

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 259.668 van 30 april 2024
in de zaak A. 241.605/XII-9483**

In zake: de BV TRANSPORT & GARAGE BAS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Aurélien Vandeburie en Casper François
kantoor houdend te 1000 Brussel
Bischoffsheimlaan 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

BPOST, nv van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kathleen De hornois, Mattias Van Schel en
Louis Swennen
kantoor houdend te 1930 Zaventem
Luchthaven Brussel Nationaal 1J
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV EUROBUSSING BRUSSELS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Albert en Bruno Lenssens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Wolvengracht 38, bus 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 april 2024, strekt tot de schorsing
bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

- “- (1) het besluit van BPOST van 13 maart 2024 met referentie
2023-1-004. Dit besluit luidt als volgt:
‘De overheidsopdracht met als voorwerp ‘Shuttles services voor
het vervoer van bpost-personeel tussen de treinstations Brussel
Noord/Brussel Zuid en de opslag- (havenlaan), distributie- (OBX)

- en postsorteercentra (NBX) van Brussel' te gunnen aan de inschrijver(s) met de economisch meest voordelige, regelmatige en meest geschikte offerte, zijnde Eurobussing Brussels NV'
- (2) bijgevolg, de beslissing om voormelde opdracht niet aan verzoekende partij toe te wijzen."

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 11 april 2024 heeft de nv Eurobussing Brussels gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 april 2024.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Sebastiaan De Meue, die *loco* advocaten Aurélien Vandeburie en Casper François verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Louis Swennen en Mattias Van Schel, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Sofie Albert, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena 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 in de speciale sectoren met als voorwerp 'Shuttle services voor het

vervoer van bpost-personeel tussen de treinstations Brussel Noord/Brussel Zuid en de opslag- (havenlaan), distributie- (OBX) en postsorteercentra (NBX) van Brussel’.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

De gekozen procedure is de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging.

3.2. Zes ondernemingen dienen een aanvraag tot deelneming in, waaronder de verzoekende partij.

Op 19 oktober 2023 wordt besloten om de volgende vier kandidaten te selecteren en uit te nodigen voor het indienen van een offerte:

- de nv Eurobussing Brussels
- de nv V.S.
- de verzoekende partij
- de bv P.B.

Het bestek voor de opdracht wordt aan de kandidaten bezorgd.

3.3. In het bestek wordt onder punt 1.1 ‘Beschrijving van de opdracht’ onder meer verduidelijkt dat de opdracht kwalificeert als een bilaterale raamovereenkomst waarbij bpost de opdracht zal sluiten met één inschrijver en dat de opdrachtnemer zijn diensten dient af te stemmen op de behoeften van bpost (aantal bussen en grootte).

De opdracht wordt gegund op basis van de volgende gunningscriteria:

- 1) Prijs (60 punten)
- 2) Kwaliteit (40 punten)
 - 2.1 Verbintenis inzake kwaliteit (25 punten)
 - 2.2 Business Continuity Plan (15 punten).

Wat het subgunningscriterium ‘Verbintenis inzake Kwaliteit’ betreft, wordt in punt I.13 van de administratieve bepalingen van het bestek het volgende toegelicht:

“De kwaliteit van dit sub-gunningscriterium zal worden beoordeeld op basis van de toelichting van de inschrijver over hoe hij voorstelt de kwaliteit (bijlage H) van de diensten (met inbegrip van de meting en controle ervan) die in het kader van dit contract moeten worden geleverd, gedurende de looptijd van het contract te waarborgen.

De elementen die zullen worden geëvalueerd (op niet-limitatieve wijze) zijn de volgende

- Voertuigen (voorstelling);
- Toegewijd team voor bpost (chauffeurs en andere medewerkers);
- Klachtenbehandeling
- Helpdesk/dispatch
- Timing dienstverlening
- Aanvullende diensten die bpost in staat stellen de continuïteit van haar eigen activiteiten te verzekeren (of zelfs te optimaliseren) in het kader van het huidige contract.
- Anticiperen en reageren op problematische situaties/klachten (met uitzondering van BCP);

De bovenstaande elementen zijn geen sub-gunningscriteria en worden derhalve niet afzonderlijk gewogen of geëvalueerd, maar zijn slechts enkele van de elementen waarmee bij de evaluatie van dit sub-gunningscriterium rekening wordt gehouden.

[...]

Beoordelingsmethodiek subgunningscriteria (1) en (2)

Bij de beoordeling van het gunningscriterium ‘Kwaliteit’ zal de volgende beoordelingsmethodiek worden gehanteerd:

100% = uitstekend: het gevraagde wordt als uitstekend beoordeeld

80% = zeer goed: het gevraagde wordt als zeer goed beoordeeld

60% = goed: het gevraagde wordt als goed beoordeeld

40% = redelijk: het gevraagde wordt als redelijk beoordeeld

20% = zwak: het gevraagde wordt als zwak beoordeeld

0% = zeer zwak of geen informatie verstrekt: het gevraagde wordt als zeer zwak beoordeeld of er werd geen informatie verstrekt

Het maximaal te behalen punten, d.i. wanneer op elk (sub)criterium 100% behaald wordt, komt overeen met het gewicht van het gunningscriterium. De behaalde punten worden aldus omgerekend door middel van de regel van 3 om tot de totale score voor het gunningscriterium te komen.”

In punt I.14 van het bestek wordt het verloop van de onderhandelingen beschreven:

“De onderhandelingen zullen als volgt verlopen:

1.14.1. Eerste beoordelingsronde

De ingediende offertes worden tijdens een eerste beoordelingsronde getoetst op hun volledigheid en conformiteit met de in het bestek gestelde vereisten. Aldus zal worden gecontroleerd of de offerte voldoet aan de formeel gestelde eisen (zoals tijdige indiening, ondertekeningbevoegdheid,...).

Vervolgens wordt onderzocht of de formeel regelmatige offertes kunnen voldoen aan de minimale technische eisen zoals bepaald in dit bestek en vastgesteld door bpost.

Daarenboven zal bpost de offerte toetsen aan de gunningscriteria zoals opgenomen in dit bestek. In dit kader kan bpost zo nodig reeds schriftelijk bijkomende inlichtingen en informatie opvragen bij de inschrijvers. De inschrijvers dienen deze vragen te beantwoorden binnen de door bpost aangegeven termijn.

bpost behoudt zich het recht voor om het aantal inschrijvers dat wordt uitgenodigd voor de onderhandelingen te beperken tot 3.

De beperking van het aantal inschrijvers, gebeurt overeenkomstig de rangschikking van de inschrijvers na toepassing van de gunningscriteria.

1.14.2. Besprekingen en onderhandelingen

bpost zal, in functie van de beoordeling van de offertes, kunnen overgaan tot onderhandelingen. bpost is geenszins verplicht dit te doen.

bpost beschikt over de mogelijkheid om enkel met de best gerangschikte inschrijver door te gaan.

Indien na de indiening van de offertes blijkt dat één offerte geheel tegemoetkomt aan de vereisten van dit bestek en als beste scoort op de beoordeling volgens de gunningscriteria, behoudt bpost het recht om deze inschrijver onmiddellijk als voorkeurbieder aan te duiden. bpost heeft de mogelijkheid om slechts met deze inschrijver verder te onderhandelen en de procedure vervolgens met deze inschrijver af te ronden.

1.14.3. Uitnodiging voor het indienen van een Laatste en Beste Offerte ('Best and Final Offer' 'BAFO')

[...]

1.14.4. Indienen BAFO - Beoordeling BAFO

[...]

1.14.5. Gunning van de opdracht

bpost zal formeel beslissen over de toewijzing van de opdracht.

Indien bpost beslist de opdracht te gunnen, zal bpost de opdracht uiteindelijk gunnen aan de gekozen inschrijver voor zover de inschrijver:

- A. niet is uitgesloten wegens het indienen van onregelmatige voorstellen of offertes, dan wel van voorstellen of offertes die in strijd zijn met de voorschriften van de gunningsdocumenten, en
- B. een offerte of een BAFO heeft ingediend die, rekening houdend met de gunningscriteria, als de (economisch) meest voordelige offerte wordt aangemerkt.

Voormelde beschrijving van de onderhandelingsprocedure is indicatief en kan op basis van de noden van de procedure en de opdracht worden aangepast.”

