgens artikel 53, § 3, 1°, kunnen die technische specificaties opgesteld worden aan de hand van ‘prestatie- of functionele eisen’, “mits deze zo nauwkeurig zijn dat de inschrijvers het voorwerp van de opdracht kunnen bepalen en de aanbestedende overheid de opdracht kan gunnen”.

Artikel 81, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt dat de aanbestedende overheid de gunning van overheidsopdrachten baseert op de economisch meest voordelige offerte. Daartoe kan zij, volgens artikel 81, § 2, eerste lid, 3°, criteria bepalen “die verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht”. Volgens artikel 81, § 3, tweede lid, “[mogen gunningscriteria] er niet toe leiden dat de aanbestedende overheid onbeperkte keuzevrijheid heeft. Ze waarborgen de mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging en gaan vergezeld van specificaties aan de hand waarvan de door de inschrijvers verstrekte informatie daadwerkelijk kan worden getoetst om te beoordelen in welke mate de offertes aan de gunningscriteria voldoen”. De gunningscriteria dienen derhalve te worden geformuleerd op een zodanige wijze dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren.

Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 behandelen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen zij op een transparante en proportionele wijze. Ook de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel impliceren dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige wijze zodat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en zodat de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn.

Eerste onderdeel

7. In het eerste onderdeel wordt in essentie aangevoerd dat de maattabel voor de vrouwelijke testpersonen onduidelijk was en tot interpretatieproblemen aanleiding gaf.

Uit het forum van vragen en antwoorden blijkt dat er bij de gegadigden inderdaad onduidelijkheid bestond over de aanvankelijke maattabel en over de mogelijkheid om de testpersonen eventueel op te meten. Dit heeft geleid tot een aantal verduidelijkingen door de verwerende partij.

De opmerkingen op het forum hebben ook aanleiding gegeven tot verschillende rectificaties waarbij het bestek werd aangepast. Zo werden met de eerste rectificatie aparte maattabellen voor mannen en vrouwen meegedeeld en werd bij de vierde rectificatie een verklarend schema voor de maatopname bij de vrouwelijke testpersonen getoond.

8. Dit verklarend schema voor de maatopname is meegedeeld ingevolge een vraag van de verzoekende partij op het forum. Na kennisname van het meetschema heeft deze niet meer gewezen op de onduidelijkheid hiervan. Evenmin hebben andere gegadigden om bijkomende verduidelijking gevraagd. Dit relativeert het ernstig karakter van de grief. Het feit dat de uiterste datum voor het

indienen van offertes naderbij kwam, een gegeven waarop de verzoekende partij ter terechtzitting wijst, doet aan deze vaststelling en deze conclusie geen afbreuk.

Het enkele feit dat de verzoekende partij van oordeel is dat zij met de opgegeven maten van de vrouwelijke testpersonen, zonder die personen zelf te kunnen opmeten, niet in staat was om passende stalen te maken, volstaat in elk geval niet om te concluderen dat de maten te onduidelijk waren om te dienen voor de omschrijving van de subgunningscriteria ‘comfort en ergonomie’ en ‘functionaliteit en compatibiliteit’. De Raad van State merkt hierbij op dat de zeer negatieve beoordeling van de kledij door de vrouwelijke testpersonen, gekoppeld aan een zeer positieve beoordeling door de mannelijke testpersonen, enkel bij de verzoekende partij voorkomt, niet bij de andere inschrijvers. Deze vaststelling lijkt *prima facie* te suggereren dat de opgegeven damesmaten wel voldoende duidelijk zijn opgesteld.

De stelling dat bij een manuele maatopneming zeer veel variatie mogelijk is, lijkt *prima facie* bovendien te moeten worden gerelativeerd. Zelfs indien aangenomen kan worden dat er inderdaad variatie bestaat bij de individuele maatopneming, lijkt daaruit nog niet voort te vloeien dat dit tot dermate grote verschillen aanleiding kan geven dat er een belangrijke impact is op de aangeleverde stalen.

9. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

10. In het tweede onderdeel wordt in de eerste plaats aangevoerd dat de opgegeven maten van de vrouwelijke testpersonen van die aard waren dat pakken op maat gemaakt moesten worden, terwijl het de bedoeling van de verwerende partij was om kledij te laten testen die beschikbaar is in de standaardmaten. Voorts wordt aangevoerd dat het voor het maken van kledij op maat nodig is om de betrokken persoon zelf op te meten, terwijl dit door de verwerende partij geweigerd werd.

