

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 248.311 van 21 september 2020

in de zaak A. 231.597/XII-8945

In zake: de NV CIPAL SCHAUBROECK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Tom De Smet en Evert Vervaeke
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Grote Nieuwedijkstraat 417
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de PROVINCIE LIMBURG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre, Lore Derdeyn en Matthias Castelein
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c, 113b
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 21 augustus 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de deputatie van de provincieraad LIMBURG d.d. 6 augustus 2020, waarbij de overheidsopdracht ‘Aankoop van een HRM-suite met volledige integratie van de loonadministratie en het personeelsbeheer’, bestaande uit het perceel 1 ‘Werving en selectie’ en het perceel 2 ‘HRM software’ aan DILEOZ NV [...] wordt gegund, de offerte van [de nv Ciral Schaubroeck] voor beide percelen nietig wordt verklaard en met de impliciete weigering om deze opdracht aan [de nv Ciral Schaubroeck] te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 september 2020, om 14.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Evert Vervaet, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocatne Jens Debièvre en Matthias Casteleyn, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor leveringen uit met als voorwerp de “aankoop van een HRM-suite met volledige integratie van de loonadministratie en het personeelsbeheer”, bestaande uit een perceel 1 “Werving en selectie” en een perceel 2 “HRM software”.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 6 maart 2020 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 11 maart 2020.

De waarde van perceel 1 wordt geraamd op 105.875,00 euro, btw inbegrepen, en van perceel 2 op 1.406.625,00 euro, btw inbegrepen.

Het bijzonder bestek nr. 2020N062330 van 7 mei 2020 is van toepassing op de opdracht.

Teneinde de kwaliteit van de voorgestelde software te beoordelen, schrijft punt 1.5 van het bestek voor dat er verplicht een demonstratie zal worden gegeven door de inschrijver, die volledig een livedemo van de software moet zijn en geen voorstelling mag zijn aan de hand van screenshots (realistische eenvoudige/ingewikkelde situaties).

Het gunningscriterium “Prijs” wordt in punt 1.12 van het bestek voor beide percelen als volgt omschreven:

“Er wordt een all-in prijs gevraagd voor het modulair aansluiten en in dienst stellen van de software. In de inventaris als bijlage dient de prijs per deelopdracht aangegeven te worden.

De prijs bestaat uit volgende onderdelen:

Software

Aankoopprijs (vaste kostprijs) inclusief/met inbegrip van de noodzakelijke configuraties en dienstverlening

Licentieprijs per eindgebruikers en administrators

Implementatie (vaste kostprijs)

Dataconversie (vaste kostprijs)

Opleiding, documentatie en handleidingen (vaste kostprijs, met opgave van het voorziene aantal uren opleiding, voor de opleiding eindgebruiker en voor de opleiding administrator)

Onderhoud (vaste kostprijs voor ondersteuning, correctief onderhoud, upgrades van de software, aanpassingsonderhoud, met opgave van de kostprijs voor een periode van 4 jaar vanaf het einde van de implementatie van alle modules van beide percelen).

De kostprijs omvat de totale prijs voor het voldoen aan de functionele vereisten, de niet-functionele vereisten en de technische vereisten.

Er wordt bijkomend een uurprijs gevraagd voor eventuele bijkomende prestaties op afroep. Deze bijkomende prestaties kunnen enerzijds betrekking hebben op de technische ontwikkeling en anderzijds op de vorming (bv. bijkomende infosessies). De opdrachtnemer dient voor elk van beide vormen in de inventaris een uurprijs aan te geven.

In de prijzen zijn inbegrepen alle kosten, metingen en prestaties die inherent zijn aan de uitvoering van de opdracht, met name:

1° de administratie en het secretariaat

2° de verplaatsing, het vervoer en de verzekering

3° de levering van documenten of stukken die inherent zijn aan de uitvoering

4° de kosten gemaakt voor het koppelen van de software met bestaande software beschreven in de beschreven architectuur.”

3.2. De opdracht wordt geplaatst door middel van een mededingingsprocedure met onderhandeling. De plaatsingsprocedure omvat een selectie- en een gunningsfase.

De verzoekende partij en de nv Dileoz dienen elk een kandidatuur in en worden geselecteerd.

Beide ondernemingen worden uitgenodigd om een offerte in te dienen, wat zij ook doen. Er vinden onderhandelingen plaats met beide inschrijvers, waarna zij elk een verbeterde offerte indienen op 1 juli 2020, en vervolgens, na een tweede onderhandelingsronde, een BAFO op 10 juli 2020.