In deel ‘3. Technische bepalingen’ wordt onder punt ‘3.5. Gunningscriterium: Verbintenis inzake kwaliteit’ nog het volgende vermeld:

“3.5. Gunningscriterium: Verbintenis inzake kwaliteit

3.5.1. Voertuigen

Minimale eisen

De voertuigen moeten te allen tijde voldoen aan alle toepasselijke veiligheidsnormen en beschikken over een geldig kentekenbewijs, verzekeringsbewijs en keuringsbewijs. De opdrachtnemer moet zich houden aan de voorschriften inzake lage-emissiezones die gedurende de periode van de overeenkomst van toepassing zijn.

De voertuigen moeten altijd in orde en proper zijn.

De binnentemperatuur van de voertuigen moet correct zijn, dit betekent dat er een goed werkende airco/verwarming aanwezig moet zijn.

De Inschrijver garandeert dat minstens de volgende uitrusting aanwezig is in de aangeboden voertuigen:

- Airconditioning
- Uitsluitend zitplaatsen
- Veiligheid: individuele gordels, alcohol lock, noodrem.
- Signalisatie betreffende een rookverbod voor iedereen (ook de chauffeurs) in de bus

Bovenstaande lijst is niet-limitatief en kan worden aangepast in functie van de noden en behoeftes van bpost tijdens de looptijd van de opdracht.

Voorstelling bussen

De inschrijver voegt bij zijn offerte een korte visuele voorstelling (bijlage K) van de bussen die ingezet zullen worden in kader van deze opdracht. Hierbij wordt tevens volgende informatie doorgegeven :

- Ouderdom van de bus(sen)
- Type brandstof (elektrisch, hybride, fossiele brandstoffen of andere)
- CO₂-uitstoot
- Foto's van de binnen- en buitenkant van de aangeboden bussen ter verduidelijking van de staat van de bussen. bpost kan op basis van gegronde redenen een voorgestelde bus weigeren en op eenvoudig verzoek van bpost zal de inschrijver een andere bus ter goedkeuring voorleggen (zonder meerprijs).

3.5.2. Toegewijd team voor bpost

Chauffeurs

De Inschrijver dient aan te geven hoe hij de chauffeurs selecteert en welke vorming zij krijgen. De Inschrijver moet een lijst van de chauffeurs (bijlage E) toevoegen die hij voor deze opdracht voorstelt met daarin hun kwalificaties, attest van vakbekwaamheid, een ongevalhistoriek en het aantal dienstjaren in de sector. De inschrijver bevestigt dat [...] zijn chauffeurs in het bezit zijn van een geldig medisch attest. De chauffeur moet zowel het Nederlands als het Frans beheersen.

De Opdrachtgever behoudt zich het recht voor een chauffeur te weigeren. In geval van onbekwaamheid, roekeloosheid, wangedrag, nalatigheid,

onbeleefdheid, bedrog of rijden onder invloed moet de chauffeur op gemotiveerd verzoek van de Opdrachtgever onmiddellijk worden vervangen.

In geval een chauffeur vervangen wordt, dient de Opdrachtnemer bovenvermelde informatie over de voorgestelde chauffeur minstens één (1) week vooraf te bezorgen zodat de Opdrachtgever desgevallend de kans heeft hem om bovengenoemde redenen te weigeren.

Andere dan chauffeurs

De inschrijver lijst op welke andere medewerkers (dan chauffeurs) relevant zijn voor de goede uitvoering van de gevraagde dienstverlening. Bij voorkeur wordt er met een single point of contact gewerkt (SPOC), Gelieve de relevante gegevens van deze SPOC of medewerkers (naam, functie, contactgegevens.) op te geven in de offerte.

3.5.3. Klachtenbehandeling

Verder dient de Inschrijver zijn klachtenbeheersysteem te beschrijven voor klachten andere dan beschreven in punt 3.4.4, evenals de responstijd op deze klachten. Deze responstijd mag maximaal 24u bedragen na moment van indienen van de klacht. Binnen deze termijn dient ook een oplossing aangeboden te worden. Na akkoord van de Opdrachtgever heeft de Inschrijver maximum 72 u de tijd de oplossing uit te voeren. Dit klachtenbeheer zal ook onderdeel uitmaken van de SLA (zie hoofdstuk 4 van dit bestek).

3.5.4. Dispatch/helpdesk

De Opdrachtnemer dient een dispatching/helpdesk te voorzien die 24/24h (behalve tussen 23:00 en 03:00 's morgens) en zoveel mogelijk 7/7d bereikbaar is en die zowel informatie geeft in geval van problemen en bijkomend binnen de 15 minuten een operationele oplossing biedt aan het personeel van [...] bpost en dit in het geval van bv:

- * het sturen van een te klein voertuig

- * in geval van vertraging

- * in het geval van het niet opdagen van het voertuig

De inschrijver verduidelijkt in zijn offerte de contactgegevens van de helpdesk en op welke manieren de helpdesk te bereiken is (via e-mail, telefonisch, via chat, ..)

Wordt de operationele oplossing niet tijdig aangeboden, mag de Opdrachtgever, op kosten van de Opdrachtnemer, een vervanging voorzien.

Bovendien zal elke melding van vertraging of niet-uitgevoerde rit in overweging worden genomen voor de meting van het Serviceniveau 'Stiptheid' in het kader van de uitvoering van het contract.

De opdrachtnemer garandeert te allen tijde de permanentie van de helpdesk/dispatch gedurende de looptijd van de opdracht. Indien slechts 1 medewerker verantwoordelijk is voor deze permanentie, dan voorziet de opdrachtnemer bij afwezigheid (ziekte, vakantie,..) een vervanger en communiceert dit tijdig naar de operationele verantwoordelijke binnen bpost. Deze verantwoordelijke zal na sluiting van de opdracht worden bekend gemaakt aan de opdrachtnemer.

3.5.5. Timing

Stiptheid

Een rit wordt als stipt beschouwd wanneer hij 2 tot 3 minuten voor de geplande aankomsttijd op zijn bestemming aankomt, zodoende de medewerkers voldoende tijd te geven om op- en af te stappen zonder het voorziene vertrekkur te overschrijden,

De Inschrijver dient eveneens de maatregelen toe te lichten die hij zal nemen om de stiptheid te verzekeren.

Track & trace systeem

De door de Inschrijver voorgestelde bussen zullen zoveel mogelijk met een track & tracesysteem uitgerust worden. De Inschrijver dient aan te geven met welk type systeem de voertuigen eventueel zijn uitgerust en welke mogelijkheden dit systeem biedt voor het meten en rapporteren aan bpost.

3.5.6. Aanvullende diensten

De inschrijver verduidelijkt welke aanvullende diensten mogelijk zijn die bpost in staat stellen de continuïteit van haar eigen activiteiten te verzekeren (of zelfs te optimaliseren) in het kader van het huidige contract.”

3.4. Drie inschrijvers dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij en de nv Eurobussing Brussels.

Vervolgens nodigt de verwerende partij de nv Eurobussing Brussels en de verzoekende partij uit voor een toelichting van hun offerte.

Dit toelichtingsmoment vindt voor de beide inschrijvers plaats op 16 januari 2024.

3.5. Een gunningsverslag wordt opgesteld.

Wat de ingediende offertes betreft, wordt onder punt 3 ‘Offertes’ van het verslag vermeld dat de verzoekende partij in bijlage A (Offerteformulier) en in bijlage B (Inventaris) van haar offerte twee tegenstrijdige totaalprijzen opgeeft. De verwerende partij heeft de verzoekende partij hierover bevraagd op 11 januari 2024 en per e-mailbericht van diezelfde datum heeft de verzoekende partij bevestigd dat dit een materiële vergissing is en dat de correcte totaalprijs werd opgegeven in Bijlage B (Inventaris) van haar offerte.

Onder punt 4 ‘Regelmatigheidsonderzoek van de offertes’ worden de offertes van de verzoekende partij en de nv Eurobussing Brussels als regelmatig beschouwd. De offerte van de derde inschrijver wordt door de verwerende partij, overeenkomstig punt 1.9.4 van het bestek, geweerd als

substantieel onregelmatig, gelet op het feit dat het offerteformulier (bijlage A), de lijst met chauffeurs (Bijlage E), een overzicht van de reactie- en interventietijden (Bijlage F) en de voorstelling van de bussen (Bijlage K) ontbreken.

Onder punt 5 ‘Beoordeling en vergelijking van de offertes’ worden de twee regelmatige offertes getoetst aan de gunningscriteria.

