RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 233.448 van 12 januari 2016
in de zaak A. 217.863/XII-7975

In zake: de NV CIPAL IT SOLUTIONS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Roggen
kantoor houdend te 3530 Houthalen
Greenville-Centrum Zuid 1111
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 17 december 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van de minister van Veiligheid en Binnenlandse Zaken d.d. 19 november 2015 in het kader van de door de Belgische Staat - vertegenwoordigd door de Algemene Directie Crisiscentrum van de FOD Binnenlandse Zaken - uitgeschreven overheidsopdracht voor de ontwikkeling/ onderhoud/aanpassing van een 'Federal Incident & Crisis Management System', waarbij de offerte van de THV Cemac-GDI als voordeligste regelmatige offerte wordt beoordeeld en de opdracht aan voornoemde inschrijver 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 5 januari 2016, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Filip Lahaye en Linde Bevenage, die *loco* advocaat Jan Roggen verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Valery Schalenbourg, die *loco* advocaat Stijn Butenaerts verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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 Belgische Staat, Algemene Directie Crisiscentrum van de Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken, schrijft een opdracht uit voor de aanneming van diensten betreffende de ontwikkeling en het onderhoud van een veiligheidsportaal voor noodplanning en crisisbeheer. Het portaal beoogt de samenwerking te faciliteren – binnen een beveiligde omgeving – tussen de diverse disciplines (hulp- en interventiediensten) en overheden (op gemeentelijk, provinciaal, regionaal en federaal niveau), zowel in de voorbereiding op als in het beheer van noodsituaties.

Er wordt een opdrachtencentrale opgericht waarbij de organiserende overheid fungeert als aanstuurder voor de diverse niet-aansturende

partneroverheden, zoals gemeentelijke overheden, regionale overheden en federale overheidsdiensten betrokken bij noodplanning en crisisbeheer.

Er wordt gekozen voor de procedure van de onderhandelings-procedure met bekendmaking.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 24 juni 2015 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 27 juni 2015.

3.3. Op 6 augustus en 16 september 2015 gaat de verwerende partij over tot de selectie van de kandidaten.

3.4. Op de opdracht is het bestek CC/2015/ICMS van toepassing.

3.5. Acht inschrijvers dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij.

3.6. Op 27 oktober 2015 beslist de verwerende partij de offertes van vier inschrijvers te weren als substantieel onregelmatig en de vier overige inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, op te nemen op een “shortlist”.

3.7. Na onderhandelingen dienen deze vier inschrijvers alle nog een BAFO-offerte in.

3.8. De toetsing van de BAFO-offertes aan de gunningscriteria, leidt tot de volgende samenvattende puntentabel:

FIRMA	Pn (P) (40%)	Pn (Q) (60%)
Cipal IT Solutions nv	40	38,845
Layer Cake	25,42	24,22
Thales	31,66	39,17
THV Cemac - DGI	33,94	46,945

Aldus beslist de verwerende partij op 19 november 2015 om de opdracht te gunnen aan de THV Cemac-DGI die de hoogste eindquotatie heeft behaald.

3.9. Bij aangetekende brief en e-mailbericht van 2 december 2015 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de bestreden beslissing.

Bij brief van 8 december 2015 verstrekt de verwerende partij nog aanvullende toelichtingen, waaronder de kwalitatieve motivering van de jury voor elk van de vier BAFO offertes.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

5. Voorafgaandelijk valt op te merken dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift maar liefst acht middelen aanvoert, waarin vaak nog diverse onderdelen kunnen worden ontwaard, de schending van een veelheid aan rechtsnormen wordt ingeroepen, aldus een uitvoerig betoog ontwikkelend waardoor, gelet op de contraintes van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zoals de huidige, de Raad van State zich dient te beperken tot het beoordelen van wat zich in dat betoog *prima facie* als duidelijke grief aandient.

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: overheidsopdrachten-wet)‘, van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, van artikel 107, eerste lid, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, evenals van het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel en van de vereiste van een “afdoende materiële motivering”.

In het middel kunnen drie onderdelen worden ontwaard.

Eerste onderdeel

7. De verzoekende partij voert aan dat de *in casu* uitgevoerde beoordeling door de jury “onwettig” zou zijn en “in strijd met het bestek”, meer

bepaald dat de initiële offertes van de inschrijvers “wat betreft de kwaliteitscriteria” niet zouden zijn beoordeeld door de jury, maar door medewerkers van de FOD Binnenlandse zaken, en dat de jury slechts kennis kon nemen van een door hen opgemaakte synthese. Het is volgens haar” niet duidelijk” of ook de beoordeling van de BAFO offertes op dezelfde wijze is gebeurd.