Punt 1.5.1 van document B van de bijlage bij het bestek bepaalt dat de inschrijver matentabellen moet opgeven met minstens acht verschillende maten met vijf verschillende lengtes per maat, en dat dit matensysteem minstens personen moet omvatten met bepaalde minima en maxima voor de grootte, de tailleomtrek en de borstomtrek. Die drie maten zijn de in het bestek bepaalde ‘standaardmaten’. In haar nota heeft de verwerende partij het in dit verband over de ‘standaardkledij’ die aangeleverd moet worden. Voor de schouderlengte, de armlengte en de beenlengte zijn geen ‘standaardmaten’ bepaald.

Het is juist dat de verwerende partij in de vragen en antwoorden heeft aangegeven dat “het doel is kleding te testen die beschikbaar is in de standaardmatenreeks en te voorkomen dat de stalen op maat worden gemaakt”. Later heeft zij verduidelijkt dat alle maten van de testpersonen binnen de door haar opgegeven minima en maxima vallen, en dat daarom “wordt geacht” dat die testpersonen met een standaardmaat kunnen worden uitgerust.

11. De verzoekende partij lijkt de maten van de testpersonen te hebben vergeleken met de maten die in de kledingsector gehanteerd worden door fabrikanten, en ook door haarzelf, en geconcludeerd dat de opgegeven maten buiten die maten vielen. In elk geval heeft zij stalen op maat gemaakt. Beide partijen erkennen dat er geen Europese normering voor de betrokken kledij bestaat. De verwerende partij lijkt dan ook gevolgd te kunnen worden waar zij stelt dat er geen ‘standaardmaten’ van de sector zijn. Het is de verwerende partij zelf die bepaalde maten heeft opgegeven onder de ‘essentiële vereisten’ vervat in document B van bijlage 2 bij het bestek. Dat lijken de ‘standaardmaten’ te zijn waarover zij het onder meer in de vragen en antwoorden heeft gehad.

Met de verwerende partij kan aangenomen worden dat het de bedoeling was dat de latere aanmaak van pakken, door de inschrijver aan wie de opdracht zou worden gegund, aan die aldus bepaalde ‘standaardmaten’ zou beantwoorden. Weliswaar ging de verwerende partij ervan uit dat de maten van de tien testpersonen alle binnen de door haar opgegeven ‘standaardmaten’ vielen (dit werd zo “geacht”), maar dat belette niet dat de inschrijvers voor de aanlevering van de stalen eventueel pakken op maat moesten maken.

12. Volgens de verzoekende partij zijn de maten van de vrouwelijke testpersonen dermate specifiek en dermate afwijkend van de gangbare lichaamsverhoudingen dat het niet mogelijk was om damespakken aan te leveren die aan de standaardmaten van het bestek zouden voldoen.

Het staat aan de verzoekende partij toe om aan te tonen dat de opgegeven maten het onmogelijk maakten om standaardkledij op basis van die maten aan te leveren. Naar het voorlopig oordeel van de Raad van State slaagt zij hierin niet. Vooreerst lijken de andere inschrijvers geen grote probleem te ondervinden bij de opgegeven maten voor de testpersonen. Die vaststelling doet twijfel rijzen over het ongewoon karakter van de opgegeven maten. In zoverre de verzoekende partij voorts verwijst naar de maattabel ('standaardtabel') die zij zelf hanteert en naar de afwijkingen ten opzichte van de daarin opgenomen maten, moet opgemerkt worden, ten eerste, dat het gaat om een eenzijdig door de verzoekende partij opgesteld stuk, ten tweede, dat deze maattabel geen onderscheid lijkt te maken tussen mannen en vrouwen, wat wel het geval is bij de maten in het bestek, en ten derde, dat per grootte telkens slechts één afmeting voor de armlengte wordt bepaald - in tegenstelling tot de variatie van lengtes voor bijvoorbeeld de borstomtrek -, waaruit lijkt te volgen dat de maattabel van de verzoekende partij geen rekening houdt met variaties in armlengte.

13. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

Derde onderdeel

14. In het derde onderdeel voert de verwerende partij in de eerste plaats aan dat de testpersonen voor onderdeel 0 ('voorbereiding') van de praktische evaluatie, op de vraag of alle onderdelen de juiste, passende maat hebben, scores gaven tussen 0 en 10. Voor drie van de vier vrouwelijke testpersonen resulteerde dit in bijzonder lage scores. Volgens de verzoekende partij had onderdeel 0 moeten resulteren in een 'ja' of 'nee' antwoord, en zijn de gegeven scores dus onaanvaardbaar.