Bij een e-mailbericht van 10 juli 2020 richt de verwerende partij een verzoek tot prijsverantwoording aan beide inschrijvers voor de eenheidsprijzen van enkele posten, die zij elk op 20 juli 2020 beantwoorden.

3.3. Er wordt een gunningsverslag opgesteld, op het stuk zelf gedateerd op 15 juli 2020, doch volgens de nota van de verwerende partij op 3 augustus 2020 opgesteld.

Wat het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes betreft, vermeldt het gunningsverslag over de offerte van de verzoekende partij het volgende:

“Perceel 1 (Werving en selectie)

De offerte is substantieel onregelmatig:

- De inschrijver formuleert een voorbehoud voor de kostprijs van post 6: dataconversie. De inschrijver vermeldt in de migratietabel dat een concrete prijsinschatting pas kan gebeuren na inhoudelijke en technische screening van de aanwezige data. Er wordt bijgevolg door de inschrijver voor post 6 een schatting gemaakt, terwijl de inventaris van de opdracht vraagt om een globale prijs voor deze post. Door dit voorbehoud is een correcte prijsvergelijking niet mogelijk.

De offerte van Cipal Schaubroeck NV voor perceel 1 is hierdoor substantieel onregelmatig.

Perceel 2 (HRM software)

Offerte is substantieel onregelmatig:

- Het bestek van de opdracht vermeldt dat de demo volledig live moet plaatsvinden, dit om de 'real-life' werking van het voorgestelde systeem te kunnen testen. De demo van Cipal Schaubroeck NV voor perceel 2 was echter niet volledig live: Mock-ups en PowerPoint slides wisselen elkaar af. Hierdoor is de demo niet conform de eisen van het bestek en is de offerte van Cipal Schaubroeck NV onregelmatig.
- De kosten voor alle koppelingen zoals ze gevraagd zijn, moeten mee opgenomen zijn in de prijs. Cipal Schaubroeck NV deelt mee dat een gedegen kostprijsraming enkel kan mits een voorafgaande analyse en een gedegen oplijsting van de verwachtingen van de Provincie binnen deze koppeling. Cipal Schaubroeck NV vermeldt voor deze koppelingen dus een prijs zonder resultaatsverbintenis. Hierdoor is de offerte niet vergelijkbaar en bijgevolg onregelmatig.
- De inschrijver formuleert een voorbehoud voor de kostprijs van post 8: dataconversie. De inschrijver formuleert dat de kostprijs zoals deze vermeld is in de inventaris slechts een schatting is. De inventaris vermeldt voor deze post dat er een globale prijs moet gegeven worden. Doordat de inschrijver vermeldt dat het om een raming gaat, is een correcte prijsvergelijking niet mogelijk. Bovendien vermeldt de inschrijver dat deze raming zonder resultaatsverbintenis is.
- De inschrijver heeft niet voor alle gevraagde functionaliteiten een voorstel ingediend. De aanbesteder heeft er op gewezen dat functionaliteiten enkel als aangeboden kunnen beschouwd worden wanneer er een functionele omschrijving en bijbehorende prijs wordt aangeboden. Cipal Schaubroeck NV laat weten dat hun voorstel louter een raming betreft en dit zonder resultaatsverbintenis.

De offerte van Cipal Schaubroeck NV voor perceel 2 van de opdracht is substantieel onregelmatig door de verschillende voorbehouden die in de offerte worden vermeld. Hierdoor is de offerte onvergelijkbaar.”

De offerte van de nv Dileoz wordt zonder opmerkingen regelmatig verklaard. Enkel deze offerte wordt getoetst aan de gunningscriteria. Er wordt vervolgens voorgesteld om beide percelen van de opdracht te gunnen aan de nv Dileoz.

3.4. Op 6 augustus 2020 beslist de verwerende partij, verwijzend naar het gunningsverslag, om beide percelen van de opdracht te gunnen aan de nv Dileoz.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. Te dezen is evenwel ook 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’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij de “oneigenlijke toepassing” van het artikel 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit plaatsing 2017) aan.