Wat de prijs betreft, behaalt de verzoekende partij een score van 60 punten en de nv Eurobussing Brussels een score van 57,09 punten.

Wat het eerste subgunningscriterium ‘Verbintenis inzake kwaliteit - 25 punten’ van het gunningscriterium ‘Kwaliteit’ betreft, behaalt de verzoekende partij 10/25 “(40%; redelijk)” en de nv Eurobussing Brussels 20/25 “(80%; zeer goed)”.

De motivering hiervoor luidt als volgt:

“Eurobussing Brussels NV

De kwaliteit van de dienstverlening wordt op verschillende vlakken zeer goed gewaarborgd. Het voorgesteld wagenpark heeft niet alleen een zeer ruime capaciteit [...] maar legt ook de nadruk op duurzaamheid [...]. Deze vloot wordt eveneens zeer goed onderhouden, dit blijkt uit het onderhoudsschema [...]. Hierdoor wordt het risico op operationele onderbrekingen tijdens de dienstverlening tot een minimum beperkt.

Mochten problemen zich voordoen, dan is de inschrijver 24/7 bereikbaar. Tijdens de kantooruren kan er ingebeld worden op een vaste lijn, buiten de kantooruren is een mobiel nummer beschikbaar (ook tijdens het weekend en feestdagen).

Iedere bus wordt standaard voorzien van een track en tracesysteem [...] waardoor gedetailleerde informatie van iedere rit in realtime beschikbaar is [...]. Alle ritgegevens kunnen eveneens geëxporteerd en bezorgd worden aan bpost. Eurobussing Brussels NV geeft eveneens aan hierdoor de onderhoudskosten met 10% te kunnen verlagen en zuiniger/ecologischer te kunnen rijden. Door het gebruik van [het track en tracesysteem] kan Eurobussing Brussels NV ook snel een bus met problemen detecteren en gericht ter plaatse gaan om de bus te herstellen/ te vervangen. Door middel van het track en trace systeem kan Eurobussing Brussels NV immers het dichtstbijzijnde voertuig identificeren en indien nodig inzetten als vervangbus. Dit beschouwt bpost als een belangrijk voordeel gelet op het feit dat de tijdigheid (zowel vertrek als aankomst) van de shuttlediensten een belangrijke factor voor zowel de personeelsleden van bpost is o.a. in functie van het tijdschema van het openbaar vervoer als voor bpost zelf in

functie van bv. opstart productielijnen in het sorteercentrum. De meting en de controle van de kwaliteit van de dienstverlening kan aldus op een professionele manier opgevolgd worden.

Naast het wagenpark, is ook de bekwaamheid en professionaliteit van de chauffeurs van cruciaal belang voor het leveren van een kwaliteitsvolle dienstverlening. Eurobussing Brussels NV heeft een eigen cel opgericht die opleidingen voor het personeel verzorgt en coördineert. Dit omvat verplichte modules, zoals onder meer interactie met de klant. Hierbij een summier overzicht van opleidingsmogelijkheden :

[...]

Deze uitgelde opleidingsinitiatieven verzekeren bpost van een vlotte en professionele dienstverlening.

Eurobussing voegt aan zijn offerte een volledige lijst van de chauffeurs toe inclusief hun anciënniteit. Er wordt evenwel niet aangegeven welke chauffeurs deel uit maken van het toegewijd team voor bpost. Uit bijlage L (SLA) kan evenwel geconcludeerd worden dat er een toegewijd team is voor bpost. Een ongevalhistoriek op niveau van de chauffeurs is niet beschikbaar. Eurobussing Brussels NV voegt evenwel een algemeen overzicht op bedrijfsniveau toe. Eurobussing Brussels NV verklaart (bijlage N) op eer dat alle chauffeurs in orde zijn wat betreft hun rijbewijs, CAP, medische keuring en hun bewijs van goed gedrag en zeden. Deze verklaring wordt tevens bevestigd in de voorgestelde SLA (zie verder).

Eurobussing Brussels NV verduidelijkt in haar offerte eveneens het klachtenbehandelingssysteem [...]. Iedere klacht wordt eerst intern geanalyseerd op basis van de gegevens beschikbaar in het track en trace systeem, daarna wordt contact opgenomen met bpost. Door middel van [het klachtenbehandelingssysteem], kan Eurobussing Brussels NV structurele klachten opvolgen en beheren ten einde de dienstverlening in de toekomst gericht te verbeteren/te optimaliseren.

Eurobussing Brussels NV biedt verder nog volgende zaken aan:

- Toegewijde communicatiekanalen, inclusief een toegewezen accountmanager/SPOC en een specifiek e-mailadres dat bpost kan gebruiken om bepaalde zaken door te geven (cfr. dedicated mailbox)
- Een gedetailleerde SLA met volgende onderwerpen :
 - o bussen : [...]
 - o chauffeurs: [...]
 - o klachtenbehandeling
 - o procedures op vlak van stiptheid, ongevallen [...]
 - o communicatie: aantal gebruikers, SPOC/accountmanager,
 - o uitvoering: [...].
 - o rapportage: [...]

Nagenoeg alle storingen en tekortkomingen ten aanzien van de SLA worden geregistreerd en cumulatief opgeteld per kalenderjaar. Voor iedere overtreding van de SLA, zal een vergoeding worden betaald [...]. En worden eventuele kosten gemaakt door bpost, teneinde de continuïteit van de dienstverlening te verzekeren, terugbetaald. [...]

Uit de offerte van Eurobussing Brussels NV blijkt eveneens de focus op veiligheid. Hiervoor verwijst bpost o.a. naar het behaalde Road Traffic

Safe certificaat, ISO-norm 39001 en de interne campagnes. De processen binnen Eurobussing Brussels NV worden eveneens door onafhankelijke instanties gescreend. Dit bewijst dat de kwaliteit van de aangeboden service van Eurobussing Brussels NV onderbouwd is.

Eurobussing Brussels NV is geëngageerd om de kwaliteit van haar dienstverlening te waarborgen en waar nodig te verbeteren. De nodige tools en (geauditeerde) processen ondersteunen hen in deze missie. Mogelijke problemen of optimalisaties kunnen besproken worden tijdens 2-maandelijks meetings tussen bpost en Eurobussing Brussels NV. Dit beschouwt bpost als een voordeel omdat er op zeer korte termijn geschakeld kan worden en er continue verbetering mogelijk is.

Op basis van bovenstaande motieven beoordeelt bpost de offerte van Eurobussing Brussels NV als zeer goed, wat overeenkomt met een score van 80% of 20 punten.

TGBAS BV

De offerte van TGBas biedt weinig garanties ten einde de kwaliteit van de dienstverlening te waarborgen.

De vloot van TGBas BV is voldoende groot, doch kunnen er minder garanties geboden worden op vlak van continuïteit en inzetbaarheid van de voorgestelde bussen. Bpost merkt op dat TGBas BV zich enerzijds engageert om de dienstverlening conform de geldende LEZ-regels in Brussel te organiseren, en anderzijds bussen opneemt in haar voorstel die niet meer toegelaten zijn in de LEZ-zones van Brussel. Bpost baseert zich op de lijst met voorgestelde bussen (bijlage K) en stelt vast dat 37% [...] een niet aanvaardbare euronorm (resp. euronorm 4 en 5) hebben.

De bussen worden evenwel in eigen beheer onderhouden, wat door bpost als positief wordt beoordeeld. Dit betekent dat er snel geschakeld kan worden indien bv. een technisch onderhoud nodig is. bpost merkt echter op dat bijlage K 'Voorstelling bussen' enkel vermeldt dat de bussen 1 keer per maand grondig worden gereinigd (zowel de binnen- als de buitenkant) en er geen gedetailleerd onderhoudsschema aan de offerte werd toegevoegd.

De offerte van TGBas stelt een toegewijd team van chauffeurs voor deze opdracht voor. De voorstelling beperkt zich echter tot het absolute minimum zijnde de gevraagde informatie in het lastenboek. Er is geen onderbouwing aanwezig op welke manier TGBas BV zijn chauffeurs ondersteuning aanbiedt teneinde de dienstverlening ten aanzien van bpost te borgen en te optimaliseren, bv. geen melding van opleidingsprogramma voor de chauffeurs.

