

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER**

**A R R E S T**

**nr. 251.302 van 26 juli 2021  
in de zaak A. 234.018/XII-9106**

In zake: de NV ISKRAEMECO BENELUX  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Steven Van Garse en Simon Verhoeven  
kantoor houdend te 2018 Antwerpen  
Prins Boudewijnlaan 18  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CV FLUVIUS SYSTEM OPERATOR  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Gitte Laenen  
kantoor houdend te 2800 Mechelen  
Antwerpsesteenweg 16-18  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van de vordering*

1. De vordering, ingesteld op 4 juli 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[de] gunningsbeslissing van [Fluvius System Operator cv] dd. 17 juni 2021 [...] waarin is beslist om de overheidsopdracht ‘Meters- en Datacaptatie 2 (MDC2)’ te gunnen aan IBM Belgium en Landis + Gyr volgens een 50/50 verdeling”.

*II. Verloop van de rechtspleging*

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 juli 2021, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Simon Verhoeven en Ellen Wouters, *loco* advocaat Steven Van Garsse, die verschijnen voor de verzoekende partij en advocaten Gitte Laenen en Charlotte Persoons, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 voorliggende zaak betreft een opdracht ‘meters en datacaptatie 2 – MDC2’ in het kader van de “uitrol van digitale meters” in het Vlaamse Gewest.

De onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging (speciale sectoren) wordt als plaatsingswijze aangewend.

Het voorwerp van de opdracht wordt in het bijzonder bestek dat de opdracht beheerst, beschreven:

“De aanbesteder wenst een meerjarig, niet-exclusieve raamovereenkomst af te sluiten met maximaal 2 opdrachtnemers voor:

- Het leveren van elektriciteits- en gasmeters;

- het leveren van DaaS (data-as-a-service) diensten gedurende de levenscyclus (levensduur meter 15j) van voornoemde meters en het leveren van Daas diensten voor watermeters (de levering van die watermeters hoort niet bij de opdracht), omvattende:

- o de opzet, testing en onderhoud van een centraal Head-end systeem (HES) voor het uitlezen en aansturen van de meters, incl. de communicatie, de integratie en het volledige service management;

- o de exploitatie incl. het uitlezen, aansturen en operationeel beheren van de geïnstalleerde meters en dataketting door het aanleveren van de gevraagde data volgens de overeengekomen SLA's, integraties en interfaces;

- o integratie van de digitale watermeter (de digitale watermeters worden zelf aangekocht door de watersector en behoren dus niet tot de scope van de opdracht).

via twee parallelle tracks (die verder in detail beschreven worden):

- o Track 1 – basis scope (meterbehoeftes 2022-2024): metertypes met basisfunctionaliteiten inclusief een stralingsvrije oplossing op het vlak van telecommunicatie en waarbij een S1 poort, conform de beslissing van de Vlaamse regering, enkel zal worden opgenomen indien er voldaan is aan de voorwaarden beschreven in §1.4.

- o Track 2 – niet-gegarandeerde doorontwikkelingen, niet-gegarandeerde aantallen voor nieuwe metertypes met bijkomende functionaliteiten tov. track 1 en niet-gegarandeerde bijkomende meteraantallen.

- Het evolutief onderhoud op deze basis scope

- Mogelijke doorontwikkelingen naar nieuwe metertypes inclusief DaaS diensten d.m.v. minicompetities

- Mogelijkheid om bijkomende E&G meters inclusief DaaS aan te kopen d.m.v. minicompetities

- Mogelijkheid om bijkomende DaaS diensten voor watermeters aan te kopen d.m.v. minicompetities

Tussen beide partijen zullen er minicompetities worden georganiseerd bij elke regelmatig voorkomende aankoop/inhuring van doorontwikkelingen en/of nieuwe metertypes ten aanzien van de basisscope van dit dossier.

Het feit dat met een bepaalde opdrachtnemer een raamovereenkomst werd afgesloten, impliceert niet noodzakelijk dat er ook daadwerkelijk doorontwikkelingen en/of nieuwe metertypes ten aanzien van de basisscope worden afgenomen. Er wordt dus geen garantie op de afname van deze doorontwikkelingen en/of nieuwe metertypes gegeven. Door de indiening van zijn inschrijving bevestigt de inschrijver dat hij op de hoogte is dat er geen minimale afnames voor doorontwikkelingen en/of metertypes zijn en dat hij dus geen recht op enige vergoeding of compensatie van welke aard ook heeft ingeval de doorontwikkelingen en/of metertypes niet afgenomen worden.

Het behalen van een raamovereenkomst voor doorontwikkelingen en/of nieuwe metertypes is afhankelijk van de evaluatie van elke minicompetitie, die zal gegund worden op basis van de gunningscriteria Minicompetities, zoals omschreven in 'Gunningscriteria' van onderhavig bijzonder administratief lastenboek.

De looptijd en de startdatum van de overeenkomst zijn opgenomen onder ‘Specifieke dossiergegevens’.

Begin- en einddatum van de overeenkomst zijn onafhankelijk van het begin en einde van de leveringen. In principe is de eerste leveringsdatum de datum van de eerste bestelling binnen de overeenkomst plus de leveringstermijn voor de eerste levering. Leveringen vallen binnen de overeenkomst voor zover de bestellingen vóór de einddatum van de overeenkomst gebeuren, zelfs indien de uiteindelijke leveringsdatum na de einddatum van de overeenkomst zou vallen.”

Er is één gunningscriterium: de *Total Cost of Ownership* (TCO):

“De inschrijver geeft zijn prijzen in de TCO-prijstabel van het bijzonder administratief lastenboek [*lees*: bestek] (bijlage 7). Deze TCO-prijstabel berekent op basis van de indicatieve hoeveelheden op jaarbasis de TCO-waarde in NPV (net present value) rekening houdend met een WACC (Weighted Average Cost of Capital) van 5%.

De berekening van de TCO-waarde in de TCO-prijstabel houdt tevens rekening met de TCO-cases en het level-playing field [...].”

Inzake het verloop van de gunningsprocedure is in het bestek het volgende opgenomen:

“Volgende stappen worden achtereenvolgens voorzien in de planning voor de onderhandelingsfase:

Eerste beoordelingsronde

De ingediende offertes worden door de aanbesteder tijdens een eerste beoordelingsronde getoetst op hun regelmatigheid, volledigheid en conformiteit.

