

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 257.481 van 29 september 2023
in de zaak A. 239.934/XII-9407**

In zake: de BV BURO O2
met zetel te 8900 Ieper
Veemarkt 11

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters, Jorien Van Belle en Mina Boel
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsessesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 1 september 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de gemotiveerde gunningsbeslissing van 24 augustus 2023 van de Raamovereenkomst voor organisatie van participatie bij infrastructuurprojecten in Vlaanderen, perceel 5 Wegen en Verkeer West-Vlaanderen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 september 2023.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Danny Venus, zaakvoerder, en Mike Van Acoleyen, medewerker, die verschijnen voor de verzoekende partij en advocaat Jorien Van Belle, die 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 met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor organisatie van participatie bij infrastructuurprojecten in Vlaanderen’. In de voorliggende zaak is enkel perceel 5 ‘Wegen en Verkeer West-Vlaanderen’ relevant.

Er wordt gekozen voor de openbare procedure.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.2. Het bestek dat op de opdracht van toepassing is, omschrijft het voorwerp van de opdracht als volgt:

“Deze opdracht is een opdracht voor diensten in de zin van art. 2, 21° wet overheidsopdrachten.

AWV beheert en onderhoudt ongeveer 7000 km gewest- en autosnelwegen en 7700 km fietspaden. AWV kent 5 territoriale afdelingen. Naast het onderhoud en het beheer van de bestaande infrastructuur, is elke territoriale afdeling verantwoordelijk voor de planning, voorbereiding en uitvoering van infrastructuurprojecten in zijn bevoegde provincie.

AWV hecht belang aan de mogelijkheid tot participatie van betrokkenen in die projecten waar inspraak noodzakelijk is om tot een gedragen en voldragen ontwerp te komen. Op deze manier wil AWV projecten

realiseren die de best mogelijke oplossing vormen voor alle belanghebbenden.

Om haar participatiemanagers te ondersteunen in deze opdracht, zoekt AWW ondersteuning in het uitdenken en uitvoeren van specifieke participatie opdrachten.

Het voorwerp van de opdracht is een raamovereenkomst tussen de aanbestedende overheid en verschillende externe partijen gespecialiseerd in de organisatie van participatie in ruimtelijke projecten. Binnen deze raamovereenkomst worden maximum 2 bureaus per perceel aangesteld.
[...]"

Het bestek bepaalt de gunningscriteria en hun weging als volgt:

"Criterium 1: de totale prijs (maximum 40 punten)
[...]

Criterium 2: de voorgestelde aanpak van de opdracht (maximum 35 punten)

Voor dit criterium 'aanpak van de opdracht' verwachten we dat de inschrijver volgende elementen beschrijft:

- de visie op de organisatie van participatie en de plaats ervan in het verloop van infrastructuurprocessen zoals voorgesteld volgens het Decreet Basisbereikbaarheid van 22 juni 2019 en in de technische bepalingen van dit bestek;
- de visie op de samenwerking met de opdrachtgever maar ook op de samenwerking met de projectpartners en stakeholders: Hoe gaat de inschrijver concreet samenwerken met de verschillende betrokken partijen bij de uitvoering van een opdracht?
- de aanpak die wordt voorgesteld om elke opdracht kwaliteitsvol te kunnen afwerken binnen een realistische uitvoeringstermijn: Welke vragen i.v.m. de projecten zal de inschrijver als opdrachtnemer proberen te beantwoorden, of welke aspecten zal hij onderzoeken voor hij aan de slag gaat? Welke activiteiten zal hij in welke volgorde ondernemen om een opdracht tot een goed einde te brengen?

[...]

Criterium 3: kwaliteit van het voorgestelde team (maximum 25 punten)

De kwaliteit van het team zal beoordeeld worden a.d.h.v. de vaktechnische eisen en ervaring opgesomd per functieprofiel in de technische bepalingen van dit bestek ('Samenstelling team').

[...]