Voor het team van medewerkers (niet-chauffeurs), worden 2 medewerkers vermeld (verantwoordelijke boekhouding en administratie en verantwoordelijke planning en chauffeurs en dringende problemen). De verantwoordelijke planning en chauffeurs heeft als back-up één van de zaakvoerders. Voor de verantwoordelijke boekhouding en administratie wordt geen back-up opgegeven, wat een impact heeft op de kwaliteit van de dienstverlening, met in het bijzonder het opvolgen van klachten en eventuele problemen (zie verder).

Er is namelijk geen structureel klachtenbehandeling systeem aanwezig. Alles verloopt via e-mail gericht aan de verantwoordelijke boekhouding en administratie. Indien een klacht voor 12u binnen komt, wordt deze klacht

dezelfde dag behandeld, indien na 12u dan wordt de klacht ten laatste voor 12u 's middags van de volgende dag behandeld. Er wordt geen melding gemaakt van permanentie of back up.

In haar offerte, vermeldt TGBas BV geen track en trace systeem. Uit de toelichting van de offerte blijkt dat dit niet standaard voorzien wordt. De kwaliteit van de geboden dienstverlening kan dus moeilijk thans zeer beperkt worden gemeten en gecontroleerd. Uit de toelichting van de offerte (dd. 16/01/2024) blijkt evenwel dat TGBas BV een alternatieve app kan inzetten teneinde de ritten an sich te kunnen opvolgen. Deze applicatie heeft echter geen historiek functie noch export functie waardoor enkel een beperkte controle van de dienstverlening mogelijk is.

TGBas maakt geen melding in haar offerte hoe de veiligheid gewaarborgd kan worden noch over welke kwaliteitssystemen (ISO norm, Road Traffic Safety,..) te beschikken.

Tenslotte wordt er geen informatie opgegeven omtrent mogelijke aanvullende diensten die bpost in staat stelt de continuïteit van haar eigen activiteiten te verzekeren (of zelfs te optimaliseren), noch enige duiding of informatie met betrekking tot de SLA (zie hoofdstuk 4 van het bestek).

Op basis van bovenstaande elementen beoordeelt bpost de offerte van TGBas BV als redelijk, wat overeenkomt met een score 40% of 10 punten.”

Wat het tweede subgunningscriterium ‘Business Continuity Plan (‘BCP’) - 15 punten’ van het gunningscriterium ‘Kwaliteit’ betreft, krijgen de beide inschrijvers eenzelfde score toegekend van “60%; goed”, zijnde 9/15.

De volgende tabel vat de scores van de beoordeling van de gunningscriteria samen:

“

	Eurobussing Brussels NV	TG Bas BV
Prijs (TCO) (60 punten)	57,09	60,00
Kwaliteit (40 punten)	29,00	19,00
Verbintenis Inzake kwaliteit (25 punten)	20,00	10,00
Business Continuity Plan (15 punten)	9,00	9,00
Totaal	86,09	79

”

3.6. De verwerende partij beslist op 18 maart 2024 om de opdracht te gunnen aan de nv Eurobussing Brussels.

Dit is de bestreden beslissing.

De gunningsbeslissing wordt aan de inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, meegedeeld met een aangetekend schrijven en e-mailbericht van 20 maart 2024.

IV. Tussenkoms

4. De nv Eurobussing Brussels blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkoms ingewilligd.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. 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.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4, 81, 84 en 153 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 4 en 5 van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna:

motiveringswet), de beginselen van gelijke behandeling, niet-discriminatie en concurrentie, de bepalingen van het bijzonder bestek wat de gunningscriteria betreft (1.13) en van het materiële motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. Zij verwijt de verwerende partij eveneens een overschrijding van bevoegdheid en een kennelijk onzorgvuldige beoordeling.

Zij vat het middel als volgt samen:

“De offertes zijn niet correct geëvalueerd volgens de in het bestek vermelde gunningscriteria. Niet alle onderdelen uit de twee offertes worden op een gelijke wijze beoordeeld. Daarnaast is er voor bepaalde onderdelen een verkeerde voorstelling van de feiten.

Aan de inschrijving van Eurobussing kon geen 20 punten worden toegekend en aan de inschrijving van verzoekster kon niet slechts 10 punten worden toegekend voor het sub-gunningscriterium ‘Verbintenis inzake Kwaliteit’.

Door de opdracht aan EUROBUSSING te gunnen, heeft de verwerende partij bovenstaande bepalingen, in het bijzonder de gunningscriteria van het bestek (1.13), de artikelen 81, 84 en 153 Wet Overheidsopdrachten, de beginselen van niet-discriminatie, concurrentie, de motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel, geschonden. Alsook heeft zij hierbij een kennelijk onzorgvuldige beoordeling begaan.”

6.2. In dit middel, dat betrekking heeft op de beoordeling van het subgunningscriterium ‘Verbintenis inzake Kwaliteit’ van het gunningscriterium ‘Kwaliteit’, betoogt de verzoekende partij dat bepaalde onderdelen niet op gelijke wijze beoordeeld zijn geweest bij de twee offertes. Zo zijn volgens haar meerdere onderdelen minder streng beoordeeld ten aanzien van de offerte van de gekozen inschrijver door deze onderdelen wat hem betreft niet te beoordelen en tegelijkertijd in negatieve zin in aanmerking te nemen voor de verzoekende partij. Tegelijkertijd zijn bepaalde positieve elementen in hoofde van de verzoekende partij niet mee in rekening genomen.

Zij verduidelijkt:

“2.2. Onderdeel ‘toegewijd team voor bpost’

[...] Allereerst krijgt verzoekende partij klaarblijkelijk een negatieve beoordeling op het onderdeel ‘Toegewijd team voor bpost’ en specifiek voor ‘andere medewerkers’. Zo wordt in dit verband in de bestreden beslissing het volgende gesteld:

‘Voor het team van medewerkers (niet-chauffeurs), worden 2 medewerkers vermeld (verantwoordelijke boekhouding en administratie en verantwoordelijke planning en chauffeurs en dringende problemen). De verantwoordelijke planning en chauffeurs heeft als back-up één van de zaakvoerders. Voor de verantwoordelijke boekhouding en administratie wordt geen back-up opgegeven, wat een impact heeft op de kwaliteit van de dienstverlening, met in het bijzonder het opvolgen van klachten en eventuele problemen (zie verder).’

Verwerende partij oordeelt aldus dat het team van andere medewerkers (niet-chauffeurs) tekortschiet in de offerte van verzoekende partij.

Evenwel vindt men in de beoordeling van de offerte van Eurobussing geen passage terug over het onderdeel ‘andere medewerkers’. Deze beoordeling lijkt dus niet te zijn doorgevoerd bij Eurobussing, terwijl dit wel is gebeurd voor verzoekende partij (in negatieve zin). Minstens kan er uit de bestreden beslissing niet worden afgeleid in welke mate dit onderdeel beoordeeld is geweest voor Eurobussing.

Dit geeft dan ook blijk van een belangrijk verschil in behandeling bij de beoordeling van de twee offertes. Klaarblijkelijk beschikt Eurobussing evenmin over een voldoende toegewijd team voor bpost wat ‘andere medewerkers’ betreft.

2.3.Onderdeel ‘klachtenbehandeling’

[...] Verder krijgt verzoekende partij klaarblijkelijk een negatieve beoordeling op het onderdeel ‘klachtenbehandeling’ en specifiek voor ‘responstijd’. Zo wordt in dit verband in de bestreden beslissing het volgende gesteld:

‘Indien een klacht voor 12u binnen komt, wordt deze klacht dezelfde dag behandeld, indien na 12u dan wordt de klacht ten laatste voor 12u ’s middags van de volgende dag behandeld. Er wordt geen melding gemaakt van permanentie of back up.’

Er wordt evenwel geen beoordeling doorgevoerd van de responstijd voor Eurobussing, minstens blijkt dit niet uit de bestreden beslissing.

Door dit onderdeel wel te beoordelen voor verzoekende partij, maar niet voor Eurobussing, is er dan ook sprake van een ongelijke behandeling in de beoordeling van de offertes.

Daarnaast is er in de offerte van verzoekende partij strikt genomen wel voorzien in permanentie of back-up. In de offerte wordt er immers melding gemaakt dat er bij logistieke en dringende problemen steeds contact opgenomen kan worden met de verantwoordelijke planning en chauffeurs via een mobiel nummer. Bij afwezigheid kan er ook contact opgenomen worden met de zaakvoerder, ook via een mobiel nummer.

De beoordeling dat er geen melding gemaakt wordt van permanentie of back up, berust dan ook op een verkeerde voorstelling van de feiten en kon niet in negatieve zin beoordeeld worden door verwerende partij.