In deze ronde kan er een algemene toelichtingsmeeting georganiseerd worden als verduidelijking van de offerte. Deze toelichtingsmeeting wordt ingepland tussen 22 maart en 2 april 2021. Op de toelichtingsmeeting worden enkel de sleutelfunctionarissen zoal[s] opgenomen in §3.4.1 verwacht.

Aangezien in het verloop van de gunningsprocedure, zoals hieronder verder beschreven, het niet gegarandeerd is dat er prijsonderhandelingen gevoerd zullen worden, wordt de beste prijs verwacht bij het indienen van de offertes.

Opstellen shortlist inschrijvers

In een volgende fase kunnen deze offertes in een onderlinge vergelijking getoetst worden aan alle gunningscriteria en gerangschikt worden in afnemende orde volgens hun score op die criteria en dit, indien van toepassing, per perceel. Tijdens dit proces kan een shortlist van inschrijvers worden opgesteld en worden de nodige afspraken gemaakt om de

onderhandelingen te starten. Indien een maximum wordt bepaald zal dit meegegeven worden in het onderhavig document.

#### Onderhandelingen

De onderhandelingen zullen aanvangen met de inschrijvers uit de shortlist van hierboven. Indien geen shortlist wordt opgesteld, kan onderhandeld worden met inschrijvers in zoverre hun offerte regelmatig is.

Er kunnen meerdere onderhandelingsrondes ingepland worden. De aanbesteder behoudt zich het recht voor om tijdens de onderhandelingsrondes een herscoring te doen en op basis daarvan kan de shortlist ingekort worden.

Op het einde van elke onderhandeling kan gevraagd worden om een onderhandelingsverslag te ondertekenen, door de bevoegde persoon of zijn gevolmachtigde.

De aanbesteder behoudt zich het recht voor om tijdens deze onderhandelingen de weerhouden [*versta*: in aanmerking genomen] inschrijvers te vragen één of meerdere verfijnde offertes in te dienen, waarbij kan gevraagd worden de wijzigingen in ‘track changes’ aan te duiden, steeds in het formaat zoals aangereikt door de aanbesteder. Indien expliciet gevraagd is om met track changes de wijzigingen aan te duiden zullen de gegevens die niet met track changes werden aangeduid in geen geval mogen afwijken van de gegevens die vermeld werden in de eerste offerte. Indien zij toch afwijken, zal hiermee geen rekening gehouden worden.

De aanbesteder heeft steeds het recht om bijkomende onderhandelingsrondes te organiseren of (een deel van) de inschrijvers uit te nodigen tot bijkomende verduidelijking van de offertes.

Tijdens de onderhandelingen kan, indien van toepassing, de aanbesteder de inschrijvers waarmee op dat ogenblik wordt onderhandeld steeds uitnodigen om deel te nemen aan een test om de werking van de voorgestelde oplossingen op gebied van dienstverlening in de praktijk te toetsen. Alle kosten voor de test(en) zijn voor de rekening van de inschrijvers.

Er kan eveneens gevraagd worden, indien van toepassing, op elk mogelijk tijdstip om een referentiebezoek te brengen bij de inschrijvers of bij één van hun klanten.

Op het einde van de onderhandelingsfase kan aan alle inschrijvers waarmee op dat ogenblik wordt onderhandeld gevraagd worden om een BAFO in te dienen, waarbij kan gevraagd worden om alle wijzigingen in ‘track changes’ aan te duiden, steeds in het formaat zoals aangereikt door de aanbesteder. Indien expliciet gevraagd is om met track changes de wijzigingen aan te duiden zullen de gegevens die niet met track changes werden aangeduid, in geen geval mogen afwijken van de gegevens die vermeld werden in de eerste offerte. Indien zij toch afwijken, zal hiermee geen rekening gehouden worden.

Op elk moment tijdens de onderhandelingsfase behoudt de aanbesteder zich het recht voor om volgens de bepalingen in het bestek inschrijvers bij non-conformiteit of onregelmatigheid te verwerpen en andere inschrijvers terug in de onderhandelingen op te nemen.

Tijdens het verloop van de aanbesteding kan geen informatie verstrekt worden betreffende de redenen waarom er met een bepaalde partij niet verder onderhandeld wordt. De informatie betreffende de eventuele niet-gunning zal verstrekt worden na het nemen van de gunningsbeslissing.”

3.2. In het kader van de onderhandelingen vinden per inschrijver twee schriftelijke onderhandelingsrondes plaats en een toelichtingssessie.

Tijdens die onderhandelingen ontvangt verzoekster per vergissing documenten afkomstig van en bestemd voor een andere inschrijver.

Verzoekster wordt op 17 mei 2021 uitgenodigd om enkele verduidelijkingen te bezorgen, waarbij wordt opgemerkt:

“De aanbestedende overheid heeft besloten toepassing te maken van de mogelijkheid voorzien in het BALB §2.1.12 (Verloop van de gunningsprocedure) om geen prijsonderhandelingen te voeren. Bijgevolg kunnen de prijzen voorzien in de ingediende initiële offerte enkel en alleen worden aangepast in de mate dat dit voortvloeit uit de hiervoor bedoelde technische onderhandelingen.

Dit houdt in dat, met uitzondering van een mogelijke prijswijziging voor de post ‘implementatiekost’ als gevolg van bovenstaande feedback, alle andere (prijs-) aanpassingen leiden tot een onregelmatigheid van de offerte. Ook overige (niet-prijs gerelateerde) aanpassingen van de offerte in het kader van de eerder vermelde technische onderhandelingen, behoudens de verduidelijking van de offerte in antwoord op de vragen in bijlage, zijn niet toegestaan.”

Op 26 mei 2021 nodigt de verwerende partij de inschrijvers uit om een BAFO (*best and final offer*) in te dienen, waarbij wordt gevraagd om het rekenkundig gecorrigeerde *TCO-sheet* te valideren en eveneens wordt meegedeeld:

“- Alle (al dan niet prijs-)aanpassingen zullen leiden tot een onregelmatigheid van de offerte, gezien de aanbesteder overeenkomstig het BALB §2.1.12 (Verloop van de gunningsprocedure) de beste prijs al ontvangen heeft bij het indienen van de eerste offerte.