Zij licht toe dat uit de kennisgevingsbrieven van 7 augustus 2020 blijkt dat haar offertes voor de percelen 1 en 2 van de opdracht nietig werden verklaard wegens één of meerdere onregelmatigheden, zonder dat wordt verduidelijkt waarom dit “substantiële” onregelmatigheden zijn. Deze beoordeling kadert in de toepassing van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, dat handelt over het regelmatigheidsonderzoek.

In een e-mailbericht van 10 juli 2020 had de aanbestedende overheid toelichting gevraagd bij de offerte met toepassing van artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 dat handelt over het prijzenonderzoek ingevolge abnormale prijzen of kosten, terwijl deze bepaling volgens haar geen toepassing vindt in een mededingingsprocedure met onderhandelingen zoals te dezen, overeenkomstig artikel 36, § 6, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Bovendien verduidelijkt de verwerende partij nergens waarom zij de prijzen in de BAFO als abnormaal beschouwt, dat geldt *a fortiori* wanneer de BAFO-prijzen van de verzoekende partij worden vergeleken met de prijzen uit de initiële offerte van de gekozen inschrijver. De verwerende partij kon dan ook niet op wettige wijze artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 toepassen en op grond daarvan beslissen tot de nietigheid wegens onregelmatigheid van de offertes van de verzoekende partij.

Bovendien heeft de verzoekende partij een prijsverantwoording verschaft, terwijl de motivering omtrent het voorbehoud bij de kostprijs van de dataconversie, zowel bij perceel 1 als perceel 2, geen betrekking heeft op het abnormaal karakter ervan. De verwerende partij toont volgens haar niet aan dat door het voorbehoud de onderlinge vergelijking van de offertes totaal onmogelijk is geworden. Het voorbehoud betreft enkel de hoegrootheid van de som, maar tast volgens de verzoekende partij *in se* de onderlinge vergelijkbaarheid niet aan. Evenmin beschouwt de verwerende partij dit als een abnormale prijs. Als de prijs niet abnormaal is bevonden, komt de onderlinge vergelijkbaarheid niet in het gedrang. Het voorbehoud is het gevolg van een gebrek aan technische gegevens in het bestek over de dataconversie.

De verwerende partij mocht haar beslissing tot het nietig verklaren van de offerte voor beide percelen niet steunen op artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 of naar aanleiding van een vraag tot prijsverantwoording. Minstens bevat de bestreden beslissing geen enkel deugdelijk motief waaruit blijkt dat de verzoekende partij abnormale prijzen hanteert.

7. In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

De verzoekende partij doet gelden dat de verwerende partij het onderzoek naar abnormale prijzen op grond van het artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 oneigenlijk gebruikt om een regularisatie van de BAFO van de verzoekende partij mogelijk te maken, wat eigenlijk op grond van artikel 76, § 4, niet kan. Door alsnog om verantwoording te vragen, zelfs onder het mom van een prijzenonderzoek, geeft de verwerende partij eigenlijk te kennen dat de mogelijke onregelmatigheden niet substantieel zijn.

De verzoekende partij betoogt vervolgens:

“Voor wat betreft het perceel 1 betekent dit dat de gevraagde prijsverantwoording voor de kostenraming voor de dataconversie geen substantiële onregelmatigheid kan zijn. Op grond van het artikel 76, §3 KB Plaatsing kon [de verwerende partij] aldus de offerte niet nietig verklaren

wegens één niet-substantiële onregelmatigheid, waardoor de bestreden beslissing op dat punt onwettig is.

Voor wat betreft het perceel 2 geldt dezelfde redenering, nu het regelmatigheidsonderzoek nog plaats vond na de laatste offerte en na de vraag tot prijsverantwoording, zodat de Verwerende partij op grond van het artikel 76 KB Plaatsing niet langer kon beslissen tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte.

Het staat aldus vast dat zelfs de vraag tot prijsverantwoording, door de aanbestedende overheid niet kon gebruikt worden als een regelmatigheidsonderzoek in de fase na het indienen van de BAFO. Dit blijkt te meer uit de (onterecht) weerhouden onregelmatigheden aangezien deze, met uitzondering van de demo die niet volledig live was voor perceel 2, allen betrekking hebben op de aangeboden prijzen en in het bijzonder het erbij geformuleerde voorbehoud.”

8. In een derde onderdeel voert de verzoekende partij “onzorgvuldige motivering” aan.

Zij betoogt dat uit de bestreden beslissing niet blijkt dat er sprake is van substantiële onregelmatigheden, minstens wordt nergens gemotiveerd waarom de onregelmatigheden die kwalificatie verdienen.