2.4.Onderdeel ‘helpdesk/dispatch’

[...] Hetzelfde geldt in verband met de beoordeling van het onderdeel ‘helpdesk/dispatch’. Dit onderdeel is immers niet uitdrukkelijk beoordeeld geweest voor verzoekende partij.

Nochtans wordt in de offerte aangegeven dat er bij logistieke en dringende problemen steeds contact kan opgenomen worden met de verantwoordelijke planning en chauffeurs via een mobiel nummer. Bij afwezigheid kan er contact opgenomen worden met de zaakvoerder, ook via een mobiel nummer. Dit element moest in positieve zin mee opgenomen worden in de beoordeling.

Door dit niet te doen is er dan ook een ongelijke behandeling in het nadeel van verzoekende partij. Daarnaast geeft dit ook blijk van een verkeerde voorstelling van de feiten in hoofde van verwerende partij.

2.5.Onderdeel ‘anticiperen en reageren op problematische situaties/klachten’

[...] Wat het onderdeel ‘anticiperen en reageren op problematische situaties/klachten’ betreft, is dit onderdeel niet expliciet beoordeeld geweest voor verzoekende partij.

Nochtans wordt in de offerte aangegeven dat men voortdurend operationeel is, dus in geval van problemen of andere onvoorziene situaties is men altijd bereikbaar (zowel per e-mail als telefoon) en zal er steeds een gepaste oplossing gezocht worden voor alle mogelijke ongemakken.

Daarnaast wordt ook gesteld dat algemene en niet dringende vragen mogen gesteld worden aan de verantwoordelijke administratie en boekhouding. Zij zal dit verder opvolgen.

Verder wordt ook een continuïteit van de diensten verzekerd, en wordt er aangegeven dat er altijd gezocht zal worden naar een gepaste oplossing in geval van problemen of onverwachte gebeurtenissen.

Verzoekende partij had aldus een positieve beoordeling moeten krijgen voor dit onderdeel, minstens hadden deze bovenstaande elementen mee moeten opgenomen worden in de beoordeling. Door dit niet te doen is er sprake van een ongelijke behandeling in hoofde van verzoekende partij en heeft verwerende partij de feiten voorgesteld op een verkeerde wijze.

2.6.Onderdeel ‘veiligheid’

[...] Verder wordt er in de bestreden beslissing nog het volgende gesteld:

‘TGBas maakt geen melding in haar offerte hoe de veiligheid gewaarborgd kan worden noch over welke kwaliteitssystemen (ISO norm, Road Traffic Safety,..) te beschikken.’

Evenwel wordt nergens in het bestek gesteld dat het aspect veiligheid geëvalueerd zal worden. Het feit dat dit aspect niet behandeld wordt in de offerte, kan dan ook niet in negatieve zin beoordeeld worden voor verzoekende partij.”

Beoordeling

7. Het op de opdracht toepasselijk bestek voorziet in een subgunningscriterium ‘Verbintenis inzake Kwaliteit’ dat 25 punten vertegenwoordigt. Het bestek bepaalt dat dit subgunningscriterium zal worden beoordeeld op basis van de toelichting van de inschrijver over hoe hij voorstelt de kwaliteit van de diensten (met inbegrip van de meting en controle ervan) te

waarborgen. Het bestek somt, vervolgens, op niet-limitatieve wijze een aantal beoordelingselementen op waarmee bij de evaluatie van dit subgunningscriterium rekening wordt gehouden.

Uit het gunningsverslag, waarop de bestreden beslissing is gesteund, blijkt dat de verzoekende partij voor het subgunningscriterium ‘Verbintenis inzake Kwaliteit’ 10 punten (40 %, redelijk) scoort, terwijl de gekozen inschrijver 20 punten (80 %, zeer goed) scoort. Het gunningsverslag beschrijft vervolgens in woorden de motivering die voor de aanbestedende entiteit aan de basis ligt van het verschil in de toegekende score.

8. Bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria beschikt de aanbestedende entiteit over een beoordelingsruimte. Het is in de eerste plaats de aanbestedende entiteit die bepaalt wat zij als sterke en zwakke punten in de offertes beschouwt en om er dienovereenkomstig punten aan toe te kennen. De Raad van State is niet bevoegd om de beoordeling van de offertes over te doen en zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van deze van de overheid. In de uitoefening van het hem opgedragen rechtmatigheidstoezicht mag hij desgevraagd wel nagaan of deze beoordeling berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven, of het bestuur daarbij binnen de grenzen van de redelijkheid is gebleven, en of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd.

9. Met de tussenkomenende partij wordt vastgesteld dat de verzoekende partij in essentie de onderdelen van de motivering bekritiseert die voor haar nadelig zijn. Een verzoekende partij die kritiek wil leveren op de toetsing door de aanbestedende entiteit van de offertes aan de hand van de gunningscriteria, kan er evenwel 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.

10. Voorts lijken de beoordelingselementen die in het bestek bij het subgunningscriterium ‘Verbintenis inzake Kwaliteit’ zijn opgesomd, te dezen geen sub-subgunningscriteria te zijn en bijgevolg geen afzonderlijke motivering per

onderdeel te vragen. Uiteraard betreffen ze wel elementen die de inschrijver in zijn offerte diende te behandelen en vormen ze aldus mee het voorwerp van de beoordeling en de vergelijking van de offertes. Die beoordeling moet evenwel niet altijd leiden tot het opmerken van een verschil op al die elementen. Het niet vermelden in de besluitvorming van bepaalde elementen uit de offerte, lijkt te kunnen worden verklaard door het feit dat er voor die elementen geen bijzondere waardering in plus of in min is.

11. In zoverre de verzoekende partij kritiek uit op de afwezigheid van een specifieke passage over de “andere medewerkers” bij de evaluatie van de offerte van de gekozen inschrijver, valt op te merken dat uit de omschrijving van het subgunningscriterium in het bestek duidelijk blijkt dat onder het beoordelingselement ‘Toegewijd team voor bpost’ zowel de chauffeurs als de andere medewerkers worden begrepen.

Op het eerste gezicht gaat de verzoekende partij in haar grief voorbij aan de meer positieve beoordeling die de offerte van de gekozen inschrijver heeft behaald wat de chauffeurs betreft en die op zich reeds van aard lijkt om een puntenverschil tussen de beide offertes te verantwoorden.

Het gegeven dat in de motivering inzake de gekozen inschrijver, na de beoordeling van het toegewijd team van chauffeurs, geen passage is opgenomen over de andere medewerkers, lijkt voorts te kunnen worden verklaard door het feit dat er voor dat element, wat de offerte van de gekozen inschrijver betreft, anders dan wat geldt voor de verzoekende partij, geen bijzondere waardering in min is.

Anders dan de verzoekende partij het ziet, blijkt voorts uit het gunningsverslag dat de verwerende partij bij haar beoordeling ook rekening heeft gehouden met het team van medewerkers (niet-chauffeurs) zoals aangeboden door de gekozen inschrijver, hetgeen onder meer bevestiging vindt in de vermelding van een toegewezen accountmanager/SPOC (‘Single Point of Contact’) bij de overige zaken die door de gekozen inschrijver worden aangeboden, wat luidens punt 3.5.2 van het bestek de voorkeur geniet.

De verzoekende partij kan op het eerste gezicht dan ook niet worden bijgevalen in de mate dat zij op dit punt een belangrijk verschil in behandeling ontwaart bij de beoordeling van de beide offertes.

12. Wat de grief van de verzoekende partij betreft inzake de beoordeling van het beoordelingselement ‘Klachtenbehandeling’, wordt op het eerste gezicht met de verwerende partij vastgesteld dat dit beoordelingselement ook voor de gekozen inschrijver concreet wordt geëvalueerd. In het gunningsverslag wordt wat de gekozen inschrijver betreft immers zowel het klachtenbehandelingssysteem zelf, als de opname van dit systeem in de SLA beschreven. Er blijkt op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij de grenzen van haar beoordelingsruimte te buiten is gegaan door niet specifiek uit te weiden over de responstijd van de gekozen inschrijver, of door vast te stellen dat geen melding wordt gemaakt van permanentie of back-up inzake klachtenbehandeling. Uit het verzoekschrift blijkt dat de verzoekende partij de vermelding van een mobiel nummer voor contact bij logistieke en dringende problemen zelf veeleer kadert in het beoordelingselement ‘helpdesk/dispatch’. De vermelding dat de verzoekende partij niet beschikt over een structureel klachtenbehandelingssysteem terwijl de gekozen inschrijver dit systeem wel voorhanden heeft, lijkt een verschillende beoordeling voor beide offertes inzake het beoordelingselement ‘Klachtenbehandeling’ te kunnen verantwoorden.