Beoordeling van het eerste onderdeel

8. Het bestek vermeldt als gunningscriteria het criterium ‘Kwaliteit’ enerzijds (60%) en het criterium ‘Prijs’ anderzijds (40%). Het gunningscriterium “Kwaliteit” wordt als volgt in het bestek opgedeeld in gewogen subgunningscriteria:

> “1. Kwaliteit en rijkdom van de functionaliteiten van de oplossing (30%)
> o Kwaliteit en rijkdom van de crisis-functionaliteiten van de oplossing
> o Kwaliteit en rijkdom van de mogelijkheden inzake (data)beheer van de oplossing
> o Kwaliteit en rijkdom van de aanvullende mogelijkheden van de oplossing
>
> 2. Kwaliteit van de door de inschrijver aangeboden ondersteunende diensten (10%)
> o Kwaliteit van het beheer van de installaties en de storingen
> o Kwaliteit van de opleiding en opvolging van de gebruikers
> o Kwaliteit van de aangeboden documentatie
>
> 3. Kwaliteit van de door de inschrijver voorgestelde architectuur (10%)
> o Sterkte van de architectuur
> o Capaciteit van de oplossing
>
> 4. Ergonomische kwaliteit van de interface (10%)
> o Gebruiksvriendelijkheid
> o Kwaliteit van de interface.”

9. Er valt op het eerste gezicht niet in te zien welk belang de verzoekende partij heeft bij haar kritiek inzake de wijze van beoordeling door de jury bij de opstelling van de shortlist, waarin zij overigens is opgenomen, aangezien de bestreden gunningsbeslissing lijkt te steunen op een nieuwe beoordeling door de jury, namelijk van de BAFO-offertes.

10. Voorts en ten overvloede, wat het vierde subgunningscriterium “Ergonomische kwaliteit van de interface” betreft, voorziet het bestek in een beoordeling door een jury aan de hand van een demonstratie. De besteksbepalingen inzake de demonstratie en de samenstelling van de jury bij de demonstratie lijken enkel van toepassing voor de beoordeling van dit subgunningscriterium.

11. Uit de stukken van het administratief dossier blijkt op het eerste gezicht dat dergelijke demonstratie heeft plaatsgevonden en dat voormeld subgunningscriterium “Ergonomische kwaliteit van de interface” effectief door een jury en aan de hand van een demonstratie werd beoordeeld. Wat de beoordeling van het vierde subgunningscriterium betreft, lijkt het middelonderdeel dan ook in elk geval niet ernstig.

12. Wat de overige subgunningscriteria betreft, blijkt op het eerste gezicht uit de stukken van het administratief dossier dat zij eveneens telkens door “een jury” werden beoordeeld. De verwerende partij lijkt daarbij terecht op te merken dat geen enkele besteksbepaling voorschrijft dat de jury die belast werd met de quotering en beoordeling van de demonstratie, “tevens in dezelfde samenstelling zou dienen te oordelen over alle andere (sub)gunningscriteria uit het bestek”.

De individuele juryleden blijken ook alle de motivering van de bestreden beslissing te hebben ondertekend.

In tegenstelling tot wat het geval is bij de motivering van de beslissing tot vaststelling van de shortlist, wordt in de motivering van de bestreden gunningsbeslissing bovendien nergens vermeld dat slechts een “synthese” van de offertes zou zijn voorgelegd aan de juryleden.

13. In het licht van voormelde omstandigheden maakt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de beslissing inzake het opstellen van de shortlist, laat staan de bestreden gunningsbeslissing, louter zou zijn genomen op grond van een beoordeling door een jury van een “synthese” van de offertes.

Het eerste middelonderdeel van het eerste middel is dan ook niet ontvankelijk, minstens niet ernstig.

Tweede onderdeel

14. In wat als een tweede onderdeel kan worden beschouwd, voert de verzoekende partij aan dat het ‘derde deelcriterium’ – ‘Kwaliteit en rijkdom van de aanvullende mogelijkheden van de oplossing’ – van het eerste kwaliteits-criterium “kwaliteit en rijkdom van de functionaliteiten van de oplossing” door de aanbestedende overheid niet in aanmerking zou zijn genomen.

Beoordeling van het tweede onderdeel

15. De verzoekende partij lijkt geen belang te hebben bij dit onderdeel van het middel.

Vastgesteld lijkt immers te moeten worden dat de enige zogenaamde “aanvullende mogelijkheid” waar de verzoekende partij in haar verzoekschrift op concrete wijze naar verwijst en waarmee de verwerende partij aldus volgens haar geen rekening zou hebben gehouden, de flexibliteit betreft ingevolge het aantal bijkomende beschikbare mandagen op jaarbasis, die zij in haar offerte zou hebben aangeboden die kunnen worden benut voor de ontwikkeling van “adaptieve en correctieve aanpassingen”.