Wat de onregelmatigheid van de livedemo voor perceel 2 betreft, doet de verzoekende partij gelden dat het voorschrift om te voorzien in een (live)demo op zich geen technische specificatie uitmaakt in verband met de uitvoering van de opdracht. Dit betreft enkel een verzoek in het kader van het indienen van de offerte. Daarnaast wijst de verzoekende partij erop dat zij een livedemo heeft gepresenteerd, waarbij slechts één module, het budgetbeheer, niet live kon worden voorgesteld. Met andere woorden werd 95 % van de volledige toepassing voor perceel 2 met een livedemo gepresenteerd. Het overige niet-livedeel was aldus verwaarloosbaar. De verwerende partij heeft de verzoekende partij uitgenodigd om een BAFO in te dienen, zodat de verzoekende partij veronderstelde dat de door haar gepresenteerde demo volstond voor de beoordeling van haar offerte, en in deze fase was het niet (meer) mogelijk voor de verwerende partij om dit als onregelmatigheid vast te stellen.

Wat de onregelmatigheden gekoppeld aan de prijsverantwoording betreft, merkt de verzoekende partij op dat er geen enkel

beletsel bestaat om over te gaan tot een prijsvergelijking wanneer voor een bepaalde post een voorbehoud wordt geformuleerd. Het behoort aan de verwerende partij om aan te tonen dat de vergelijkbaarheid werkelijk in het gedrang is gekomen of dat er sprake is van een abnormale prijs maar zij doet geen van beide. De verzoekende partij voegt eraan toe dat het voorbehoud het gevolg is van een gebrek aan technische gegevens voor het uitvoeren van de dataconversie in het bestek. Dit betekent dat, indien de verzoekende partij meerwerken zou moeten verrichten die de geraamde prijs te boven gaan, deze enkel het gevolg zijn van de conversie van gegevens waaromtrent de besteksbepalingen geen informatie of detaillering bevatten. Deze meerwerken vormen dan werken buiten het bestek om.

Wat de kostprijs voor de functionaliteiten betreft, wordt nergens in de besteksbepalingen voorgeschreven dat er een prijs moet worden opgegeven voor elke gevraagde functionaliteit. Het volstond om een globale prijs te geven. Evenwel heeft de verzoekende partij, om aan het verzoek van de verwerende partij tegemoet te komen, een raming gegeven. De mededeling dat er geen resultaatsverbintenis wordt geformuleerd, komt derhalve logisch voor omdat de verwerende partij de datavelden niet vermeldde, maar enkel de datagroepen. De verzoekende partij kwam hieraan tegemoet door een prijsopgave volgens de migratietabel, zodat de verwerende partij verkeerdelijk stelt dat de onderlinge vergelijkbaarheid in het gedrang was.

9. In een vierde onderdeel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de motiveringswet). Zij betoogt daartoe:

“Uit het deputatiebesluit van 6 augustus 2020 blijkt niet dat deze de formele motieven bevat, zoals opgenomen in de beide kennisgevingsbrieven van 7 augustus 2020. Aangezien het verslag van nazicht reeds werd opgesteld op 15 juli 2020, voor de prijsverantwoording bezorgd door Verzoekende partij op 20 juli 2020, houdt dit in dat dit verslag van nazicht evenmin de motieven kan bevatten, zoals opgenomen in de kennisgevingsbrieven van 7 augustus 2020 aangezien deze motieven een antwoord vormen op de prijsverantwoording gegeven op 20 juli 2020. Evenmin kan er met de kennisgevingsbrieven van 7 augustus 2020 sprake zijn van een motivering met verwijzing aangezien dit een motivatie post

factum zou betreffen, nu deze kennisgevingsbrieven dateren van na het nemen van het deputatiebesluit op 6 augustus 2020.

Doordat de gemotiveerde beslissing van 6 augustus 2020 de motieven tot het nietig verklaren van de offerte voor de percelen 1 en 2 niet bevat, is deze beslissing niet afdoende formeel gemotiveerd, ook al worden de motieven navolgend in de beide kennisgevingsbrieven opgenomen. Deze kennisgevingsbrieven vormen op zich geen gunningsbeslissing.”