In het kader van de beoordeling van het gunningscriterium 'Kwaliteit van het team' zal de aanbestedende overheid de CV's en de portfolio's van de voorgestelde teamleden onderzoeken.

Gezien de veelzijdigheid van opdracht wordt de inschrijver gevraagd om in de offerte op overzichtelijke wijze weer te geven hoe de teamleden beantwoorden aan

de volgende subcriteria:

- strategische adviesverlening,
- uitvoerende taken voor participatie en communicatie-initiatieven,
- grafische vormgeving.

Om de ervaring en de competenties van de teamleden te illustreren, bevat de offerte naast de CV's van de medewerkers ook hun portfolio's. In de portfolio's kan ook verwezen worden naar digitale communicatiedragers. [...]"

3.3. Vier inschrijvers dienen een offerte in voor perceel 5 van de opdracht, waaronder de verzoekende partij.

3.4. Op 14 juli 2023 wordt een gunningsverslag opgesteld. De vier inschrijvers worden geselecteerd. Eén offerte wordt onregelmatig verklaard. De drie overige offertes worden getoetst aan de gunningscriteria. De toetsing leidt tot volgende finale rangschikking:

	Inschrijver	Criterium 1 (40 punten)	Criterium 2 (35 punten)	Criterium 3 (25 punten)	Totaal (100)
1	BV LEVUUR	17	34	24	75
2	BVBA BURO O2	40	20	14	74
3	[X]	35	18	14	67

Er wordt dan ook voorgesteld de opdracht te gunnen aan de bv Levuur voor een bedrag van 331.657,98 euro, btw inbegrepen.

3.5. Op 25 juli 2023 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de bv Levuur voor een bedrag van 331.657,98 euro (btw inbegrepen).

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

3.6. Met een aangetekende brief van 24 augustus 2023 en een e-mailbericht van 25 augustus 2023 geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij van het "[g]unningsverslag met gemotiveerde gunningsbeslissing".

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

V. Onderzoek van de middelen

A. Voorafgaand

5. De verwerende partij stelt in haar nota dat, aangezien zij “geen middelen detecteert in het verzoekschrift”, zij een antwoord formuleert per kritiek die door de verzoekende partij wordt opgeworpen. Zij werpt geen exceptie *obscuri libelli* op.

Onder “middel” moet worden verstaan de voldoende duidelijke omschrijving van de geschonden geachte rechtsregel en van de wijze waarop die regel door de bestreden beslissing zou zijn geschonden.

Te dezen bevat het verzoekschrift onder de hoofding ‘Juridische gronden’ tien punten van kritiek. Ook al worden deze tien punten van kritiek niet voorafgegaan door een titel met daarin de vermelding van de rechtsregel die geschonden wordt geacht, kan elke kritiek op het eerste gezicht wel degelijk als een “middel” worden beschouwd. De uiteenzetting laat toe voldoende inzicht te krijgen in de bezwaren die tegen de bestreden beslissing worden aangevoerd, waarop de verwerende partij inhoudelijk heeft gerepliceerd.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

6. In wat als een tweede middel kan worden beschouwd, voert de verzoekende partij het volgende aan:

“In het gunningsverslag staat op pagina 13: ‘Maar AWV verwacht ook meer van de opdrachtnemer dan enkel een rol als vertaler en facilitator van een gesprek.’

In het bestek staat echter bij het voorwerp van de opdracht: ‘AWV hecht belang aan de mogelijkheid tot participatie van betrokkenen in die projecten waar inspraak noodzakelijk is om tot een gedragen en voldragen ontwerp te komen. Op deze manier wil AWV projecten realiseren die de best mogelijke oplossing vormen voor alle belanghebbenden.’