Op het eerste gezicht dient echter te worden vastgesteld dat de realisatie van adaptieve en correctieve aanpassingen aan het ICMS volgens het bestek deel uitmaakt van de centrale ondersteuning van het ICMS, wat aldus lijkt te moeten worden beoordeeld bij het tweede subgunningscriterium “kwaliteit van de door de inschrijver aangeboden ondersteunende diensten” en dus niet bij het eerste subgunningscriterium.

Ook de verzoekende partij lijkt dit zelf zo te hebben begrepen in haar offerte aangezien zij voormelde beschikbare mandagen in haar (eerste) offerte niet opneemt onder de titel “beschrijving van de oplossing”, doch wel onder de titels “organisatie en werking” - “centrale ondersteuning”.

Uit het gunningsverslag blijkt overigens dat bij de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij voor het subgunningscriterium “kwaliteit van het beheer van de installaties en de storingen” gewezen wordt op de “full-ondersteuning” en de zeer grote flexibiliteit van de verzoekende partij.

Daartegenover staat bovendien dat uit de offerte van de gekozen inschrijver blijkt dat deze een zeer groot aantal aanvullende mogelijkheden van de oplossing heeft aangeboden en dit, in tegenstelling tot de verzoekende partij, expliciet bij de “functionaliteiten van de oplossing”.

16. Ook het tweede onderdeel lijkt dus niet te kunnen worden aangenomen.

Derde onderdeel

17. Ten slotte argumenteert de verzoekende partij in een derde onderdeel nog op dat de ingediende offertes klaarblijkelijk niet zijn beoordeeld op grond van de door de aanbestedende overheid in het bestek vooropgestelde beoordelingsmethodiek.

Beoordeling van het derde onderdeel

18. Het bestek voorziet onder rubriek 13.4.2 in de volgende beoordelingsmethodiek wat de vier subcriteria van het gunningscriterium ‘Kwaliteit’ betreft:

“Elk van de criteria zal gequoteerd worden volgens onderstaande tabel :

Evaluatie	Quotatie
Voldoet boven de verwachtingen	Pn= tussen 17 en 20
Voldoet aan de verwachtingen	Pn= tussen 13 en 16
Voldoet deels aan de verwachtingen	Pn= tussen 9 en 12
Voldoet niet aan de verwachtingen	Pn= tussen 0 en 8

Daarna worden de verschillende punten opgeteld, rekening houdend met hun weging tot de kwaliteit.
Pn1*30/20 + Pn2*10/20 + Pn3*10/20 + Pn4*10/20 = PnQ
waarbij:
Pn de door inschrijver n behaalde quotatie is."

19. De verzoekende partij bekritiseert de door de verwerende partij gehanteerde werkwijze die er voor de betrokken subcriteria lijkt in te bestaan om een quotering toe te kennen op grond van het berekende gemiddelde van de door de afzonderlijke juryleden toegekende individuele quoteringen en vervolgens deze globale score van de jury per subgunningscriterium tevens te onderbouwen met een beschrijvende evaluatie.

20. Dergelijke werkwijze lijkt echter op het eerste gezicht niet onverzoenbaar met voormelde in het bestek vooropgestelde beoordelings-methodiek waarbij enerzijds wordt voorzien in een beoordeling door een jury en anderzijds in de toekenning per criterium van een cijfer tussen 0 en 20 punten.

21. Onder punt 10.1. van het bestek wordt overigens wat de beoordeling van de demonstratie betreft, er uitdrukkelijk in voorzien dat de resultaten zullen worden opgeteld om te komen tot een globaal cijfer zoals opgenomen in de gunningscriteria.

Uit de beoordelingsfiches zoals neergelegd in het administratief dossier, blijkt dat de individuele juryleden telkens een individuele score hebben toegekend op grond van de in het bestek vermelde beoordelingsmethodiek op 20 punten.

De uiteindelijke quoteringen én de motivering ervan door middel van een beschrijvende evaluatie lijken voorts te worden onderschreven door alle juryleden, die allen het gunningsverslag hebben ondertekend.

22. De verzoekende partij voert in het kader van dit middelonderdeel ook niet op concrete wijze aan, waarom deze motieven niet van aard zijn om de toegekende globale puntenscore per subgunningscriterium te

verantwoorden. Waar zij dit wel doet in het kader van het tweede middel, volstaat het te verwijzen naar de beoordeling van het tweede middel.

23. Het derde onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

24. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 5 van de overheidsopdrachtenwet, van artikel 107, eerste lid, van het koninklijk besluit Plaatsing, van het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel en van de vereiste van een “afdoende materiële motivering”, van artikel 5, 9°, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ , evenals van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

Volgens de verzoekende partij is de motivering voor de kwalitatieve beoordeling van de offertes niet draagkrachtig om de verschillen in quotering te verantwoorden en mist ze consequentie, voorts hanteert de aanbestedende overheid nietszeggende of foutieve appreciaties.