- Ingevolge de wettelijke regels dient u als inschrijver deze BAFO in te dienen conform de vereisten van de opdrachtdocumenten. Een inschrijver die geen BAFO indient wordt verondersteld zijn offerte ingetrokken te

hebben en wordt niet meegenomen in het verdere verloop van de plaatsingsprocedure.”

3.3. Uiteindelijk worden de BAFO's op basis van het gunningsmodel als volgt gerangschikt: (1) de bv IBM Belgium; (2) de nv Landis+Gyr; (3) verzoekster.

Met het oog op de logistieke bevoorradingszekerheid krijgen overeenkomstig het bestek – de zogenaamde *dual sourcing* – de eerste twee gerangschikte bedrijven de opdracht gegund met een 50/50 verdeling.

Dat is de bestreden beslissing, goedgekeurd door de raad van bestuur van de verwerende partij op 17 juni 2021.

#### *IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden*

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met artikel 15 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

#### *V. Onderzoek van de middelen*

##### *A. Eerste middel*

##### *Uiteenzetting van het middel*

5. Het eerste middel is genomen uit de schending van artikel 4, eerste lid van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ “en het daarin neergelegde beginsel inzake eerlijke mededinging en het beginsel inzake de gelijke

behandeling der inschrijvers” en uit de schending van de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* als algemene beginselen van behoorlijk bestuur:

“Doordat verwerende partij heeft aangegeven onderhandelingen te starten en op het einde daarvan aan verzoekende partij gevraagd heeft om een Best And Final Offer (BAFO) in te dienen, maar tegelijkertijd – dat plots en cours de route – gesteld geen prijsonderhandelingen te zullen voeren, onder het motief dat reeds bij de eerste offerteronde de beste prijs zou zijn ontvangen en dat om die reden gebeurlijke prijsaanpassingen aan de BAFO zouden resulteren in de onregelmatigverklaring van de BAFO van verzoekende partij; dat verzoekende partij op risico de kans op gunning verloren te zien gaan, zich heeft moeten conformeren aan dat vereiste en dienovereenkomstig een ‘BAFO’ heeft moeten indienen die eigenlijk geen BAFO was en daaropvolgende de opdracht misliep;

Terwijl wanneer verwerende partij beslist om onderhandelingen op te starten en aansluitend een Best And Final Offer vraagt aan verzoekende partij het eigen is aan de onderhandelingen dat verzoekende partij haar offerte kan optimaliseren, zo niet is er geen sprake van Best And Final Offer; dat verzoekende partij in het kader van haar BAFO-ronde net gedwongen werd haar offerte te verslechteren doordat de TCO ingevolge door verwerende partij doorgevoerde actualisatie verhoogd werd; dat verwerende partij alleszins niet rechtsgeldig plots kan beslissen geen prijsonderhandelingen te zullen opstarten onder het motief dat bij de eerste offerteronde reeds de beste prijs werd ontvangen, aangezien volstrekt niet kan worden ingezien hoe verwerende partij zou kunnen weten dat dit effectief de best mogelijke prijs is die de inschrijvers konden aanbieden; dat de bestekbepaling in dat verband waarnaar verwerende partij verwijst niets anders bevestigt dan het principe dat het de aanbesteder is die beslist of er onderhandeld wordt en niet de inschrijvers; dat wanneer de aanbesteder echter beslist te onderhandelen dat de onderhandelingen steeds dienen afgerond te worden via een verbeterde offerte waarbij de inschrijver de kans krijgt de rangschikking in zijn voordeel te verbeteren; dat wanneer de verwerende partij beslist te onderhandelen en er luidens het bestek slechts sprake is van één gunningscriterium, de onderhandelingen a fortiori dienen te handelen over de elementen van de offerte die worden beoordeeld in het kader van het enige gunningscriterium, minstens dat dan de inschrijver de mogelijkheid wordt gelaten zijn offerte op dat vlak te verbeteren, in het andere geval is er immers geen sprake van onderhandelingen inzake een BAFO, terwijl verwerende partij nochtans uitdrukkelijk stelde te zullen onderhandelen en een BAFO vroeg; dat door de handelswijze van verwerende partij deze kans aan verzoekende partij werd ontnomen en dus bijgevolg de kans op gunning werd ontnomen waardoor de eerlijke mededinging en de gelijkheid der inschrijvers zijn geschonden;

Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wettelijke en reglementaire bepalingen en beginselen schendt.”

Volgens het bestek is er slechts sprake van één gunningscriterium, zijnde de TCO, aldus nog verzoekster. TCO of levenscycluskosten zijn te beschouwen als een onderdeel van de kosten. Bijgevolg, als de verwerende partij beslist dat er onderhandeld wordt én dat er een BAFO ingediend kan worden, volgt hieruit dat er onderhandeld kan worden over de prijs (aangezien deze de TCO bepaalt), minstens dat de prijs door de inschrijver geoptimaliseerd kan worden in het kader van de BAFO. Zo niet, had de verwerende partij dienen aan te geven dat de *ranking* bleef en dat er niet onderhandeld wordt, wat zij niet gedaan heeft.

Door haar handelwijze holt de verwerende partij het begrip *Best and Final Offer* volledig uit. De offerte van verzoekster op basis waarvan de verwerende partij finaal ging beslissen mocht niet beter (*Best*) zijn dan de eerste offerte en was tevens niet finaal (*Final*) aangezien de BAFO van verzoekster enkel een bevestiging mocht zijn van de initiële offerte, rekening houdende met enkele verduidelijkingen die lopende de plaatsingsprocedure waren aangebracht, wat in feite neerkwam op een verslechtering van de bieding.

### *Beoordeling*

6. In het bestek is aan de potentiële inschrijvers meegedeeld “dat het niet gegarandeerd is dat er prijsonderhandelingen gevoerd zullen worden” “in het verloop van de gunningsprocedure, zoals hieronder verder beschreven”, zodat van de inschrijvers “de beste prijs” wordt verwacht “bij het indienen van de offertes”.

Verzoekster toont niet de onwettigheid aan van die bepaling in het bestek.

7. Anders dan verzoekster beweert, had de verwerende partij geen “glazen bol” of een “gewrongen lezing van de besteksbe­paling” nodig om te weten wat de beste prijs was: zij mocht en moest veronderstellen, zo lijkt, dat de prijs in de initiële offerte die beste prijs was.

8. In beginsel beschikt de aanbestedende overheid in een mededingingsprocedure met onderhandelingen over een grote vrijheid om met de inschrijvers te onderhandelen en om de procedure van onderhandelen in te richten en te doorlopen.