Uit het voorwerp is te lezen dat AWV vooral de inbreng van de betrokkenen wil ontvangen. Deze inbreng is noodzakelijk om tot een gedragen en voldragen ontwerp te komen. Verderop in dit verzoek wordt de rol die O2 in haar offerte aanbiedt besproken. Zelfs al zou die beperkt zijn tot vertalen en faciliteren, dan nog voldoet ze daarmee volledig en correct aan de in het bestek beschreven verwachtingen van de aanbesteder. Zo krijgt die op de meest zuivere manier inzicht in wat de betrokkenen, en niet de opdrachtnemer, te vertellen heeft.

In de beoordeling van Levuur, zoals aan O2 kennisgegeven, staat niet te lezen of en hoe Levuur een bredere rol opneemt dan vertalen en faciliteren, binnen de beschrijving van het voorwerp van de opdracht.

- De beoordeling van O2 is een schending van de eigen interne regels.
- Door af te wijken van de tekst uit het bestek gebruikt men onduidelijke of subjectieve criteria: doordat de criteria voor de gunning niet duidelijk, meetbaar en objectief zijn, ontstaat er ruimte voor subjectieve interpretatie die sommige bidders bevoordeelt.
- In de versie van het gunningsverslag dat O2 ontvangt, zie bijlage, zijn vele passages in de beoordeling van Levuur zwart gekleurd zonder dat de reden daartoe duidelijk is. Dit leidt tot geheime beoordeling: de beoordeling van de offerte is niet transparant en er is geen duidelijke motivatie gegeven voor de gemaakte keuzes.

Deze drie elementen schenden het gelijkheidsbeginsel. Hierdoor is het een inbreuk op de algemene rechtsbeginselen die op de betreffende opdracht van toepassing zijn.”

7. De verwerende partij onderscheidt in haar nota drie onderdelen in het middel. Wat het derde onderdeel betreft, repliceert zij als volgt:

“ (c) De anonimisering van vertrouwelijke informatie [...] in het gunningsverslag met gemotiveerde gunningsbeslissing

24. Artikel 13, § 2 van de Wet van 17 juni 2016 bepaalt dat ‘[o]nverminderd de verplichtingen inzake de bekendmaking van gegunde overheidsopdrachten en de informatieverstrekking aan kandidaten, deelnemers en inschrijvers, maakt de aanbesteder de informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt, met inbegrip van eventuele fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de offerte, niet bekend’.

In dit verband dient in herinnering te worden gebracht dat het hoofddoel van de Unierechtelijke aanbestedingsregels de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten omvat. Om dat doel te bereiken is het belangrijk dat de aanbestedende overheden geen informatie betreffende aanbestedingsprocedures openbaar maken waarvan de inhoud kan worden gebruikt om de mededinging te vervalsen, zij het in een lopende dan wel in latere aanbestedingsprocedures. Bovendien brengt de verplichting tot motivering van een besluit tot afwijzing van een inschrijving in het kader van een aanbestedingsprocedure niet met zich dat de afgewezen inschrijver alle kenmerken zou moeten kennen van de inschrijving die de verwerende partij heeft geselecteerd. Aanbestedingsprocedures berusten namelijk op een vertrouwensrelatie tussen aanbestedende overheden en ondernemers, zodat deze laatsten de aanbestedende overheden in het kader van de aanbestedingsprocedure in kennis moeten kunnen stellen van alle nuttige informatie, zonder te hoeven vrezen dat laatstgenoemden aan derden gegevens meedelen waarvan de openbaarmaking voor hen nadelig zou kunnen zijn [...].

25. De geanonimiseerde onderdelen van het gunningsverslag bevatten persoonlijke en commerciële gegevens van de offertes van de overige inschrijvers. Het vrijgeven van de vertrouwelijke informatie die is opgenomen in de offerte van de overige inschrijvers zou afbreuk kunnen doen aan de eerlijke concurrentie tussen de ondernemingen.

Dit geeft geen aanleiding tot een ‘geheime beoordeling’ maar zorgt er net voor dat de eerlijke concurrentie tussen de ondernemingen wordt gewaarborgd.