Beoordeling

25. In de mate dat het middel de formele motivering betreft, toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan waarom de meegedeelde motieven haar niet in staat stelden terdege te oordelen of het zin heeft zich in rechte te verweren tegen de bestreden beslissing. Het tegendeel blijkt veeleer uit het middel, waarin de verzoekende partij deze motivering uitgebreid betwist. Aldus lijkt op dat punt voldaan aan de formelemotiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan.

26. Wat de beweerde schending van de materiëlemotiveringsplicht betreft, dient te worden vastgesteld dat de aanbestedende overheid bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria

over een grote beoordelingsvrijheid beschikt en de Raad van State zich niet in de plaats van het bestuur mag stellen. Zulks houdt echter niet in dat het oordeel van de aanbestedende overheid zou zijn onttrokken aan het rechtmatigheidstoezicht van de Raad van State. Aldus kan de Raad desgevraagd onder meer nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

27. Er valt op te merken dat de toekenning van globale scores per subgunningscriterium, zoals overigens uitdrukkelijk in het bestek was aangekondigd en door de verzoekende partij niet werd betwist, op zichzelf niet impliceert dat de beoordeling willekeurig is.

Wat voorts de concrete gevallen betreft die door de verzoekende partij worden aangebracht en waarin er volgens haar sprake is van een motivering die niet consistent is, al te vaag, nietszeggend of eenvoudig foutief, kan nog het volgende worden opgemerkt.

Uit haar kritiek in het verzoekschrift zelf blijkt dat de verzoekende partij alvast begrepen heeft dat het motief uit het gunningsverslag dat de offerte van de verzoekende partij onvoldoende ambitie en enthousiasme zou uitstralen, inderdaad betrekking heeft op de toepassing “OSR”, een “bestaand systeem”. De verwerende partij wijst er in haar nota op dat de verzoekende partij als aanbieder van de huidige toepassing (OSR) de noden van de eindgebruikers en de aanbestedende overheid weliswaar kent, doch dat de beoogde verbeteringen in haar offerte onvoldoende aan bod komen. De verzoekende partij is volgens haar vertrokken vanuit een houding “te bespreken met de opdrachtgever”, daar waar andere inschrijvers met uitgewerkte voorstellen zijn gekomen.

Voorts blijkt uit het gunningsverslag duidelijk dat de verwerende partij dit motief in verband brengt met “de kwaliteit van de architectuur”. Dat voormelde motivering bij de initiële beoordeling van de offertes onder een andere rubriek werd weergegeven, toont op zich niet aan dat dit motief in de bestreden beslissing niet draagkrachtig zou zijn.

De verzoekende partij verwijst ook naar de onder randnummers 42 en 43 van het verzoekschrift aangehaalde motieven uit het gunningsverslag: “de huidige look &d feel wordt door de jury als onvoldoende gebruiksvriendelijk een weinig intuïtief ervaren” en “ uit de offerte en de BAFO blijkt onvoldoende dat het een federaal portaal is ”.

Deze motieven kunnen op het eerste gezicht niet als vaag of nietszeggend te worden beschouwd. Op te merken valt immers dat deze motivering ook dient te worden samen gelezen met de beoordeling van de offertes van de overige inschrijvers, die op het eerste gezicht meer verduidelijking biedt, meer bepaald wat de offerte van de gekozen inschrijver betreft.

Ook de kritiek van de verzoekende partij dat het motief “dat uit de offerte en de BAFO onvoldoende blijkt dat het een federaal portaal is” te vaag zou zijn, lijkt op het eerste gezicht niet te kunnen worden gevolgd gelet op de omschrijving van de opdracht in het bestek en de kennis van het huidige systeem door de verzoekende partij. De verwerende partij wijst er in dat verband op dat de filosofie van de historisch gegroeide provinciale structuur nog de overhand heeft in de offerte van de verzoekende partij, terwijl het uitgangspunt van de aanbestedende overheid er net één was van een overkoepelende aanpak.

28. Voorts maakt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aannemelijk dat er in het gunningsverslag sprake is van “foutieve” appreciaties wat de inschrijving van de verzoekende partij betreft.

Wat het onder randnummer 45 van het verzoekschrift aangehaalde motief uit het gunningsverslag betreft, valt op te merken dat in de bestreden beslissing nergens wordt opgemerkt dat er in de offerte van de verzoekende partij géén sprake zou zijn van een federale structuur, doch slechts dat de toepassing “nog sterk vertrekt vanuit de filosofie van een portaal ‘provincie per provincie’”. Enige onrechtmatigheid in deze appreciatie lijkt niet aangetoond, laat staan dat ze “foutief” zou zijn in de zin van verkeerd wat de voorstelling van feiten betreft.