De keuze voor de mededingingsprocedure met onderhandelingen ontslaat de inschrijvers niet van de verplichting om een offerte in te dienen overeenkomstig de bepalingen van het bestek.

Het is niet anders nu de in geding zijnde opdracht kadert in de zogenaamde speciale sectoren.

9. De wijze waarop de verwerende partij heeft gehandeld is, zo lijkt, gelijk verlopen voor alle inschrijvers en op transparante wijze aan hen meegedeeld.

Het is voorts op het eerste gezicht sporend met het bestek en dus voor alle inschrijvers voorzienbaar, dat de aanbestedende overheid tijdens de onderhandelingen – dat is: “in het verloop van de gunningsprocedure, zoals hieronder verder beschreven” – mogelijk enkel zal ingaan op de technische aspecten van de offerte.

Anders dan hoe verzoekster het voorstelt, kan een technische optimalisatie en de daaruit voortvloeiende prijsaanpassing ook een weerslag hebben op het gunningscriterium TCO.

Daaruit volgt dan weer, zo lijkt, dat de aanbestedende overheid ook de BAFO mag beperken tot de aspecten die in de onderhandelingsronde aan bod zijn gekomen.

10. Uit de stukken van het administratief dossier, inbegrepen de vertrouwelijke stukken waarop de Raad van State acht mag slaan, kan daarenboven worden afgeleid dat de verwerende partij binnen de beleidsruimte waarover zij beschikt haar houding geenszins plots en “en cours de route” heeft gewijzigd en hierdoor de inschrijvers heeft verschalkt. Niet enkel is die mogelijkheid voor beperkte onderhandelingen uitdrukkelijk uit het bestek af te leiden, ze blijkt ook uit het strategierapport van de verwerende partij. Zoals de verwerende partij opmerkt, is in dat strategierapport immers al opgenomen dat “niet meer op prijs onderhandeld [zal] worden na ontvangst van de eerste offerte” en dat de onderhandelingen betrekking zouden hebben op een reeks technische elementen zoals genoemd in de nota met opmerkingen: “Service Delivery, SLA’s en aangeboden target values; logistieke aspecten: logische zekerheid en flexibiliteit ikv. dual sourcing; verdeling en verduidelijking toegekende meter hoeveelheden; uitvoeringsmodaliteiten en opgegeven plan van aanpak & timing; kwaliteitsaspecten; exit modaliteiten”.

Tijdens de toelichtingsmeeting met verzoekster op 23 april 2021 wordt voorts expliciet aangegeven dat geen prijzen besproken zullen worden. Ook in de loop van de onderhandelingsrondes wordt op 17 mei 2021 gepreciseerd dat de verwerende partij besloten heeft om geen prijsonderhandelingen te voeren: “[b]ijgevolg kunnen de prijzen voorzien in de ingediende initiële offerte enkel en alleen worden aangepast in de mate dat dit voortvloeit uit de [...] technische onderhandelingen”.

De verwerende partij lijkt aldus steeds rechtlijnig te hebben gehandeld.

11. De rekenkundige aanpassingen die de verwerende partij aanbracht aan verzoeksters *TCO-sheet* en haar finaal ter validering voorlegde, waren het gevolg van de technische besprekingen tijdens de onderhandelingsrondes – minstens beweert verzoekster niet het tegendeel.

12. Verzoekster toont in de huidige stand van de rechtspleging niet aan dat de aanbestedende overheid de reikwijdte van de onderhandelingen op ondeugdelijke wijze beperkt heeft tot de technische aspecten en dat zij ten onrechte een optimalisatie van de offerte en prijswijzigingen slechts toegelaten heeft in de mate deze steunt op de gevoerde technische onderhandelingen.

Verzoekster is gevraagd om haar beste prijs te geven in de initiële offerte. Zij mocht niet de verwachting koesteren, zo lijkt, dat zij naderhand haar prijs ook anderszins nog mocht aanpassen, zonder verband met de eventuele technische optimalisaties.

13. Een schending van de in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen is vooralsnog niet aangetoond. Het middel is niet ernstig.

#### *B. Tweede middel*

##### *Uiteenzetting van het middel*

14. Het tweede middel is geput uit de schending van “artikel 4, eerste lid en het daarin neergelegde beginsel inzake eerlijke mededinging het beginsel inzake de gelijke behandeling der inschrijvers, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel juncto artikel 125 en artikel 135, eerste lid Wet 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten; Schending van artikel 85, § 1, derde lid KB 18 juni 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren; Schending van artikel 38 KB 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten; Schending van het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur”:

“Doordat verwerende partij een raamovereenkomst in de markt heeft gesteld met een duurtijd van 28 jaar, minstens 25 jaar, omvattende verscheidene onderdelen inzake leveringen en diensten die met elkaar worden geclusterd (zo onder meer de DaaS-diensten inzake watermeters, terwijl de aankoop van de watermeters niet het voorwerp van de opdracht uitmaakt, waar dat de aankoop van de elektriciteits- en gasmeters dat wel zijn en samen worden geclusterd met de DaaS-diensten daaromtrent) op een wijze dat gedurende bijna 30 jaar de markt wordt afgeschermd of minstens de toegang tot de markt zeer ernstig wordt bemoeilijkt en zonder enige objectieve verantwoording daarvoor;

Dat sommige onderdelen van de opdracht worden aangemerkt als voorwaardelijke gedeelten (voorwaardelijke schijven/verlengingen) waarbij luidens het bestek de vraag of een voorwaardelijk gedeelte wordt afgeroepen volledig bij de aanbesteder wordt gelaten; dat sommige van deze voorwaardelijke delen in het bestek worden aangemerkt als nieuwe doorontwikkelingen van de basisopdracht, waarbij bepaalde doorontwikkelingen zelfs zouden worden toegewezen op basis van nog te bepalen vereisten dewelke dus niet opgenomen zijn in de opdrachtdocumenten!!!