De verzoekende partij maakt op het eerste gezicht niet aannemelijk dat er bij de 'voorbereiding' louter op het zicht van de kledingstukken

al geen scores gegeven konden worden. Reeds bij een dergelijke inspectie, nog vóór het passen van de kledij, kan worden vastgesteld dat een kledingstuk in mindere of meerdere mate te lang of te kort is.

In zoverre de verzoekende partij in dit verband ook nog aanvoert dat de negatieve scores het gevolg kunnen zijn van een gewichtswijziging van de betrokken testpersonen tussen de datum van de opmeting van hun maten en de datum van de praktische evaluatie, een half jaar later, volstaat het op te merken dat dit een louter hypothetische grief is.

15. De verzoekende partij voert voorts een gebrek aan representativiteit aan van de verhouding tussen mannen en vrouwen bij de testpersonen.

Een dergelijk gebrek aan representativiteit lijkt op het eerste zicht niet de ondoelmatigheid, laat staan de onwettigheid van de gunningscriteria aan te tonen. Hoewel maar een beperkt deel van het brandweerkorps vrouw is, kan de verwerende partij *prima facie* op wettige wijze een gelijk gewicht toekennen aan de beoordelingen gemaakt door alle testpersonen. Zoals zij terecht aanvoert, kan zij oordelen dat de kwaliteit van de brandweeruitrusting voor de vrouwelijke personeelsleden even belangrijk is als voor de mannelijke brandweerlieden.

16. Het derde onderdeel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

17. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van het gelijkheidsbeginsel, zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, de formele motiveringsplicht vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

Zij vat het middel samen als volgt:

“[...] Verwerende partij maakt verschillende negatieve opmerkingen ten aanzien van de offerte van verzoekende partij die feitelijke grondslag missen en die van een onzorgvuldige beoordeling getuigen.

[...] Nochtans vereist het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat verwerende partij alle feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk vergaart en controleert, zodat zij met kennis van zaken kan beslissen. De materiële motiveringsplicht in hoofde van verwerende partij vereist bovendien dat de bestreden beslissing moet gedragen worden door motieven die in rechte en in feite aanvaardbaar zijn.”

In de toelichting bij het middel zet de verzoekende partij uiteen dat haar kritiek met name betrekking heeft op vier negatieve opmerkingen, die volgens haar geen steun vinden in het dossier:

- de opmerking dat het pak “veel en opzichtige logo’s van de fabrikant bevat”, bij de bespreking van het subgunningscriterium ‘visuele aspect vóór het wassen’;
- de opmerking dat de anti-wickingbarrière in de broekspijpen “op twee plaatsen niet [werd] dichtgestikt”, bij de bespreking van het subgunningscriterium ‘kwaliteit en afwerking vóór het wassen’;
- de opmerkingen dat de antisliplaag op respectievelijk de mouw en de knieverstevigingen “grotendeels [is] verdwenen”, bij de bespreking van het subgunningscriterium ‘behoud van de kwaliteit en afwerking na 10 industriële wasbeurten op 40 °C’;
- de opmerking, zowel door mannen als door vrouwen, dat de kraag “te hoog [is en] hinder [kan] veroorzaken bij werkzaamheden in de lucht”, bij de bespreking van het subgunningscriterium ‘comfort en ergonomie’.

Beoordeling

18. De kritiek in het tweede middel heeft betrekking op de deugdelijkheid van de motieven en de zorgvuldigheid van het onderzoek. De verzoekende partij bekritiseert vier onderdelen van de motivering die voor haar nadelig zijn.

De Raad van State herinnert eraan dat de aanbestedende overheid bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een aanzienlijke beoordelingsruimte beschikt. Het komt de Raad van State niet toe een eigen beoordeling in de plaats te stellen van deze van het bestuur. Desgevraagd mag de Raad wel nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd, of ze berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven, en of het bestuur de grenzen van de redelijkheid niet te buiten is gegaan.