In het kader van de huidige procedure voegt de verwerende partij integraal het gunningsverslag met gemotiveerde gunningsbeslissing (stuk **) zonder enige anonimisering.

26. Er is bijgevolg geen sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel waardoor ‘het een inbreuk [is] op de algemene rechtsbeginselen die op de betreffende opdracht van toepassing zijn’.

27. De tweede kritiek kan geen aanleiding geven tot een ernstige kritiek.”

Beoordeling

8. De verzoekende partij stelt dat in de versie van het gunningsverslag die zij heeft ontvangen “vele passages in de beoordeling van Levuur zwart [zijn] gekleurd zonder dat de reden daartoe duidelijk is”.

De Raad van State stelt inderdaad vast de verwerende partij, in de versie van het gunningsverslag die zij aan de verzoekende partij ter kennis heeft gegeven, de quasi volledige beoordeling van de offertes van de overige inschrijvers, wat het tweede en het derde gunningscriterium betreft, onleesbaar heeft gemaakt voor de verzoekende partij. De nog leesbare passages leveren weinig informatie op. De verzoekende partij voert in dit verband op het eerste gezicht terecht aan dat de beoordeling van de offerte van de gekozen inschrijver *de facto* voor haar geheim werd gehouden door de verwerende partij.

9. Het feit dat de aanbestedende overheid er krachtens artikel 13 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ toe gehouden is “de informatie die [haar] door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt, met inbegrip van eventuele fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de offerte” te beschermen, zoals de verwerende partij aanvoert in haar nota, houdt niet in dat zij de woordelijke evaluatie van elke offerte, die wel wordt meegedeeld aan de betrokken inschrijver, quasi volledig aan het zicht van de andere inschrijvers zou mogen onttrekken.

Het komt integendeel net aan de aanbestedende overheid toe om, gelet op de op haar rustende formele motiveringsplicht, aan de niet-gekozen inschrijvers afdoende duidelijk te maken welke sterke en zwakke punten in elk van de offertes haar tot haar keuze hebben gebracht.

De verwerende partij lijkt haar argument geput uit een verregaande geheimhoudingsplicht overigens zelf te ontcrachten door bij het administratief dossier, dus nadat de vordering tot schorsing bij de Raad van State

reeds werd ingediend, wel het volledig leesbare gunningsverslag toe te voegen als niet-vertrouwelijk stuk en dus ook ter inzage van de verzoekende partij.

10. In de gegeven omstandigheden lijkt de verzoekende partij terecht aan te voeren dat de beoordeling van de offerte van de gekozen inschrijver niet transparant is en er geen duidelijke motivering is gegeven voor de gemaakte keuzes. Hiermee lijkt zij impliciet doch zeker de schending aan te voeren van de formele motiveringsplicht.

De verzoekende partij heeft zich over het instellen van haar vordering tot schorsing moeten beraden en middelen moeten aanvoeren zonder daarbij vooraf afdoende kennis te hebben gekregen van de volledige beoordeling in het gunningsverslag van de offertes van de overige inschrijvers, in het bijzonder van die van de gekozen inschrijver, en zonder te weten hoe deze beoordeling zich verhoudt tot de beoordeling van haar eigen offerte.

Het feit dat de verwerende partij in het kader van de voorliggende vordering alsnog het integrale gunningsverslag heeft neergelegd, maakt de miskenning van de formele motiveringsplicht niet goed. Het mag niet worden uitgesloten dat de verzoekende partij, wanneer zij vóór het indienen van het verzoekschrift kennis had gekregen van het volledige gunningsverslag, andere grieven had kunnen formuleren op grond bijvoorbeeld dat de scores toegekend aan de gekozen offerte te hoog zijn in vergelijking met de score toegekend aan haar offerte of dat haar score te laag is.

11. Het tweede middel is in die mate ernstig.

C. Eerste tot negende middel

12. In het eerste tot het negende middel voert de verzoekende partij de schending aan van het gelijkheidsbeginsel, alsmede “een inbreuk op de algemene rechtsbeginselen die op de betreffende opdracht van toepassing zijn”.