Dat het bestek verwijst naar een herzieningsclausule in het kader waarvan de inschrijvers worden verzocht een S1-poort aan te bieden, waarbij echter wordt gesteld dat de impact daarvan op de prijs en de uitvoering op de opdracht niet zal worden meegenomen in de beoordeling; dat het bestek in dat verband verder vermeldt dat binnen de 30 dagen na de sluiting van de opdracht zal worden meegedeeld of de S1-poort zal worden afgenomen of niet

Terwijl een raamovereenkomst in de speciale sectoren slechts een duurtijd mag hebben van 8 jaar, behoudens in gemotiveerde uitzonderingsgevallen; dat er geen objectieve motivering voorligt om de duurtijd van de raamovereenkomst te verlengen naar 8 jaar met 20 jaar extra; dat er alleszins geen enkele objectieve verantwoording voorligt om voor een extreem lange duurtijd van 28 jaar verscheidene leveringen en diensten, die op zich afzonderlijk kunnen worden aanbesteed – idem de voorziene doorontwikkelingen) in één raamovereenkomst met twee deelnemers te steken en dan nog met het principe van ‘dual sourcing’; dat de duurtijd van een overheidsopdracht verantwoord kan worden door de investeringen die de inschrijvers gehouden zijn te doen, maar dat dit niet opgaat aangezien een aanzienlijk deel van de opdracht handelt over diensten; dat overigens niet ingezien kan worden dat een dergelijke lange duurtijd verantwoord is aangezien het onder meer gaat over IT-diensten waarvan de technologie zodanig evolueert dat binnen enkele jaren lopende de raamovereenkomst de geboden dienstverlening verouderd is en zich dus een nieuwe raadpleging van de markt opdringt; dat de mededinging door deze handelswijze ernstig verstoord wordt;

Dat het bestek de concrete modaliteiten en voorwaarden dient te bepalen omtrent de afroep van de voorwaardelijke gedeelten en dat de afroep dus niet louter afhankelijk mag zijn van de wil van de aanbesteder; dat de

wetgeving overheidsopdrachten, in het bijzonder het beginsel inzake eerlijke mededinging en het transparantiebeginsel zich niet verdraagt met het feit dat een deelopdracht in het kader van een raamovereenkomst wordt gegund op basis van (technische) vereisten die niet vervat zijn in de raamovereenkomst, maar dewelke nog opgesteld dienen te worden;

Dat een herzieningsclausule dient te voldoen aan voorwaarden gesteld in artikel 38 KB 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten; dat dit wat betreft de zogenoemde herzieningsclausule inzake de S1-poort alvast niet het geval is, getuige daarvan de besteksbepaling die stelt dat binnen de 30 dagen na sluiting zal worden meegedeeld of de S1-poort zal worden afgenomen of niet; dat de S1-poort te beschouwen is als een toegestane optie die overeenkomstig de regelgeving overheidsopdrachten mee beoordeeld dient te worden, wat verwerende partij niet heeft gedaan;

Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wettelijke en reglementaire bepalingen en beginselen schendt.”

In de toelichting bij het middel wijst verzoekster nog op het volgende:

- De maximale duurtijd van de raamovereenkomst kan lopen tot 2049. Ingeval er geen verlenging optreedt duurt de raamovereenkomst alleszins 25 jaar. Dit is excessief boven de standaard duurtijd van acht jaar zoals voorzien in de speciale sectoren. De wetgeving laat weliswaar een langere duurtijd toe “in deugdelijk gemotiveerde uitzonderingsgevallen”. Noch in de aanbestedingsdocumenten noch in de bestreden beslissing is een gemotiveerde verantwoording terug te vinden. Artikel 125, § 1, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ is dan ook geschonden. Daarbij dient te worden opgemerkt dat de raamovereenkomst onder meer handelt over diensten. Het is volstrekt niet te begrijpen waarom deze diensten voor een dergelijk lange duurtijd van de markt afgeschermd zouden moeten worden. Er is ingeval van diensten immers geen sprake van zeer zware investeringen die de opdrachtnemer dient te doen bij de uitvoering van de opdracht en die hij dus lopende de opdracht over meer dan een decennium zou moeten terugverdienen, met een redelijke winstmarge. Bovendien zal in de immer en snel veranderende IT-wereld de technologie na verloop van enkele jaren wellicht al snel verouderd zijn, zodat geenszins begrepen kan worden waarom het objectief noodzakelijk en in het algemeen belang zou zijn om deze diensten in een dermate lang contract te steken.
- Het is geenszins duidelijk waarom één en ander objectief geclusterd zou moeten worden en niet, al dan niet na verloop van tijd, het voorwerp zou kunnen uitmaken van afzonderlijke aanbestedingen. Verzoekster verwijst concreet naar de clustering met DaaS-diensten inzake watermeters.
- Voorts voorziet de raamovereenkomst in doorontwikkelingen voor nieuwe metertypes met bijkomende functionaliteiten, inclusief DaaS-diensten (track 2). In dat verband verwijst verzoekster naar de volgende bestekbepaling: “Indien na grondige analyse blijkt dat de meters en de DaaS-diensten uit de basisscope niet meer verder gebruikt kunnen worden na 31 december 2024, dan kan er een minicompentie opgestart worden voor de ontwikkeling van een nieuw metertype (categorie III) volgens aangepaste requirements.” Deze nieuwe leveringen en diensten zouden worden aanbesteed via mini-competities. Frappant is zelfs, aldus

verzoekster, dat sommige van deze doorontwikkelingen niet meegenomen worden in de beoordeling van de gunningscriteria, *in casu* de TCO en dat voor sommige daarvan de gunning gebeurt via minicompetitie, waarbij de aanbestedende overheid zich het recht voorbehoudt dit te doen op basis van de *dual sourcing* methode, wat impliceert dat er geen daadwerkelijke concurrentie zal zijn op niveau van de mini-competities aangezien de raamovereenkomst net met twee deelnemers wordt gesloten.

Deze nieuwe doorontwikkelingen worden in het bestek bepaald als voorwaardelijke schijven/verlengingen of voorwaardelijke gedeelten. Op basis van het bestek blijkt dat de vraag of een voorwaardelijk gedeelte gelicht wordt louter afhankelijk is van de beslissing van de verwerende partij. De Commissie voor Overheidsopdrachten heeft evenwel aangegeven dat het al dan niet lichten van voorwaardelijke gedeelten niet potestatief mag zijn, maar dat de opdrachtdocumenten duidelijk de voorwaarden en modaliteiten dienen te bepalen onder de welke de voorwaardelijke gedeelten afgeroepen kunnen worden. Artikel 135, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 dat het gebruik van voorwaardelijke gedeelten in de speciale sectoren regelt, is dan ook geschonden.