Wat het motief “dynamische noodplannen zijn voorzien maar grote tussenkomst van programmeur nodig om dit te realiseren” betreft, valt op dat de verzoekende partij dit motief als dusdanig niet betwist, doch opmerkt dat dit bezwaarlijk aanleiding kan zijn voor een minder goede quotering in het licht van de besteksvereisten.

Op het eerste gezicht gaat het echter de grenzen van een redelijke beoordeling niet te buiten en kan het niet “foutief” worden genoemd, dat de aanbestedende overheid een oplossing waarbij een grote tussenkomst van een programmeur nodig is, minder goed waardeert dan oplossingen waarbij een dergelijke grote tussenkomst niet nodig is.

Het argument dat de kosten voor de tussenkomst van de programmeur reeds vervat zijn in het prijsvoorstel doet voorts op het eerste gezicht hier niet ter zake aangezien het bekritiseerde motief betrekking lijkt te hebben op een kwalitatief gunningscriterium en dus niet op de prijs.

29. Aldus lijkt het niet aangetoond dat de bekritiseerde motivering niet draagkrachtig is, consistentie mist dan wel nietszeggend of foutief is.

Het tweede middel is derhalve niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

30. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 5 van de overheidsopdrachtenwet , van de artikelen 21, § 1, juncto 99, § 1 en 107, eerste lid, van het koninklijk besluit Plaatsing, van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het “materieel motiveringsbeginsel”.

De verzoekende partij verwijt de aanbestedende overheid dat zij ondanks de substantiële prijsdaling van de door de thv Cemac-DGI aangeboden globale prijs in haar BAFO ten opzichte van de initiële offerte “geen (zorgvuldig) prijsonderzoek” heeft gevoerd zodat volgens haar geen zekerheid bestaat over de regelmatigheid van de door de gekozen inschrijver aangeboden prijzen.

Minstens is de aanbestedende overheid volgens haar tekort gekomen aan de op haar rustende verplichting om in de gunningsbeslissing of in het daarbij gevoegde gunningsverslag de nodige verantwoording te verschaffen waarom dergelijke substantiële prijsdaling toch aanvaardbaar is.

Beoordeling

31. Krachtens artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing onderwerpt de aanbestedende overheid ook in een onderhandelingsprocedure de ingediende offertes aan een prijsonderzoek.

Paragraaf 3 van dit artikel, betreffende de abnormaal laag of abnormaal hoog lijkende prijzen die bij het prijsonderzoek worden vastgesteld en de door de aanbestedende overheid daarbij te volgen handelwijze, is echter krachtens de eerste volzin van die paragraaf niet van toepassing op de onderhandelingsprocedure, tenzij andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten.

De artikelen 95 en 99, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing, die handelen over de procedure inzake abnormaleprijzenonderzoek, zijn in beginsel evenmin van toepassing bij een onderhandelingsprocedure nu deze artikelen de procedures van aanbesteding en offerteaanvraag regelen.

Dit neemt niet weg dat ook bij de onderhandelingsprocedure de aanbestedende overheid een prijsonderzoek lijkt te mogen voeren op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. De verwerende partij beschikt daarbij als aanbestedende overheid over een ruime discretionaire bevoegdheid om al dan niet een procedure in te zetten waarbij op zoek wordt gegaan naar de aanwezigheid van abnormale prijzen.

32. *In casu* moet worden vastgesteld dat de globale prijs (van 2.336.198,35 euro, btw niet inbegrepen) zoals aangeboden door de gekozen inschrijver en waarvan de verzoekende partij aanvoert dat deze mogelijks abnormaal laag zou zijn, nog steeds ruim boven de globale prijs van 1.982.391,00 euro, btw niet inbegrepen, zoals geboden door de verzoekende partij, ligt. Het is dan ook de verzoekende partij die de maximumscore van 40 punten voor het gunningscriterium 'Prijs' heeft behaald.

33. Uit de vergelijking van de beslissing inzake de opstelling van de shortlist en de bestreden gunningsbeslissing blijkt voorts inderdaad dat de geboden globale prijs in de offerte van de gekozen inschrijver substantieel is gedaald van 3.217.519,90 euro, btw niet inbegrepen, naar 2.336.198,35, btw niet inbegrepen. Hoewel het om een opmerkelijke prijsdaling gaat, lijkt het eigen aan de onderhandelingsprocedure te zijn dat ook over de prijs kan worden onderhandeld en dat de inschrijver in zijn BAFO nog een ander prijsvoorstel kan doen. Alle inschrijvers blijken overigens van deze mogelijkheid gebruik te hebben gemaakt.