Beoordeling

Eerste onderdeel

10. Het door de verzoekende partij ingeroepen artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 regelt het onderzoek door de aanbestedende overheid naar abnormaal lage of hoge prijzen of kosten in de offertes, nadat eerst een algemeen prijzenonderzoek werd uitgevoerd op grond van artikel 35 van het voormelde koninklijk besluit.

Anders dan de verzoekende partij het ziet, is een aanbestedende overheid ook bij een procedure in het kader van een mededingingsprocedure met onderhandeling onderworpen aan het prijzen- of kostenonderzoek voorgeschreven in de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, en lijkt te dezen de uitzondering vermeld in artikel 36, § 6, niet van toepassing omdat de geraamde waarde van de opdracht hoger is dan de drempel voor de Europese bekendmaking.

Evenwel lijken de motieven vermeld in het gunningsverslag om tot de substantiële onregelmatigheid van de offertes van de verzoekende partij voor beide percelen te besluiten, op het eerste gezicht geen betrekking te hebben op een niet afdoende verantwoorde abnormaal lage of hoge prijs of kost met toepassing van artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Deze motieven betreffen het maken van een voorbehoud in de prijsopgave voor bepaalde posten (percelen 1 en 2), een niet-conforme demo (perceel 2), het niet aangaan van een resultaatsverbintenis (perceel 2) en het niet indienen van een voorstel voor alle gevraagde functionaliteiten (perceel 2). Er wordt uitdrukkelijk gesteld dat door de gemaakte voorbehouden en het gebrek aan een resultaatsverbintenis een correcte prijsvergelijking niet mogelijk is, en de niet-livedemo niet conform de eisen van

het bestek is. De verwerende partij heeft hiermee, zo lijkt het, toepassing gemaakt van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. De omstandigheid dat de verwerende partij om een prijsverantwoording heeft gevraagd voor eenheidsprijzen van bepaalde posten met toepassing van artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, doet daar geen afbreuk aan.

Het betoog gesteund op de beweerde gebrekkige toepassing van artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, dient op het eerste gezicht dan ook als irrelevant te worden verworpen.

11. De verzoekende partij maakt voorts niet aannemelijk dat de onderlinge vergelijking van de offertes door de voorbehouden in haar BAFO's mogelijk zou zijn omdat, volgens haar, deze voorbehouden enkel de hoegrootheid van de som betreffen en, vermits de prijs niet abnormaal is bevonden, zij er in ieder geval toe gehouden is deze te honoreren.

Een voorbehoud in de prijsopgave lijkt integendeel wel degelijk de vergelijking met de andere offerte te verhinderen en bovendien van aard te zijn aan de verzoekende partij een discriminerend voordeel te bieden en de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onzeker te maken. Deze gebreken lijken op het eerste gezicht evident te voldoen aan de definitie van een substantiële onregelmatigheid omschreven in artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, zodat ze geen nadere expliciete verduidelijking behoeven.

12. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

13. Artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot

concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.”

14. Zoals hoger vastgesteld, voldoen het maken van een voorbehoud in de prijsopgave voor bepaalde posten, een niet-conforme demo, het niet aangaan van een resultaatsverbintenis en het niet indienen van een voorstel voor alle gevraagde functionaliteiten, elk op zich reeds aan de definitie van een substantiële onregelmatigheid opgenomen in artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, en doet de omstandigheid dat de verwerende partij een prijzenonderzoek op de BAFO's van de verzoekende partij heeft uitgevoerd en in dat kader om een prijsverantwoording voor bepaalde eenheidsprijzen heeft gevraagd, daar geen afbreuk aan.

Waar de verzoekende partij doet gelden dat de verwerende partij het prijzenonderzoek oneigenlijk zou hebben willen gebruiken om de verzoekende partij toe te staan haar BAFO's te regulariseren, lijkt zij de vragen om verduidelijking te verwarren met het toelaten van een regularisatie. In ieder geval wordt op het eerste gezicht niet ingezien hoe dit argument – indien al correct – in het voordeel van de verzoekende partij kan spelen.

De verzoekende partij kan niet worden bijgevalen waar zij lijkt te doen gelden dat de aanbestedende overheid geen regelmatigheidsonderzoek meer zou mogen uitvoeren in de fase na het indienen van de BAFO's. Het tegendeel is het geval, ook bij een BAFO dient de regelmatigheid van de offerte te worden onderzocht. Artikel 76, § 4, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt immers dat “[w]anneer het een finale offerte betreft [...] paragraaf 3 van toepassing [is]”. In die mate faalt het middelonderdeel dan ook naar recht.

15. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

Derde onderdeel

16. In dit onderdeel herneemt de verzoekende partij in de eerste plaats de grief, reeds beoordeeld in het eerste en het tweede onderdeel, dat niet afdoende gemotiveerd zou zijn waarom de in aanmerking genomen onregelmatigheden in de BAFO's van de verzoekende partij substantiële onregelmatigheden zouden uitmaken. Er wordt naar de beoordeling ervan verwezen.

17. In de mate dat de verzoekende partij doet gelden dat het voorschrift om te voorzien in een livedemo op zich geen technische specificatie uitmaakt in verband met de uitvoering van de opdracht, maar enkel een verzoek in het kader van het indienen van de offerte, kan worden volstaan met de vaststelling dat het vereisen van een verplichte livedemo in het bestek op het eerste gezicht een minimumvereiste vormt die ertoe strekt de aanbestedende overheid een duidelijk beeld te verschaffen van hetgeen door de inschrijvers wordt aangeboden. Het afwijken van deze vereiste lijkt op het eerste gezicht de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, zodat een dergelijke afwijking wel degelijk een substantiële onregelmatigheid lijkt uit te maken in de zin van artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

De loutere bewering van de verzoekende partij dat “95% van de volledige toepassing voor perceel 2 met een live demo [werd] gepresenteerd” lijkt te strijden met de vaststelling in het gunningsverslag dat “[d]e demo van Cipal Schaubroeck NV voor perceel 2 [...] niet volledig live [was]: Mock-ups en PowerPoint slides wisselen elkaar af”. Er zijn in de huidige stand van het geding geen redenen voorhanden om aan te nemen dat het gunningsverslag op dit punt onjuist of onvolledig zou zijn.

18. In de mate dat de verzoekende partij in dit onderdeel de stelling herneemt dat het maken van een voorbehoud bij de prijsopgave, geen beletsel vormt om de offertes te vergelijken, is het middel niet ernstig zoals reeds werd vastgesteld bij de beoordeling van het eerste en het tweede onderdeel van het middel.

Voor zover de verzoekende partij stelt dat de gemaakte voorbehouden het gevolg zijn van “een gebrek aan technische gegevens voor het uitvoeren van de dataconversie”, lijkt met de verwerende partij op het eerste gezicht te kunnen worden gesteld dat de verzoekende partij heeft nagelaten haar hierover te bevragen, zelfs ondanks de duidelijke vraag om een globale vaste prijs op te geven. De stelling dat de voorbehouden bij de prijsopgave betrekking zouden hebben op meerwerken buiten het bestek om, vindt op het eerste gezicht geen steun in de BAFO’s van de verzoekende partij, waar de voorbehouden worden geformuleerd in termen die op het eerste gezicht wel degelijk (ook) betrekking hebben op het voorwerp van de opdracht zoals omschreven in het bestek.

In de mate dat de verzoekende partij doet gelden dat de vermelding in haar BAFO voor perceel 2, dat er geen resultaatsverbintenis wordt aangegaan, de onderlinge vergelijkbaarheid van de offertes niet in het gedrang brengt, kan worden volstaan met vast te stellen dat juist het tegendeel het geval is. Een offerte met een dergelijk voorbehoud dient reeds op het eerste gezicht als onvergelijkbaar te worden beschouwd met een offerte waarin een dergelijk voorbehoud niet wordt geformuleerd.

19. Het derde onderdeel is niet ernstig.

Vierde onderdeel

20. De artikelen 2 en 3 van de motiveringswet verplichten de overheid ertoe in de akte de juridische en feitelijke overwegingen te vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dit op een “afdoende” wijze.

De in het gunningsverslag uitgedrukte motieven om tot de substantiële onregelmatigheid van de offertes van de verzoekende partij te besluiten, volstaan reeds op het eerste gezicht wel degelijk om de bestreden beslissing te dragen in feite en in rechte.