- Het bestek verwijst naar een zogenoemde herzieningsclausule inzake de S1-poort waarvan gevraagd wordt deze ook aan te bieden in de offerte. Het bestek stelt evenwel dat de offertes zullen worden beoordeeld zonder rekening te houden met het al dan niet kunnen aanbieden van de S1-poort, de mogelijke extra ontwikkel- en implementatietermijn en de meerkost hiervan. Of de S1-poort zal worden besteld of niet zal worden meegedeeld binnen dertig dagen na de sluiting. Van een herzieningsclausule zoals bedoeld in artikel 38 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 'tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten' is alvast geen sprake. Aan de daarin bepaalde toepassingsvoorwaarden is geenszins voldaan. Het bestek is wat dat betreft veel te vaag en te vrijblijvend. De zogenoemde herzieningsclausule inzake de S1-poort kan dan ook niet anders worden begrepen dan als een toegestane optie, terwijl het bestek nochtans bepaalt dat er geen toegestane opties zijn. Toegestane opties dienen verplicht meegenomen te worden in de beoordeling van de offertes bij het bepalen van de economisch meest voordelige offerte. De verwerende partij stelt

evenwel uitdrukkelijk dat niet te doen, wat onwettig is. Artikel 85, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ is dan ook geschonden.

### *Beoordeling*

#### *a. “afscherming van de markt zonder objectieve verantwoording”*

15. Verzoekster heeft in de loop van de procedure geen enkele opmerking gemaakt over de mogelijke onwettigheid van de duur van de opdracht of van een clustering van de aankoop van gas- en elektriciteitsmeters en de DaaS-diensten voor die meters en voor watermeters. Integendeel. Wanneer haar de formele gelegenheid is geboden om opmerkingen te maken “op dit bestek”, schrijft zij:

“Iskraemeco heeft de voorwaarden in de aanbestedingsdocumentatie uitvoerig onderzocht en gaat hiermee in principe akkoord.”

Na een vraag tot verduidelijking heeft zij nog het volgende geantwoord:

“We accepteren de voorwaarden van het BALB en alle andere documenten [...]”

In datzelfde antwoord merkt zij op dat de verwerende partij “zeker ook zal profiteren in deze langdurige samenwerking”.

16. Verzoekster noemt zich in het inleidend verzoekschrift daarenboven “een internationale speler inzake elektriciteits- en gasmeters”. Dat spoort overigens met het strategierapport, waarin zij staat opgesomd bij de inschatting van het beperkt aantal bedrijven dat over de vereiste kennis en maturiteit beschikt om een relevante aanbidding te doen.

17. Verzoekster beoogt de opdracht zelf in de wacht te kunnen slepen en uit te voeren. Daarmee spoort ook dat zij thans de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid vordert van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing, zelfs nog zonder dat zij een beroep tot nietigverklaring heeft ingesteld.

Dat oogmerk is volstrekt onbereikbaar bij een toewijzing van de vordering op grond van dit middelonderdeel, wat immers zou nopen tot een fundamenteel herschrijven van het bijzonder bestek en dus zou noodzaken om de opdracht vervolgens opnieuw in de markt te plaatsen.

Verzoekster handelt dan ook met een verregaande onzorgvuldigheid, door pas nadat zij naast de opdracht grijpt, kritiek te formuleren op aspecten die tot de kern behoren van de opdracht en die zij voorheen – met goede kennis van zaken – uitdrukkelijk heeft verklaard te kunnen onderschrijven.

Hierdoor spreekt verzoekster de beweerd uiterst dringende noodzakelijkheid van haar vordering tegen.

Zonder te moeten onderzoeken of verzoekster, zo doende, getuigt van kwade trouw – zoals de verwerende partij opwerpt – leidt die vaststelling alleszins tot de conclusie dat verzoekster niet getuigt van de minimaal vereiste zorgvuldigheid en diligentie en dat het middel in die mate niet ontvankelijk is in de huidige rechtspleging.

*b. “doorontwikkelingen” met “minicompetities” en “voorwaardelijke gedeelten”*

18. Artikel 125, § 2, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ luidt:

“Opdrachten op basis van een raamovereenkomst worden gegund op basis van objectieve regels en criteria, waarbij de mogelijkheid bestaat de ondernemers die partij zijn bij de gesloten raamovereenkomst opnieuw tot mededinging op te roepen. Die regels en criteria dienen te worden bepaald in de opdrachtdocumenten voor de raamovereenkomst.

De objectieve regels en criteria, bedoeld in het eerste lid, garanderen de gelijke behandeling van de ondernemers die partij zijn bij de overeenkomst. Bij een nieuwe oproep tot mededinging stelt de aanbestedende entiteit een voldoende lange termijn vast voor de indiening van offertes voor elke specifieke opdracht, en gunt zij elke opdracht aan de inschrijver die de beste offerte heeft ingediend, op grond van de in de opdrachtdocumenten van de raamovereenkomst vastgestelde gunningscriteria.

De aanbestedende entiteit mag geen oneigenlijk gebruik van raamovereenkomsten maken en mag deze niet gebruiken om de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen.”

Artikel 135 van de wet van 17 juni 2016 luidt:

“De aanbestedende entiteit kan een opdracht plaatsen die een of meer vaste gedeelten en een of meer voorwaardelijke gedeelten omvat. Alhoewel de sluiting van de opdracht betrekking heeft op de volledige opdracht, is de aanbestedende entiteit enkel gebonden door de vaste gedeelten. De uitvoering van elk voorwaardelijk gedeelte is afhankelijk van een beslissing van de aanbestedende entiteit die aan de opdrachtnemer wordt meegedeeld overeenkomstig de in de initiële opdrachtdocumenten bepaalde nadere regels. De uitvoering van het voorwaardelijk gedeelte mag de algemene aard van de opdracht niet wijzigen.

Een opdracht kan van bij de sluiting een of meer verlengingen omvatten, overeenkomstig de in de initiële opdrachtdocumenten vermelde nadere regels. De volledige looptijd, met inbegrip van de verlengingen, moet over het algemeen beperkt blijven tot acht jaar na het sluiten van de opdracht. De verlenging mag geen aanleiding geven tot een wijziging van de algemene aard van de opdracht.