Voorts dient met de verwerende partij te worden vastgesteld dat de BAFO zelf van de thv CEMAC-DGI zelf reeds een aantal duidelijke verantwoordingen bevat van de inschrijver voor de substantiële prijsdaling.

Ook blijkt zowel in de oorspronkelijke offerte als in de BAFO van de gekozen inschrijver een gedetailleerde prijsstructuur voor de globale prijs te zijn opgenomen in overeenstemming met de bij het bestek gevoegde inventaris van de prijsopgave zodat de verwerende partij ook hier de evolutie van de prijzen kon nagaan.

De verzoekende lijkt in het licht van al het voorgaande dan ook niet aan te tonen dat de globale prijs in de offerte van de gekozen inschrijver door de aanbestedende overheid als abnormaal had moeten worden beschouwd, of dat zij had moeten verantwoorden waarom deze prijs niet abnormaal was.

34. Het derde middel is niet ernstig.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

35. De verzoekende partij voert in een vierde middel de schending aan van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, van artikel 107, eerste lid, van het koninklijk besluit Plaatsing, evenals van het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel, en van de vereiste van een "afdoende materiële motivering".

36. De verzoekende partij doet daartoe gelden dat de offerte van de thv CEMAC-DGI wellicht geen rekening houdt met het in het bestek gevraagde prijsmodel, zodat deze offerte alsdan onregelmatig had moeten worden verklaard.

Bovendien zou deze inschrijver daardoor een lagere prijs hebben kunnen aanbieden dan de prijs die deze inschrijver normalerwijze zou hebben moeten bieden. Indien de thv CEMAC-DGI een correcte prijs zou hebben geboden uitgaande van het gevraagde model, zou dit volgens de verzoekende partij hebben geresulteerd in een nog gunstigere appreciatie van haar voorstel waardoor de beperkte puntenachterstand zou zijn ingehaald.

Beoordeling

37. Het bestek bepaalt inzake de op te geven "prijs" onder meer het volgende:

> "De prijsopgave wordt uitgewerkt in de inventaris die in het offerteformulier zit vervat […].
>
> De toegang voor, en ondersteuning van gebruikers (anders dan behorend tot de federale diensten noodplanning van Binnenlandse Zaken) dient via een aparte (abonnements)overeenkomst aangegaan te worden, volgens de prijsstructuur die werd bedongen in het kader van de aanbesteding. De dienstverlener staat in voor de administratieve en financiële afhandeling ervan.
>
> De kandidaat-leverancier maakt een voorstel van prijsmodel voor de diverse categorieën van gebruikers, dat bij gunning van de opdracht zal worden verfijnd in overleg met de aanbestedende overheid. De

opdrachtgever staat een prijsmodel voor waarbij de inkomsten terugvloeien naar de verdere ontwikkeling en het onderhoud van het ICMS.

De dienstverlener werkt een voorstel uit waarbij de vaste recurrente kosten (zoals licenties) liggen bij de gebruikers en de ontwikkeling en het onderhoud bij aanbestedende overheid (verrekend in het prijsmodel van de dienstverlener, die voorziet in een bijdrage voor toekomstige ontwikkelingen)."

38. In de mate dat de verzoekende partij in dit middel de onregelmatigheid aanvoert van het door de gekozen inschrijver in diens offerte opgenomen prijsmodel, valt op te merken dat voormelde besteksbepaling op het eerste gezicht van de inschrijvers slechts een voorstel van prijsmodel voor de diverse categorieën van gebruikers verwacht, en tevens er uitdrukkelijk in voorziet dat bij gunning van de opdracht dit voorstel zal worden verfijnd in overleg met de aanbestedende overheid. De besteksbepaling inzake het prijsmodel lijkt niet op straffe van nietigheid te zijn voorgeschreven en voormelde formulering in het bestek lijkt op het eerste gezicht eveneens tegen te spreken dat het een in het bestek als dusdanig aangemerkte essentiële vereiste betreft.

39. Bovendien blijkt de verwerende partij in het kader van de onderhandelingsfase aan de inschrijvers in vraag 45 te hebben gevraagd om duidelijk een licentiekost aan te geven per gebruiker en per licentie, doch de dienstverlener tevens de mogelijkheid te hebben geboden om een prijsmodel voor meerdere licenties voor te stellen.

40. Zowel de eerste offerte als de BAFO van de gekozen inschrijver lijken een uiteenzetting te bevatten over het voorstel van prijsmodel waarvan – binnen de contraintes van de huidige procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid – niet *prima facie* kan worden vastgesteld dat dit zou afwijken van het door de verwerende partij gevraagde prijsmodel.