Daarnaast kan een verzoekende partij die kritiek wil leveren op de toetsing door de aanbestedende overheid van de offertes aan de hand van de gunningscriteria er niet mee volstaan één of meer uit hun context gehaalde onderdelen van de motivering selectief te citeren en te bekritisieren. Het is immers de motivering van de toetsing van de offertes in haar geheel genomen die afdoende moet zijn.

19. Uit het geheel van de scores en de woordelijke motivering blijkt op deugdelijke wijze waarom de verzoekende partij tot haar puntentotaal is gekomen. De score op de verschillende gunningscriteria is vaak een gewogen gemiddelde van punten gegeven door verschillende juryleden of testpersonen. De opmerkingen van deze individuele juryleden en testpersonen zijn in de gemotiveerde gunningsbeslissing opgenomen. Door kritiek te geven op enkele punctuele opmerkingen toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan dat de motivering in haar geheel genomen niet deugdelijk zou zijn.

Dit volstaat reeds om het middel als niet ernstig te verwerpen.

Ten overvloede wordt hierna nog ingegaan op de punctuele grieven.

20. Wat de kritiek op haar offerte betreft dat op de interventiejas vele en opzichtige logo's staan, merkt de Raad van State op dat deze kritiek is gegeven bij de evaluatie van het visuele aspect vóór het wassen. De verzoekende partij heeft op dit onderdeel 1,41 op 2,00 behaald. In de motivering zijn verschillende punten

als negatief onthaald, waarvan de kritiek inzake de logo's er één is. Voor de score voor de jas heeft de verzoekende partij bij dit onderdeel 0,63 op 0,90 behaald.

Zelfs indien de door de verzoekende partij aangehaalde wettigheidskritiek ernstig zou zijn en de offerte van de verzoekende partij een hogere score zou verkrijgen voor het betrokken onderdeel van de beoordeling, zou zij nog altijd veel minder dan 0,61 punten – het totaal puntenverschil met de gekozen inschrijver voor de subgunningscriteria 2.2.4 en 2.2.5 – kunnen winnen, wat mathematisch niet volstaat om de gekozen inschrijver in te halen. De verzoekende partij heeft dan ook geen belang bij deze grief.

21. Daargelaten de vraag of de verzoekende partij belang heeft bij haar kritiek op het motief inzake het niet dicht stikken van de anti-wickingbarrière – het gaat slechts om een opmerking gegeven door één persoon –, stelt de Raad van State vast dat zij op het eerste gezicht niet de juistheid van dit motief betwist. De verzoekende partij voert wel aan dat het niet dicht stikken doelbewust is gebeurd en dat zij daarom geen mindere score kan krijgen. De gegeven beoordeling lijkt te blijven binnen de beoordelingsruimte waarover de verwerende partij beschikt.

22. Inzake de opmerking in de motivering van de bestreden beslissing over het verdwijnen van de antisliplaag na het wassen geeft de verwerende partij in haar nota aan dat die opmerking het afslijten van de coating na verschillende wasbeurten inhoudt. Het komt de Raad van State voor dat een dergelijke opmerking verband houdt met het gunningscriterium 'behoud van de kwaliteit na wasbeurten' en dat daaraan geen onwettigheid kan worden verweten.

23. Inzake de kritiek volgens welke de kraag te hoog is en hinder kan veroorzaken bij werkzaamheden in de lucht, betwist de verwerende partij niet dat de kraag aan de afmetingsvereisten voldoet. Zij wijst er echter op dat de kraag beoordeeld is als te hoog/te stijf in combinatie met de ademhalingsapparatuur en de hoofddeksels, en dat zwaar aan deze kritiek getild werd omwille van het veiligheidsaspect. Ook deze opmerking in de motieven van de bestreden beslissing lijkt te vallen binnen de beoordelingsruimte waarover de verwerende partij beschikt.

24. Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

25. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 81, §§ 1 en 3, van de wet overheidsopdrachten 2016, het gelijkheidsbeginsel, zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, het transparantiebeginsel, artikel 5, 9°, van de 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’, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

Zij vat het middel samen als volgt:

“[...] Verwerende partij splitst bij de beoordeling van verzoekende partij de scores van de praktische evaluatie op tussen de opmerkingen van de mannen en vrouwen.

Verwerende partij brengt bij de praktische evaluatie van de functionaliteit en compatibiliteit voor de firma Sioen NV enkel de mannelijke interventiepakken in rekening.

Nochtans moet de formele motivering van een gunningsbeslissing elke inschrijver in staat [...] stellen na te gaan of de puntentoekenning rechtmatig is gebeurd en of de puntentoekenning in vergelijking met de andere inschrijvers terecht is.