De bestreden beslissing van 6 augustus 2020 verwijst naar het verslag van nazicht van de offertes van “15 juli 2020”, en wordt als integrerend deel aan het besluit gehecht. Wat de datum van dit gunningsverslag betreft, maakt

de verwerende partij in haar nota op het eerste gezicht aannemelijk dat de datering ervan op 15 juli 2020 een materiële vergissing betreft, en het verslag werd opgesteld op 3 augustus 2020, dit is na het indienen van de prijsverantwoording door de verzoekende partij op 20 juli 2020. Er kan met de verwerende partij worden vastgesteld dat het gunningsverslag op bladzijde 4 uitdrukkelijk en ondubbelzinnig verwijst naar de op 20 juli 2020 door de verzoekende partij ingediende prijsverantwoording. In dat licht lijkt de argumentatie van de verzoekende partij dat het gunningsverslag vóór het indienen van de prijsverantwoording werd opgesteld, en de kennisgevingsbrieven van 7 augustus 2020 bijgevolg een motivering *post factum* zouden bevatten, aldus feitelijke grondslag te missen.

21. Het vierde onderdeel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

22. De verzoekende partij voert de schending aan van “het artikel 36 KB Plaatsing in de klassieke sectoren van 18 april 2017 [en] het vertrouwensbeginsel”, alsook roept zij “onbevoegdheid” in.

In dit middel voert zij volgende twee grieven aan:

“Ten eerste bevat de kennisgevingsbrief d.d. 7 augustus 2020, noch het deputatiebesluit van 6 augustus 2020 een concrete motivering als antwoord op de gegeven prijsverantwoording. Enkel concludeert de verwerende partij dat de offerte onregelmatig is door het geformuleerde voorbehoud, maar beschouwt zij de gegeven prijzen helemaal niet als abnormaal. Verzoekende partij toonde dit reeds aan onder het eerste middel.

Ten tweede leest Verzoekende partij in het deputatiebesluit van 6 augustus 2020, haar ter kennis gebracht per e-mail van 20 augustus 2020, dat er al op datum van 15 juli 2020, amper vijf dagen na de vraag tot prijsverantwoording, een verslag van nazicht van de offertes werd opgesteld, waarop de Verwerende partij zich baseerde om de gemotiveerde en huidige bestreden beslissing te nemen. Aldus heeft men voor het opstellen van het verslag van nazicht van de offertes helemaal niet gewacht tot het aanleveren van de gevraagde prijsverantwoording, waarvoor Verzoekende partij de mogelijkheid was gegeven tot en met 22 juli 2020.

Integendeel, vond de redactie van het verslag van nazicht van offertes al plaats op 15 juli 2020.

Kortom, was de motivatie van de gunning aan Dileoz op dat moment al definitief, maar heeft men – klaarblijkelijk – Verzoekende partij compleet in de waan gelaten waarbij het Verzoekende partij op het moment van het indienen van haar verzoekschrift niet duidelijk is of haar offertes als in het verslag van nazicht al als nietig werden verklaard, of pas nadien.

In het eerste geval, heeft de Verwerende partij met schending van het artikel 36 KB Plaatsing en minstens het zorgvuldigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, de prijsverantwoording niet afgewacht om een verslag van nazicht van de offertes op te stellen.

In de tweede hypothese betekent dit dat de beslissing tot nietigverklaring van de beide offertes niet tot het voorwerp behoort van de gemotiveerde beslissing van 6 augustus 2020 aangezien het verslag van nazicht van de offertes er integrerend deel [van] uitmaakt, wat tot het gevolg heeft dat er geen deputatiebesluit aan deze nietigverklaring ten grondslag ligt, wat ook betekent dat de nietigverklaring niet door het bevoegde orgaan werd beslist, namelijk de deputatie als collegiaal orgaan.”

Beoordeling

23. In de mate dat de verzoekende partij in een eerste grief verwijst naar een gebrek aan motivering aangaande de gegeven prijsverantwoording, blijkt op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij er te dezen toe was gehouden om te “antwoorden” op de prijsverantwoording aangezien immers niet werd besloten om de BAFO’s te weren wegens niet-afdoende verantwoorde abnormale prijzen of kosten.

24. De tweede grief berust in haar geheel op de premisse dat het gunningsverslag werd opgesteld op 15 juli 2020, nog vóór de verzoekende partij haar prijsverantwoording had ingediend op 20 juli 2020. Zoals reeds werd vastgesteld bij de beoordeling van het vierde onderdeel van het eerste middel, mist die veronderstelling feitelijke grondslag en betreft de datering van het gunningsverslag op 15 juli 2020 *prima facie* wel degelijk een materiële vergissing.

Deze vaststelling volstaat om de tweede grief in haar geheel te verwerpen.

25. Het tweede middel is evenmin ernstig.

VII. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van eenentwintig september tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Patricia De Somere