De in dit artikel bedoelde clausules moeten worden opgesteld in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige bewoordingen. Deze clausules omschrijven het toegangsgebied en de aard van de eventuele gevolgen die eruit voort kunnen vloeien, alsmede de voorwaarden waaronder ze kunnen worden gebruikt.

De Koning kan de nadere regels bepalen voor het gebruik van de opdrachten in vaste en voorwaardelijke gedeelten en verlengingsclausules”.

19. Wat de kritiek betreft op de “minicompetities” mag worden verwezen naar artikel 125, § 2, eerste lid van de wet van 17 juni 2016 en naar overweging 61 bij richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’, waaruit *prima facie* geleerd wordt dat de aanbestedende overheid werken, leveringen of diensten die onder de

raamovereenkomst vallen, ook mag laten uitvoeren “door een specifiek contract voor de uitvoering van werken, leveringen of diensten te gunnen na een mini-gunningsprocedure tussen de ondernemers die partij zijn bij de raamovereenkomst”. Dit lijkt ook relevant voor de speciale sectoren.

Het voorzien in minicompenties tussen de partijen bij de raamovereenkomst lijkt op het eerste gezicht dan ook niet onwettig op zich.

“Ter wille van de transparantie en gelijke behandeling moeten de aanbestedende diensten in de aanbestedingsstukken voor de raamovereenkomst de objectieve criteria voor de keuze tussen deze twee methoden van uitvoering van de raamovereenkomst aangeven”, zo leert nog diezelfde overweging 61. In de summiere toelichting van het middel komt verzoekster evenwel niet tot enige overtuigende bewijsvoering, dat de voorliggende keuze zonder objectieve verantwoording is. In dat verband wordt erop gewezen dat in het bijzonder bestek is opgenomen voor welke “doorontwikkelingen” minicompenties zullen geschieden en dat het behalen van een raamovereenkomst voor doorontwikkelingen of nieuwe metertypes luidens het bijzonder bestek “afhankelijk [is] van de evaluatie van elke minicompentie, die zal gegund worden op basis van de gunningscriteria Minicompenties, zoals omschreven in ‘Gunningscriteria’ van onderhavig bijzonder administratief [bestek]”. De keuze voor de minicompentie lijkt dan ook objectief bepaald in het bestek, minstens toont verzoekster met haar argumentatie niet aan dat een onwettigheid is begaan door de verwerende partij.

20. Daarenboven is in het bestek met betrekking tot “Track 2 – niet-gegarandeerde doorontwikkelingen, niet-gegarandeerde aantallen voor nieuwe metertypes met bijkomende functionaliteiten tov. track 1 en niet-gegarandeerde bijkomende meteraantallen” over de “voorwaardelijke verlengingen, voorwaardelijke uitbreidingen en mogelijke doorontwikkelingen op de basisscope/track 1 en alle bijhorende DaaS-diensten hierop”, het volgende opgenomen:

“Ikv. deze raamovereenkomst dienen opdrachtnemers mee te werken aan de realisatie van andere (toekomstige) functionaliteiten en meterbehoeftes die verband houden met regelgevende/juridische of innovatie-eisen.

Hieronder staat een korte beschrijving van de huidig gekende regelgevende/juridische of innovatie-eisen:

- Ontwikkeling en levering van een DIN-rail submeter voor elektriciteit voor het bemeten van residentiële lasten/productie waarvoor andere tarieven kunnen gelden incl. DaaS. Met deze doorontwikkeling kunnen de metering behoeften voor residentiële PV installaties (< 10kW), Residentiele laadpalen, warmtepompen, ... afgedekt worden. Deze submeter wordt gekoppeld op de hoofdelektriciteitsmeter voor zijn communicatie naar de back-end en bevat geen interne schakelaar en gebruikerspoort(en). Aansturen van de bemeten last moet niet kunnen vermits het energiebesluit dit expliciet uitsluit als taak van de DNB.
- Aankoop en integratie van een NB-IoT femtocell die ‘diep indoor’ NB-IoT communicatie mogelijk maakt. Met deze doorontwikkeling kunnen de metering behoeften voor grote appartementsgebouwen met meterlokalen in kelders afgedekt worden.
- Ontwikkeling en levering van een warmtemeter incl. DaaS of integratie van een warmtemeter geleverd door een derde partij in de referentie architectuur incl. DaaS. Met deze doorontwikkeling kunnen de metering behoeften voor warmtenetten afgedekt worden.
- Ontwikkeling en levering van gasmeters met grotere kalibers tot G25. Met deze doorontwikkeling kunnen de metering behoeften voor gasmeters tot G25 afgedekt worden. Deze gasmeters zullen geen interne afschakelmogelijkheid hebben maar wel via de hoofdelektriciteitsmeter (of de NB-IoT/WL MBUS hub) hun meetgegevens doorsturen naar de back-end

Door een offerte in te dienen engageert de inschrijver zich om actief mee te bouwen aan de lange-termijn roadmap van de aanbestedende entiteiten door hiervoor de nodige technische oplossingen te onderzoeken en voor te stellen. Dit maakt integraal deel uit van de raamovereenkomst en impliceert dat de inschrijvers voor deze behoeften een oplossing zullen aanbieden in het kader van track 2.

In de voorbereiding van deze roadmap dient door de inschrijvers informatief een voorgestelde technische oplossing, timing en indicatieve (niet-bindende) prijsvork (in bijlage 6 van de offerte) te worden opgegeven m.b.t. volgende twee doorontwikkelingen (aangezien dit voor ORES en Resa een urgente behoefte is):

- Ontwikkeling en levering van een bedrade communicatie oplossing incl. DaaS
- Ontwikkeling van bijkomende of alternatieve communicatie oplossing die kan gebruikt worden bij submeters

In het kader van de onderhandelingen zal worden gevraagd om de voorgestelde technische oplossing voor deze behoeftes eveneens toe te lichten.

[...]

De doorontwikkelingen zullen gebeuren d.m.v. minicompetities tussen de gegunde partijen binnen de raamovereenkomst volgens de gunningscriteria zoals beschreven in §2.1.10.4.”

21. Er kan vooralsnog niet worden aangenomen dat de voorwaarden voor de minicompetities onduidelijk zouden zijn vastgesteld in het bijzonder bestek.

22. Wat voorafgaat volstaat om te besluiten dat het middelonderdeel niet ernstig is, zonder dat moet worden ingegaan op de exceptie van de verwerende partij over de ontvankelijkheid ervan.