41. Het middel is niet ernstig.

E. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

42. De verzoekende partij voert in een vijfde middel de schending aan van artikel 5 van de overheidsopdrachtenwet, van de artikelen 101, § 2 en 107, eerste lid, van het koninklijk besluit Plaatsing, van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen' evenals van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het zorgvuldigheids-beginsel, redelijkheidsbeginsel, gelijkheidsbeginsel en het "materieel motiveringsbeginsel".

Volgens de verzoekende partij zou de verwerende partij de verplichte opties met de daaraan verbonden prijzen niet in aanmerking hebben genomen om tot een rangschikking van de offertes te komen.

Beoordeling

43. In zoverre in dit middel een schending wordt aangevoerd van artikel 101, § 2, derde lid, van het koninklijk besluit Plaatsing is het middel niet ernstig aangezien deze bepaling ("neemt de verplichte opties aanmerking") slechts lijkt te gelden bij een offerteaanvraag, terwijl de voorliggende opdracht werd gegund met een onderhandelingsprocedure. Artikel 107, eerste lid, waarvan de verzoekende partij tevens de schending aanvoert, bevat op het eerste gezicht geen gelijkaardige bepaling wat de onderhandelingsprocedure betreft.

Bovendien blijkt op het eerste gezicht ook nergens dat het bestek voormeld artikel 101, § 2, derde lid, overeenkomstig van toepassing verklaart in het kader van de gevoerde onderhandelingsprocedure.

De verzoekende partij toont op het eerste gezicht ook niet aan welke besteksbepaling de verwerende partij er te dezen toe zou verplichten om bij de prijsvergelijking alle opties in aanmerking te nemen. Dit lijkt op het eerste

gezicht niet louter te kunnen worden afgeleid uit het feit dat de inschrijvers werd gevraagd om in hun offerte een prijs voor deze opties op te nemen.

In antwoord op een vraag tijdens de informatiesessie of de in het formulier te vermelden globale prijs alle opties in aanmerking dient te nemen, blijkt de verwerende partij bovendien te hebben opgemerkt: “De opties zijn extra (dus niet noodzakelijk opgenomen in de globale prijs, tenzij ambtshalve voorzien in uw oplossing, zonder extra kosten)”.

Het uitgangspunt waarop de verzoekende partij dit middel steunt, namelijk dat de verwerende partij ertoe gehouden was om bij de rangschikking alle opties en de daaraan verbonden prijzen in aanmerking te nemen, wordt op het eerste gezicht dan ook niet aangetoond.

44. Het vijfde middel is op het eerste gezicht niet ernstig.

F. Zesde middel

Uiteenzetting van het middel

45. De verzoekende partij voert in haar zesde middel een schending aan van de artikelen 6, 16 en 21 van de wet ‘Verwerking Persoonsgegevens’ van 8 december 1992, van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, evenals van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het “materieel motiveringsbeginsel”.

46. Volgens de verzoekende partij biedt de thv CEMAC-DGI geen garanties inzake de vertrouwelijkheid van gegevens zoals voorgeschreven door de besteksbepalingen en door de in het middel aangehaalde wettelijke bepalingen.

Beoordeling

47. Naast de vaststelling dat dit middel zich op het eerste gezicht niet leent tot een snelle en *prima facie* toetsing die in het kader van een administratief kort geding in uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verwacht, valt op te merken dat enkel de bestreden gunningsbeslissing, als eindpunt van de gunningsprocedure, aan het toezicht van de Raad van State wordt onderworpen. Wat uiteindelijk bij de uitvoering van de opdracht plaatsgrijpt, ontsnapt in beginsel aan dit toezicht.

48. De door de verzoekende partij vermelde besteksbepalingen inzake de vertrouwelijkheid (punt 19.3), evenals artikel 18 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 'tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken' waarnaar ook in voormelde besteksbepalingen wordt verwezen, lijken op het eerste gezicht evenwel betrekking te hebben op de uitvoering van de opdracht. Ze lijken te zijn geschreven ten aanzien van de dienstverlener die de diensten moet uitvoeren, dit wil zeggen in de fase tijdens de dienstverlening en dus na de gunning van de opdracht. Deze bepalingen lijken op het eerste gezicht dan ook geen grond te kunnen bieden om de offerte van de gekozen inschrijver onregelmatig te verklaren.

49. Ten slotte geeft de verzoekende partij ook geen enkele besteks- of wetsbepaling aan op grond waarvan de bestreden beslissing *in casu* in een bijzondere motivering of verantwoording had dienen te voorzien om te bevestigen dat de offerte van de thv CEMAC-DGI ter zake voldoet. Overigens wordt door de verzoekende partij in dit middel geen schending opgeworpen van de formelemotiveringsverplichting.