13. In zoverre de verzoekende partij wat het beoordelingselement ‘helpdesk/dispatch’ voorts aanvoert dat de vermelding van een te contacteren mobiel nummer bij logistieke en dringende problemen ten onrechte niet als pluspunt in haar offerte in aanmerking zou zijn genomen, lijkt zij op het eerste gezicht eraan voorbij te gaan dat uit de beoordeling in het gunningsverslag blijkt dat de gekozen inschrijver beschikt over een permanente helpdesk/dispatch, en dus niet enkel over een mobiel nummer op basis waarvan contact kan worden opgenomen met de verantwoordelijke planning en in diens afwezigheid met de zaakvoerder.

14. In zoverre de verzoekende partij nog doet gelden dat, wat haar offerte betreft, het onderdeel ‘Anticiperen en reageren op problematische situaties/klachten’ niet uitdrukkelijk is beoordeeld, wordt in herinnering gebracht

dat de beoordelingselementen die in het bestek bij het subgunningscriterium ‘Verbintenis inzake Kwaliteit’ zijn opgesomd, te dezen geen sub-subgunningscriteria lijken te zijn en bijgevolg geen afzonderlijke motivering per onderdeel lijken te vergen.

15. De verzoekende partij lijkt ten slotte niet te kunnen worden bijgevalen in haar grief dat het bestek niet vermeldt dat het aspect veiligheid zou worden geëvalueerd, om welke reden het ontbreken van een vermelding ter zake in haar offerte ook niet in negatieve zin zou kunnen worden beoordeeld.

Naast de vaststelling dat de beoordelingselementen bij de omschrijving van het subgunningscriterium ‘Verbintenis inzake Kwaliteit’ op niet-limitatieve wijze worden opgesomd, blijkt onder punt 3.5 van het bestek immers, eveneens in relatie tot het voormelde subgunningscriterium, op meerdere plaatsen te worden verwezen naar aspecten van veiligheid. Daarnaast wordt ook in punt 2.18 van het bestek bepaald dat de opdrachtnemer waarborgt dat de te leveren diensten stroken met de bestaande veiligheidsnormen.

Er blijkt op het eerste gezicht dan ook niet dat de verwerende partij de grenzen van haar beoordelingsruimte te buiten is gegaan door bij de beoordeling van het subgunningscriterium ‘Verbintenis inzake Kwaliteit’ met aspecten van veiligheid rekening te houden. Uit het gunningsverslag blijkt bovendien dat ook bij de beoordeling van de offerte van de gekozen inschrijver rekening werd gehouden met het aspect veiligheid.

16. In zoverre de verzoekende partij in een schrijven van 15 april 2024 en ter terechtzitting nog bijkomend opwerpt dat op 16 januari 2024 een “toelichtingsmoment” plaatsvond en dat de bestreden beslissing niet afdoende gemotiveerd zou zijn op dit punt, geeft zij een nieuwe wending aan haar middel waarvan zij niet aantoont dat zij dit niet reeds in haar verzoekschrift kon ontwikkelen.

Voorts heeft de verwerende partij, in antwoord op de bijkomende grief van de verzoekende partij dat geen enkel stuk van het administratief dossier beschrijft op welke wijze deze presentaties zijn verlopen en

dus uit niets blijkt dat deze presentaties hebben plaatsgevonden in overeenstemming met de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie, en concurrentie, het administratief dossier vervolledigd met interne verslagen van voormelde toelichtingsmomenten van 16 januari 2024 voor de beide inschrijvers. Uit de beide verslagen, die als vertrouwelijk werden neergelegd maar die de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt op het eerste gezicht dat dit toelichtingsmoment voor de beide inschrijvers op dezelfde wijze werd gestructureerd aan de hand van de toepasselijke gunningscriteria, zodat op het eerste gezicht niet blijkt dat de inschrijvers hierbij ongelijk werden behandeld.

17. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

18. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 120 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, de artikelen 4 en 5 van de rechtsbeschermingswet, het materiële motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij vat het middel als volgt samen:

“Verwerende partij heeft gekozen voor de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging overeenkomstig artikel 120 Wet overheidsopdrachten. Uit de bestreden beslissing blijkt niet dat onderhandelingen met de inschrijvers hebben plaatsgevonden. Door niet te motiveren waarom er niet is overgegaan tot onderhandelingen, schendt verwerende partij de artikelen 2 en 3 Wet motivering bestuurshandelingen, in samenhang gelezen met artikel 120 Wet overheidsopdrachten.”

Ook al wordt er in het bestek gesteld dat de verwerende partij geenszins verplicht is over te gaan tot onderhandelingen, wordt er in de bestreden beslissing geen enkele motivering gegeven waarom er is beslist om niet tot onderhandelingen over te gaan. Voor zover de verwerende partij heeft gekozen voor een procedure met onderhandeling, mag er door de inschrijvers

redelijkerwijze worden verwacht dat de verwerende partij dergelijke onderhandelingen zou aangaan, zelfs in het geval dat het bestek toelaat om dit niet te doen.

Beoordeling

19. Artikel 120 van de wet overheidsopdrachten 2016, dat van toepassing is op de overheidsopdrachten in de speciale sectoren zoals de onderhavige opdracht, luidt:

“§ 1. In onderhandelingsprocedures met voorafgaande oproep tot mededinging kan elke ondernemer een aanvraag tot deelneming indienen naar aanleiding van een oproep tot mededinging, door de aanbestedende entiteit gevraagde informatie voor de selectie.

Voor de opdrachten waarvan het geraamd bedrag gelijk is aan of hoger ligt dan de drempels voor de Europese bekendmaking, is de minimumtermijn voor ontvangst van de aanvragen tot deelneming in het algemeen niet minder dan dertig dagen vanaf de verzenddatum van de aankondiging van opdracht of van het verzoek tot bevestiging van belangstelling, of wanneer een periodieke indicatieve aankondiging als oproep tot mededinging wordt gebruikt, van het verzoek tot bevestiging van belangstelling, en bedraagt in geen geval minder dan vijftien dagen.

[...]

§ 2. Alleen de ondernemers die na beoordeling van de verstrekte informatie daartoe door de aanbestedende entiteit worden uitgenodigd, kunnen aan de onderhandelingen deelnemen. De aanbestedende entiteit kan in overeenstemming met artikel 149, lid 2, het aantal geschikte kandidaten die tot deelneming aan de procedure wordt uitgenodigd, beperken.

De termijn voor ontvangst van de offertes kan in onderling overleg tussen de aanbestedende entiteit en de geselecteerde kandidaten worden vastgesteld, mits alle geselecteerde kandidaten evenveel tijd krijgen om hun offertes voor te bereiden en in te dienen.

Wanneer er geen overeenstemming is over de termijn voor ontvangst van de offertes, bedraagt die termijn tenminste tien dagen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving.

§ 3. De Koning kan de bijkomende procedurele regels bepalen die van toepassing zijn op de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging.”

20. Uit die bepaling kan op het eerste gezicht niet worden afgeleid dat daadwerkelijke onderhandelingen steeds verplicht zijn.

Bovendien wordt in punt I.14 van het bestek, waarin het verloop van de onderhandelingen wordt beschreven, uitdrukkelijk het volgende opgemerkt:

“bpost zal, in functie van de beoordeling van de offertes, kunnen overgaan tot onderhandelingen. bpost is geenszins verplicht dit te doen.”

Op het eerste gezicht wordt dan ook vastgesteld dat de aanbestedende entiteit zich in de opdrachtdocumenten uitdrukkelijk de mogelijkheid heeft voorbehouden om de opdracht te gunnen op basis van de initiële offertes, zonder onderhandeling. Hierdoor werden de deelnemers aan de plaatsingsprocedure gewaarschuwd dat zij onmiddellijk hun beste offerte moesten indienen.

Er blijkt dan ook niet dat de verwerende partij gehandeld heeft in strijd met de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen door niet over te gaan tot onderhandelingen.