In het eerste tot het zevende middel heeft de verzoekende partij kritiek op de beoordeling van haar offerte in het gunningsverslag wat de

gunningscriteria ‘voorgestelde aanpak van de opdracht’ en ‘kwaliteit van het voorgestelde team’ betreft.

In het achtste middel heeft de verzoekende partij kritiek op een (wel leesbare) zin in de beoordeling van de offerte van de gekozen inschrijver in het gunningsverslag wat het gunningscriterium ‘kwaliteit van het voorgestelde team’ betreft.

In het negende middel stelt de verzoekende partij dat, gelet op de voorgaande kritieken “waarin willekeurige, tegenstrijdige en onvoldoende gemotiveerde beoordelingen gemaakt werden”, de scores voor het tweede en het derde gunningscriterium die aan haar offerte werden toegekend onevenredig laag zijn vergeleken met de *quasi* maximumscores die aan de offerte van de gekozen inschrijver werden toegekend.

13. Gelet op het ernstig bevinden van het tweede middel, voor zover daarin wordt vastgesteld dat de verzoekende partij vóór het instellen van haar vordering geen kennis kreeg van de volledige beoordeling van de offerte van de gekozen inschrijver, lijkt het voorbarig om deze overige middelen reeds in het kader van de voorliggende procedure te onderzoeken.

D. Tiende middel

Uiteenzetting van het middel

14. In het tiende middel voert de verzoekende partij de schending aan van het gelijkheidsbeginsel “nu de beoordeling van vier kandidaten gemaakt wordt door iemand die nauwe contacten en een verleden heeft met één van deze vier kandidaten”.

Zij leidt die nauwe verbondenheid met de gekozen inschrijver af uit het feit dat de betrokken ambtenaar, die het gunningsverslag heeft opgemaakt, op haar “LinkedIn” een opleiding ‘expert Participatie en Stakeholdermanagement’, gevolgd in 2020 bij de gekozen inschrijver, opgeeft.

Beoordeling

15. De verwerende partij wordt op het eerste gezicht bijgevalen waar zij in haar nota stelt dat uit de aangevoerde kritiek niet duidelijk kan worden afgeleid op welke wijze het gelijkheidsbeginsel in het gedrang zou komen.

Een onduidelijk middel kan eventueel wel worden aanvaard wanneer de draagwijdte ervan in redelijkheid kan worden begrepen, aangezien het recht van verdediging van de verwerende partij dan niet wordt geschonden.

16. Te dezen heeft de verwerende partij het middel zo begrepen dat de betrokken ambtenaar “invloed zou hebben gehad die de gelijkheid tussen de deelnemers niet zou respecteren, wanneer de beslissing tot gunning aan bv Levuur werd genomen, omdat zij daar een opleiding heeft gevolgd”. Ook de Raad van State begrijpt het middel in die zin.

Uit het loutere feit dat de betrokken ambtenaar in 2020 een opleiding volgde bij de gekozen inschrijver, blijkt op het eerste gezicht niet dat zij (nog steeds) nauwe banden met die inschrijver onderhoudt, of enige loyauteit ten aanzien van hem zou hebben of hem zou willen bevoordelen.

17. Het tiende middel is niet ernstig.

VI. Besluit

18. Het derde onderdeel van het tweede middel is in de besproken mate ernstig. Die conclusie verantwoordt dat de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt bevolen.

VII. Kosten

19. Het is passend, gelet op het inwilligen van de vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten,

de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de Vlaamse Regering van 24 augustus 2023 waarbij de opdracht voor de ‘Raamovereenkomst voor organisatie van participatie bij infrastructuurprojecten in Vlaanderen’, perceel 5 ‘Wegen en Verkeer West-Vlaanderen’, wordt gegund aan de bv Levuur.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op negenentwintig september tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	

Silja Doms,	griffier.
-------------	-----------

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Patricia De Somere