#### *c. S1-poort*

23. Artikel 38 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’ laat toe dat een wijziging zonder nieuwe plaatsingsprocedure wordt aangebracht, “wanneer de wijziging ongeacht de geldelijke waarde ervan, in de oorspronkelijke opdrachtdocumenten was voorzien in een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausule”.

Het Verslag aan de Koning bij deze bepaling (BS 27 juni 2017) stelt dat deze herzieningsclausules “het toepassingsgebied omschrijven en de aard van de mogelijke wijzigingen alsmede de voorwaarden waaronder deze kunnen worden gebruikt”; ze “mogen niet voorzien in wijzigingen die de algemene aard van de opdracht of raamovereenkomst kunnen veranderen” en geeft als voorbeeld:

“Herzieningsclausules kunnen in tal van gevallen van nut zijn. Bijvoorbeeld kunnen zij ervoor zorgen dat communicatieapparatuur die over een bepaalde periode moet worden geleverd, aan de vereisten blijft voldoen, ook bij wijziging van de communicatieprotocollen of andere technische wijzigingen. Herzieningsclausules kunnen er ook voor zorgen dat het mogelijk blijft (mits de clausules voldoende duidelijk worden

geformuleerd) om de opdracht aan te passen indien technische problemen bij het functioneren of het onderhoud zulks noodzakelijk maken. Hierbij wordt erop gewezen dat zowel gewoon onderhoud als buitengewone onderhoudshandelingen die noodzakelijk kunnen worden met het oog op de continuïteit van een openbare dienst, deel kunnen uitmaken van de opdracht.”

24. Volgens verzoekster is het “bestek [...] wat dat betreft veel te vaag en te vrijblijvend”. Enige uitwerking wordt door verzoekster niet gegeven.

In het bestek is “wat dat betreft” te lezen:

“Een S1 poort, zoals beschreven in de technische specificaties, zal conform het Vlaams Energiebesluit van 19 november 2010 zoals gewijzigd door de beslissing van de Vlaamse regering van 18 december 2020, worden opgenomen bij de uitvoering van de basisscope van track 1 (sub track 1.2 en/of 1.3) indien de totale meerkost op de elektriciteitsmeter minder dan 6% bedraagt ten opzichte van de kostprijs van eenzelfde type meter die door eenzelfde inschrijver wordt aangeboden zonder die functionaliteit.

Om deze herzieningsclausule te kunnen analyseren wordt aan de inschrijver gevraagd om volgende antwoorden toe te voegen bij indiening van zijn offerte in bijlage 10:

- o kan er door de inschrijver op de elektriciteitsmeter een digitale S1-poort ontwikkeld, geïmplementeerd en geleverd worden volgens de opgegeven specificaties. Indien de S1-poort kan worden aangeboden dan moet dit voldoen aan de technische specificaties zoals opgenomen in E-TSD specificatie 4.8.4-2. Indien er geen S1-poort kan worden aangeboden dan vervalt deze specificatie 4.8.4-2 uit E-TSD.

- o Bij een positief antwoord moet de inschrijver de totale meerkost opgeven (ten opzichte van de kostprijs zonder deze functionaliteit) als antwoord op bijlage 10, inclusief de extra kosten voor ontwikkeling, implementatie en levering alsook de bijkomende uitvoeringstermijnen indien van toepassing op de mijlpalen volgens §3.6.4.

De offerte van de inschrijvers worden beoordeeld zonder rekening te houden met het al dan niet kunnen aanbieden van een digitale S1-poort en de mogelijke extra ontwikkel- en implementatietermijn en de meerkost hiervan.

De herzieningsclausule mbt. de S1-poort zal alleen uitgevoerd worden indien er cumulatief en integraal voldaan is aan volgende voorwaarden:

- o Alle gegunde partijen hebben aangegeven dat ze een S1-poort kunnen aanbieden conform hoger vermelde technische specificaties

- o De extra prijs voor de volledige ontwikkeling, implementatie, integratie en levering van de S1-poort op de elektriciteitsmeters bedraagt per gegunde partijen niet meer dan 6% bovenop de aangeboden totale prijs per

elektriciteitsmeter en dit zowel voor de mono- als driefasige elektriciteitsmeter.

De aanbestedende overheid stelt alles in het werk om de beslissing over het wel of niet uitvoeren van de herzieningsclausule m.b.t. de S1-poort mee te delen binnen de 30 dagen na sluiting”.

Dat het aangehaalde “veel te vaag en te vrijblijvend” zou zijn, laat de Raad van State vooralsnog op rekening van de eigen subjectieve invulling door verzoekster. Vanuit objectief oogpunt lijkt die uiteenzetting in het bestek niet “veel te vaag en te vrijblijvend” te noemen. De herzieningsclausule inzake de S1-poort lijkt, in het licht van de bijzondere specificiteit van de opdracht zoals uiteengezet in het bestek, van nut voor de verwerende partij en de omschrijving in het bestek wijst op het eerste gezicht niet op enig risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende overheid, minstens toont verzoekster dat niet aan.

Het betoog dat het niet kan gaan om een herzieningsclausule, omdat niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel 38 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, is derhalve niet ernstig. Evenmin kan hierdoor de redenering worden gevolgd, die steunt op de premisse dat de bestekbepaling inzake de S1-poort moet worden beschouwd als een toegestane optie.

25. Artikel 85, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017, waarvan eveneens de schending wordt ingeroepen, is geplaatst onder titel 2 ‘Gunning bij openbare of niet-openbare procedure’ van dat koninklijk besluit, terwijl de plaatsingsprocedure die in dit geval is gevolgd de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging is.

26. Wat voorafgaat volstaat om te besluiten dat het middelonderdeel niet ernstig is, zonder dat moet worden ingegaan op de exceptie van de verwerende partij over de ontvankelijkheid ervan.

#### *d. conclusie*

27. Het middel, voor zover ontvankelijk, mist ernst.

## **BESLISSING**

**1. De Raad van State verwerpt de vordering.**

**2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 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 zesentwintig juli tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

|                        |                  |
|------------------------|------------------|
| Geert Van Haegendoren, | kamervoorzitter, |
| bijgestaan door        |                  |
| Frank Bontinck,        | griffier.        |

**De griffier**

**De voorzitter**

**Frank Bontinck**

**Geert Van Haegendoren**