Dit geldt des te meer nu de in het geding zijnde opdracht wordt geplaatst in de speciale sectoren. In tegenstelling tot de klassieke sectoren, lijkt het beroep op de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging, procedure die analoog is met de onderhandelingsprocedure met bekendmaking in de klassieke sectoren, niet onderworpen te zijn aan enige voorwaarde. Overigens bestaat op het eerste gezicht, op grond van artikel 38, § 5, van de wet overheidsopdrachten 2016, zelfs in de klassieke sectoren de mogelijkheid om de opdracht te gunnen op basis van de initiële offertes zonder onderhandeling, indien de aanbestedende overheid zich de mogelijkheid daartoe heeft voorbehouden in de aankondiging van de opdracht.

21. In zoverre de verzoekende partij betoogt dat in de bestreden beslissing niet is gemotiveerd waarom niet is onderhandeld, blijkt op het eerste gezicht niet dat het niet voeren van onderhandelingen een beslissing uitmaakt die op grond van de in het middel aangehaalde bepalingen uitdrukkelijk dient te worden gemotiveerd, te meer omdat het bestek uitdrukkelijk toelaat om over te gaan tot gunning van de opdracht op grond van de initiële offertes.

In het licht van het voorgaande is de verwijzing naar het door de verzoekende partij aangehaalde arrest nr. 225.751 van de Raad van State van 9 december 2013, bvba Bru-Arch Atelier d’Architecture de Bruxelles e.a. niet dienstig. In die zaak ging het immers om feiten die niet vergelijkbaar zijn met de huidige zaak, namelijk een beslissing om alleen verder te onderhandelen met één welbepaalde inschrijver en dus niet verder te onderhandelen met de overige inschrijvers, waarbij bovendien voor alle inschrijvers nog talrijke vragen onbeantwoord bleven.

22. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

23. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4, 66, 68, 73, § 3, en 151 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 68 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’, de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, het materiële motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel en de beginselen van gelijke behandeling, niet-discriminatie en concurrentie. Zij verwijt de verwerende partij eveneens een kennelijk onzorgvuldige beoordeling.

Zij vat het middel als volgt samen:

“Artikel 73, § 3, tweede lid, Wet Overheidsopdrachten verplicht de aanbestedende overheid om vóór de gunning van de opdracht voor de inschrijver aan w[i]e zij beslist heeft de opdracht te gunnen, de afwezigheid van uitsluitingsgronden die verband houden met sociale en fiscale schulden (bedoeld in artikel 68 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017) na te gaan.

In de bestreden beslissing wordt geen melding gemaakt van het feit of de verwerende partij vóór de gunning van de opdracht heeft gecontroleerd of Eurobussing geen sociale of fiscale schulden heeft.

Bijgevolg is de bestreden beslissing onwettig en kon de opdracht niet aan Eurobussing worden gegund.”

De verzoekende partij licht toe dat de aanbestedende overheid moet aantonen dat de nodige verificaties zijn uitgevoerd en geactualiseerd voor de gunning van de opdracht. Uit de bestreden beslissing blijkt volgens de verzoekende partij niet dat de verwerende partij de vereiste verificaties en actualisering van de informatie betreffende de afwezigheid van sociale en fiscale schulden heeft uitgevoerd in hoofde van de gekozen inschrijver vóór de opdracht aan hem is gegund.

Beoordeling

24. In het derde middel worden in essentie twee grieven aangevoerd: er blijkt niet dat de verwerende partij vóór de gunning van de opdracht, wat de gekozen inschrijver betreft, de afwezigheid van uitsluitingsgronden die verband houden met sociale en fiscale schulden heeft nagegaan, en in de bestreden beslissing wordt geen melding gemaakt van dit onderzoek.

25. Wat het beweerd gebrek aan formele motivering betreft, lijkt de verzoekende partij in de eerste plaats eraan voorbij te gaan dat de plaatsingsprocedure in twee fasen verloopt en dat het onderzoek van de uitsluitingsgronden, wat de fiscale en sociale schulden betreft, te dezen reeds blijkt uit de selectiebeslissing van 19 oktober 2023. Daarin wordt zowel wat het RSZ-attest als het fiscaal attest in hoofde van de gekozen inschrijver de vermelding “OK” opgenomen en wordt geconcludeerd dat geen enkele kandidaat het voorwerp uitmaakt van een uitsluitingsgrond.

Anders dan de verzoekende partij het ziet, lijkt op het eerste gezicht van de aanbestedende entiteit niet vereist te worden dat zij, wanneer er volgens haar geen uitsluitingsproblemen rijzen, voor elk mogelijk element dat tot uitsluiting zou kunnen leiden, 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. Het volstaat dat uit het administratief dossier blijkt dat de kandidaten wel degelijk zijn getoetst aan de uitsluitingsgronden en dat er daarbij geen bijzondere problemen zijn gerezen.

26. Uit het administratief dossier lijkt bovendien op het eerste gezicht te mogen worden afgeleid dat er niet zomaar over de uitsluitingsfase van de plaatsingsprocedure werd heengestapt en dat er wel degelijk een onderzoek van de uitsluitingsgronden met betrekking tot de fiscale en sociale schulden in hoofde van de gekozen inschrijver heeft plaatsgevonden, en dit niet alleen in de selectiefase maar nogmaals aan de hand van bijgewerkte documenten voor de gunning van de opdracht. Het vertrouwelijk stuk 16 ‘Interne communicatie controle attesten (uitsluitingsgronden) d.d. 22 februari 2024’ van het administratief dossier lijkt dit te bevestigen. De verwerende partij legt als vertrouwelijke stukken van het administratief dossier ook attesten neer van februari en maart 2024 waaruit blijkt dat zij de betrokken uitsluitingsgronden in hoofde van de gekozen inschrijver voor de gunning heeft onderzocht en dat zij op grond daarvan op het eerste gezicht kon besluiten dat de gekozen inschrijver zich niet bevond in een situatie van verplichte uitsluiting.

27. Het derde middel is niet ernstig.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

28. Een vierde middel is genomen uit de onbevoegdheid van de steller van de akte en uit de schending van artikel 169 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 11 en 17 van de wet van 21 maart 1991 ‘betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven’ (hierna: wet van 21 maart 1991), de statuten van Bpost zoals bekendgemaakt in de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad van 5 juni 2020, de artikelen 4 en 5 van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet en het materiële motiveringsbeginsel.

De verzoekende partij vat het middel als volgt samen:

“Er blijkt niet uit de bestreden beslissing dat deze genomen is door het bevoegd orgaan, namelijk de Raad van bestuur/CEO. Hoewel het toebehoort aan de Raad van bestuur/CEO om zulke beslissing te nemen, behoudens delegatie. Zulk bewijs van subdelegatie ligt niet voor.

De bestreden beslissing is aldus genomen door een onbevoegde steller en is also onwettig.

In ondergeschikte orde, kan de akte van subdelegatie [...] in geen geval een geldige grondslag vormen voor de bevoegdheid van de stellers van de bestreden beslissing.”

Zij licht toe dat niet blijkt dat de opdrachtdocumenten (bestek), de selectiebeslissing en gunningsbeslissing genomen zijn door de raad van bestuur of de gedelegeerd bestuurder/CEO. De gunningsbeslissing is ondertekend door drie personen die geen lid zijn van de raad van bestuur, noch de hoedanigheid van gedelegeerd bestuurder/CEO hebben. Men weet niet onder welk mandaat of bevoegdheid zij handelen. Zij maken klaarblijkelijk deel uit van het “team Procurement”. Een bewijs van delegatie van bevoegdheid ligt evenwel niet voor, noch een bewijs van subdelegatie.

In ondergeschikte orde, in de hypothese dat de verwerende partij zich voor het bewijs van subdelegatie zou beroepen op de door de verzoekende partij als stuk 6 voorgelegde sub-delegatie ‘Procurement: subdelegation of powers’, werpt de verzoekende partij op dat deze akte van subdelegatie in geen geval een geldige grondslag kan vormen omdat deze akte niet gepubliceerd is en derhalve niet tegenstelbaar is aan haar, omdat deze akte is opgesteld in het Engels, hetgeen volgens haar in strijd is met de wetten van 18 juli 1966 ‘op het gebruik van de talen in bestuurszaken’ aangezien zij de verwerende partij beschrijft als een “centrale dienst”, en ten slotte omdat de voorafgaande goedkeuring van de “(lead) buyer” en de “lead internal customer” zou ontbreken.