Het gelijkheidsbeginsel vereist dat alle inschrijvers bij de beoordeling van hun offerte door verwerende partij in een gelijke positie bevinden.”

In de toelichting bij het middel zet de verzoekende partij in de eerste plaats uiteen dat alleen voor de beoordeling van haar offerte, niet voor die van de andere offertes, op de subgunningscriteria ‘comfort en ergonomie’ en ‘functionaliteit en compatibiliteit’ een opsplitsing is gebeurd tussen de “mannelijke” en de “vrouwelijke” resultaten. Door dat verschil in behandeling is

het gelijkheidsbeginsel geschonden. Bovendien vallen de resultaten van de offerte van de verzoekende partij op de genoemde criteria op die manier niet te vergelijken met die van de andere offertes, waardoor ook de formele motiveringsplicht is geschonden.

Voorts voert de verzoekende partij aan dat, blijkens de motieven van de bestreden beslissing, de praktische evaluatie van de offerte van de gekozen inschrijver op het subgunningscriterium ‘functionaliteit en compatibiliteit’ uitsluitend voor de “mannelijke” pakken is uitgevoerd. De resultaten van de vrouwelijke testpersonen zijn in de motivering niet opgenomen. Het niet in rekening brengen van de opmerkingen van de vrouwelijke testpersonen houdt een schending in van het gelijkheidsbeginsel. Minstens maakt het een motiveringsgebrek uit.

Beoordeling

26. In het derde middel voert de verzoekende partij in de eerste plaats aan dat enkel voor haar offerte een opsplitsing is gemaakt tussen de ‘mannelijke’ en de ‘vrouwelijke’ resultaten. Daardoor lijken voor de offerte van de verzoekende partij de negatieve opmerkingen gemaakt door de vrouwelijke testpersonen meer gewicht te krijgen dan die voor de overige offertes.

Met de verwerende partij lijkt aangenomen te kunnen worden dat voor alle offertes, ook die van de verzoekende partij, telkens het totaal van de scores, gegeven door zowel de mannelijke als de vrouwelijke testpersonen, in aanmerking is genomen en in de bestreden gunningsbeslissing is vermeld. Uit de motieven van bestreden beslissing blijkt voorts waarom de gegeven scores enkel voor de verzoekende partij zijn uitgesplitst: enkel bij haar is er een zeer groot verschil in score tussen mannen en vrouwen. Er kan dan ook aangenomen worden dat de opsplitsing niet het gevolg is van een verschil in behandeling, en dat zij slechts beoogt om aan de verzoekende partij meer duidelijkheid te verschaffen over de beoordeling van haar offerte.

27. De verzoekende partij voert voorts aan dat in de motieven van de bestreden beslissing, in zoverre die betrekking hebben op de beoordeling van

het subgunningscriterium ‘functionaliteit en comptabiliteit’, bij de gekozen inschrijver enkel rekening is gehouden met de bevindingen van de mannelijke testpersonen. De resultaten van de vrouwelijke testpersonen zijn niet opgenomen.

In de motieven van de bestreden gunningsbeslissing wordt bij de twee onderdelen van het subgunningscriterium ‘functionaliteit en compatibiliteit’, namelijk ‘PBM’s’ (persoonlijke beschermingsmiddelen) en ‘accessoires’, onder de betrokken opschriften telkens tussen haakjes geschreven: “mannen”. De verwerende partij verklaart echter dat voor alle offertes, ook die van de gekozen inschrijver, wel degelijk rekening is gehouden met de scores gegeven door de mannelijke en de vrouwelijke testpersonen. Dit wordt bevestigd door het administratief dossier, en meer bepaald de ‘interne gedetailleerde technische analyse’, een vertrouwelijk stuk dat de Raad van State heeft kunnen zien. Uit die analyses blijkt dat de score van de gekozen inschrijver op de twee voornoemde onderdelen wel degelijk een gemiddelde is van de scores gegeven door de negen testpersonen, mannen zowel als vrouwen. De vermelding ‘mannen’ in de motieven lijkt dus op een louter materiële vergissing te berusten, zonder invloed op de wettigheid van de beoordeling.

28. Het middel is niet ernstig.

VI. Besluit

29. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook 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 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zevenentwintig januari tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,
bijgestaan door
Silja Doms,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Paul Lemmens