50. Het zesde middel is niet ernstig.

G. Zevende middel

Uiteenzetting van het middel

51. Een zevende middel is geput uit de schending van artikel 5 van de overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006, van artikel 58, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur', meer in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, redelijkheidsbeginsel, gelijkheidsbeginsel en het "materieel motiveringsbeginsel".

Volgens de verzoekende partij blijkt niet dat de thv CEMAC-DGI beantwoordt aan de vereisten inzake kwalitatieve selectie en kan de loutere vermelding "ok" in de selectiebeslissing niet volstaan. Zij wijst erop dat de bvba Cemac alvast een kleinschalige onderneming is met een beperkte omzet.

Beoordeling

52. De voorwaarden inzake de technische bekwaamheid worden opgenomen onder punt 4.2.2. van de oproep tot indienen van kandidaatstelling. Hierin wordt onder meer vereist dat de kandidaat over voldoende personeel beschikt (minimaal drie personen) om de opdracht te kunnen realiseren. Gevraagd wordt om het team voor te stellen dat daadwerkelijk aan het project zal werken. Ook in het bestek wordt onder punt 16.1.3 een bepaling opgenomen inzake de personeelsleden van de dienstverlener en de voorstelling van het team.

53. In de selectiebeslissing van 6 augustus 2015, waar de verzoekende partij naar verwijst, wordt inzake het vereiste van minimaal drie werknemers, wat de kandidaatstelling van de thv CEMAC-DGI betreft, vermeld "ok", terwijl inzake de kandidaatstelling van de verzoekende partij wordt opgemerkt "bij offerte".

Op het eerste gezicht dient te worden vastgesteld dat de thv CEMAC-DGI reeds in haar kandidaatstelling een lijst met meer dan drie personen heeft opgenomen en ook cv's van deze personen heeft toegevoegd, terwijl de verzoekende partij zelf voor het eerste criterium inzake de technische bekwaamheid in haar kandidaatstelling slechts vermeldt dat zij over een projectteam beschikt met zeer ruime ervaring en slechts aangeeft dat meer specifieke informatie over het projectteam zal worden bezorgd in de offerte.

54. De verzoekende partij lijkt dan ook zelf geen belang te hebben bij dit middel, aangezien zij de enige kandidaat blijkt te zijn bij wie de verwerende partij een opmerking heeft gemaakt en deze haar niettemin blijkt te hebben geselecteerd. Bij het ernstig en later eventueel gegrond bevinden van het middel zou de selectie immers mogelijkerwijze moeten worden hernomen met als waarschijnlijk resultaat de niet-selectie van de verzoekende partij zelf.

55. Het middel wordt niet aangenomen.

H. Achtste middel

Uiteenzetting van het middel

56. Een achtste en laatste middel is geput uit de schending van de artikelen 33 en 159 van de Grondwet, evenals van artikel 9 van het koninklijk besluit van 3 april 2013 'betreffende de tussenkomst van de Ministerraad, de overdracht van bevoegdheid en de machtigingen inzake de plaatsing en de uitvoering van overheidsopdrachten, ontwerpenwedstrijden en concessies voor openbare werken op federaal niveau'.

Volgens de verzoekende partij werden op zijn minst twee 'cruciale tussenbeslissingen', namelijk de gemotiveerde selectiebeslissing en de beslissing tot samenstelling van de shortlist genomen door een daartoe onbevoegd orgaan. Bij gebrek aan geldige delegatie, dienden deze beslissingen volgens haar immers te worden genomen door de Minister bevoegd voor Binnenlandse Zaken in plaats van door de directeur-generaal van de Algemene Directie Crisiscentrum.

Beoordeling

57. Vastgesteld dient te worden dat de verzoekende partij niet betwist dat de bestreden gunningsbeslissing genomen werd door het bevoegde orgaan, te dezen de Minister van Veiligheid en Binnenlandse Zaken.

58. Zowel de selectiebeslissing als de beslissing van de samenstelling van de shortlist blijken te zijn ondertekend door de directeur-generaal van de Algemene Directie Crisiscentrum.

In de bestreden gunningsbeslissing verwijst de bevoegde minister echter uitdrukkelijk naar de selectiebeslissing en herneemt hij ook de beslissing tot vaststelling van de shortlist.

Aldus lijkt de Minister, waarvan de bevoegdheid door de verzoekende partij niet wordt betwist, ook de twee betrokken beslissingen te hebben bekrachtigd zodat op het eerste gezicht niet blijkt hoe de eventuele in die eerdere beslissingen begane vermeende onregelmatigheid van aard zou kunnen zijn om alsnog de rechtsgeldigheid van de bestreden gunningsbeslissing aan te tasten.

59. Het achtste middel is niet ernstig.

VI. Besluit

60. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 januari 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Frank Bontinck,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Frank Bontinck	**Dierk Verbiest**