Beoordeling

29. Artikel 11, § 2, eerste lid, van de wet van 21 maart 1991, waarvan de schending wordt ingeroepen, luidt:

“§ 2. De opdrachten voor de aanneming van werken, leveringen en diensten worden gegund bij of krachtens beslissing van de raad van bestuur van het overheidsbedrijf. De raad van bestuur duidt de opdrachten aan waarvan de gunning behoort tot de uitsluitende bevoegdheid van het directiecomité alsmede de opdrachten waarvoor de beslissing door het comité mag worden gesubdelegeerd.”

Luidens artikel 17, § 1, eerste lid, van diezelfde wet, waarvan eveneens de schending wordt ingeroepen, is de raad van bestuur bevoegd om alle handelingen te verrichten die nodig of dienstig zijn tot verwezenlijking van het doel van het overheidsbedrijf.

30. De statuten van de verwerende partij bepalen in artikel 18, §§ 1 en 2, onder meer, dat de raad van bestuur bevoegd is om alle handelingen te verrichten die nodig of dienstig zijn tot verwezenlijking van het voorwerp van de vennootschap, behoudens die waarvoor volgens de wet of de statuten de algemene vergadering van aandeelhouders bevoegd is. De raad van bestuur kan daarbij bijzondere en beperkte bevoegdheden delegeren aan de gedelegeerd bestuurder en aan andere personen. De subdelegatie van deze bevoegdheden is toegestaan, tenzij anders bepaald.

Artikel 25, § 2 van de statuten voegt hieraan toe dat de gedelegeerd bestuurder belast is met de uitvoering van de besluiten van de raad van bestuur en de bijzondere bevoegdheden die hem/haar door de raad van bestuur worden toegekend overeenkomstig artikel 18, § 2.

31. Met een beslissing van 30 juni 2017, bekendgemaakt in de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad van 16 november 2017, delegeert de raad van bestuur van de verwerende partij onder meer de volgende bevoegdheden aan de CEO die alleen en met recht van indeplaatsstelling optreedt:

“Aankoop van werken, producten en diensten

- Opdrachten of contracten voor de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten aan bpost waarvoor de totale kost per opdracht of contract of reeksen van gerelateerde opdrachten of contracten de 10.000.000 euro niet overschrijdt.

Om alle twijfel weg te nemen wordt er gespecificeerd dat deze bevoegdheden eveneens het volgende omvatten (maar er niet toe beperkt zijn): de bevoegdheid om te beslissen over offerteaanvragen, bestekken, contracten, notariële of andere authentieke akten en aankooporders, en om ze aan te gaan en te ondertekenen; en de bevoegdheid om beslissingen te nemen over, bv. de start of de stopzetting van aanbestedingen, de selectie van kandidaten, de gunning van contracten, met inbegrip van de gunning van contracten op basis van een bestaande raamovereenkomst, de beëindiging van contracten en andere gerelateerde documenten. Er wordt ook gespecificeerd dat de levering van producten ook het volgende omvat (maar

er niet toe beperkt is): de aankoop, verkoop, huur, huurkoop of verhuur van roerende goederen.”

32. Op grond van deze bepaling lijkt de CEO van de verwerende partij bevoegd te zijn om de opdrachtdocumenten goed te keuren en de selectiebeslissing en de gunningsbeslissing te nemen.

Zoals wordt voorzien in de voormelde bepalingen van de wet van 21 maart 1991, de statuten en de hierboven vermelde delegatie, blijkt de CEO de bevoegdheden, die de raad van bestuur hem op 30 juni 2017 heeft gedelegeerd, via diverse volmachten van verschillende datum verder te hebben doorgegeven.

33. In zoverre het middel steunt op de hypothese dat de verwerende partij zich voor het bewijs van subdelegatie zou beroepen op de door de verzoekende partij als stuk 6 voorgelegde subdelegatie ‘Procurement: subdelegation of powers’ van 17 april 2022 (datum van de laatste ondertekening) en zij diverse redenen inroept waarom deze akte van subdelegatie geen geldige bevoegdheidsgrondslag kan vormen, mist het middel feitelijke grondslag. Op het eerste gezicht steunt immers geen van de voormelde beslissingen op deze subdelegatie van 17 april 2022.

34. Wat de bestreden gunningsbeslissing betreft, verwijst de verwerende partij naar de in het Nederlands gestelde subdelegatie van de CEO van 28 november 2023, die deel uitmaakt van het administratief dossier, en die ondertekend blijkt te zijn door de CEO. Daaruit blijkt op het eerste gezicht dat de thans bestreden gunningsbeslissing kan worden genomen door het *Head of Procurement*, de *Cluster Manager Procurement* en de *Category Expert*, die gezamenlijk moeten handelen.

Uit de bestreden beslissing blijkt dat deze is ondertekend door de drie voormelde personen. Met de verwerende partij wordt voorts vastgesteld dat de gemotiveerde gunningsbeslissing ook goedgekeurd werd door de “lead buyer” voor de opdracht.

In zoverre de verzoekende partij betoogt dat de bestreden gunningsbeslissing genomen werd door een onbevoegde persoon, lijkt zij dan ook niet te kunnen worden bijgevalen.

35. Voorts blijkt uit het administratief dossier op het eerste gezicht dat ook het bestek en de selectiebeslissing werden goedgekeurd en genomen door de daartoe bevoegde personen, overeenkomstig de op dat moment geldende subdelegatie gedateerd op 28 september 2023, die eveneens door de CEO werd ondertekend. Met de verwerende partij kan immers worden vastgesteld dat het bestek werd goedgekeurd door de *Cluster Manager Procurement*, de *Category Expert* en de *lead buyer*. Ook de selectiebeslissing lijkt te zijn goedgekeurd door de *lead buyer* en geldig genomen te zijn door het *Head of Procurement*, de *Cluster Manager* en de *Category Expert*.

36. In een schrijven van 15 april 2024 en ter terechtzitting voert de verzoekende partij nog aan dat uit de stukken van het administratief dossier evenmin blijkt dat de selectieleidraad door het bevoegde orgaan is vastgesteld.

Anders dan de verzoekende partij het ziet, blijkt uit de vermelding “opdrachtdocumenten (bestek)” in haar verzoekschrift niet op voldoende duidelijke wijze dat zij hiermee ook de selectieleidraad beoogde en blijken in elk geval noch de verwerende partij, noch de tussenkomenende partij het middel in die zin te hebben begrepen.

De verzoekende partij geeft dan ook een nieuwe wending aan haar middel waarvan zij niet aantoont dat zij dit niet reeds in haar verzoekschrift kon ontwikkelen.

Overigens wordt vastgesteld dat de verwerende partij in antwoord op deze bijkomende grief nog een door de CEO ondertekende subdelegatie van 21 november 2022 heeft voorgelegd en dat de goedkeuring van de selectieleidraad dus evenmin gegrond blijkt te worden op de voormelde subdelegatie van 17 april 2022.

37. Voor het eerst ter terechtzitting werpt de verzoekende partij ook nog op dat de subdelegaties waarop de voormelde beslissingen zijn gesteund haar niet tegenstelbaar zouden zijn omdat zij haar niet ter kennis werden gebracht en zij evenmin werden gepubliceerd.

Zoals hiervoor reeds is gebleken, lijkt zowel wettelijk als statutair in de mogelijkheid tot subdelegatie te zijn voorzien en werd ook de delegatie aan de CEO van 30 juni 2017, waaruit een “recht van indeplaatsstelling” blijkt, bekendgemaakt in de bijlagen bij het *Belgisch Staatsblad*. De verzoekende partij laat na uiteen te zetten op welke wijze het gebrek aan bekendmaking van de wettelijke en statutair toegestane verdere “sub-delegatie” waarbij de CEO de *Head of Procurement*, de *Cluster Manager Procurement* en de *Category Expert* machtigt om de voormelde beslissingen te nemen, een schending zou inhouden van de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen.

38. Het vierde middel is niet ernstig.

VII. Besluit

39. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

VIII. Kosten

40. De tussenkomende partij vraagt om haar kosten, rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, ten laste van de verzoekende partij te leggen.

De kosten van de tussenkomst zijn ten laste van de tussenkomende partij, die door artikel 30/1, § 2, laatste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, uitdrukkelijk van het verkrijgen van een rechtsplegingsvergoeding wordt uitgesloten.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Eurobussing Brussels tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. 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.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op dertig april tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Inge Vos,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

Greta Scheveneels

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Inge Vos