

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 252.801 van 26 januari 2022
in de zaak A. 235.348/XII-9169**

In zake: de NV ECONOCOM MANAGED SERVICES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Maxime Vanderstraeten, Jens Mosselmans en
Daniel Cortez Cazas
kantoor houdend te 1000 Brussel
Terhulpsessesteenweg 120
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF DIGIPOLIS
ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens, Matthias Stinissen en Tatyana
Lebedeva
kantoor houdende te 1000 Brussel
Wolstraat 70
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 30 december 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het autonoom gemeentebedrijf Digipolis Antwerpen van 15 december 2021 om de opdracht ‘A001854 – Aankoop en ingebruikname van een Servicedesk’ te gunnen aan Zendesk Inc.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 januari 2022, om 11.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Jens Mosselmans en Daniel Cortez Cazas, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaten Bob Martens, Matthias Stinissen en Tatyana Lebedeva, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit met als voorwerp “raamovereenkomst voor de aankoop en ingebruikname van een servicedesk”.

De opdracht wordt geplaatst via een mededingingsprocedure met onderhandeling.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 9 juni 2021.

3.3. In het bestek wordt de opdracht omschreven als volgt:

“De opdracht heeft betrekking op de servicedesks van Digipolis Antwerpen en verschillende van haar klanten (vb. Zorgbedrijf Antwerpen, Brandweer Zone Antwerpen, Stedelijk Onderwijs, HR dienst Antwerpen).

Volgende onderwerpen maken deel uit van de opdracht:

- De aankoop en gebruiksklaar implementeren van een SaaS IT Service Management tool voor de servicedesks van verschillende diensten bij

de Groep Antwerpen samen met het onderhoud ervan, bijkomende ondersteuning en helpdesk diensten.

- Een raamovereenkomst (op basis van een dienstencatalogus) dat items bevat, gerelateerd aan een SaaS IT Service Management tool.

De opdracht omvat tevens het gebruiksklaar koppelen en integreren met volgende pakketten binnen Digipolis: Deploy en Inventory tools, Active Directory en Exchange. Daarnaast moeten koppelingen mogelijk zijn met andere toepassingen, databases (MS SQL Server, MySQL,...) en 'event based' en via (REST) API's op een vlotte en onbeperkte manier. De volledige functionaliteit van de toepassing moet ook ontsloten kunnen worden naar een bestaand eindgebruikers portaal met eigen look & feel, via gangbare standaarden ((REST) API's).

Het exporteren en in bruikbare vorm aanbieden van de historiek van de bestaande oplossing (Zendesk) naar de nieuwe oplossing hoort ook bij deze opdracht.

Het ondersteunen van decentrale servicedesks en het voorzien van meerdere klant- en leverancier portalen moet mogelijk zijn.

Daarnaast moet de toepassing performant en stabiel zijn. De geselecteerde kandidaten krijgen inzage in deze technische biotoop als voorbereiding op het maken van hun offerte."

Blijkens het bestek zijn de volgende gunningscriteria van toepassing:

Gunningscriteria	Weging
1. Kosten implementatie	15%
2. Kosten operationele werking	15%
3. Kwaliteit implementatie	15%
4. Kwaliteit operationele werking	
a. Functionele vereisten	35%
b. Technische vragen & security	10 %
c. Onderhoudscontract / SLA	10 %

De eerste twee criteria worden toegelicht als volgt:

"GC1: Kost Implementatie

De implementatiekost zal beoordeeld worden aan de hand van de opgegeven prijzen in het kostensjabloon (Bestek bijlage 1), evenwel rekening houdend met het principe 'Total Cost of Ownership'. De

implementatiekost omvat alle éénmalige kosten. Derhalve zullen volgende elementen worden beoordeeld:

- kost mandagen implementator : maak dit inzichtelijk (welke rollen, welke projectfase,...)
- kost mandagen Digipolis / deelnemende besturen : maak dit inzichtelijk (welke rollen, welke projectfase,...)
- aankoop licenties indien van toepassing,
- aankoop hardware indien van toepassing.

Bovendien wordt gevraagd om het licentiemodel van de voorgestelde oplossing toe te lichten.

Om de kost te berekenen gaan we uit van volgende parameters:

- Er zijn een zestal verschillende afnemers van dit contract. Elke afnemer kan zijn eigen implementatie van de aangeboden toepassing doen, op basis van de ingediende prijslijst.
- In totaal zijn er momenteel 1.000 agents, verspreid over de verschillende afnemers (grootte-orde).
- Om de kost te bepalen, gaan we ervan uit dat de aanbieder minimaal de 'essentiële' userstories uit functionele en niet functionele vereisten meeneemt.
- Bij de bepaling van de kost, wordt gevraagd om ook een conversie van het huidige systeem mee op te nemen indien noodzakelijk.
- Voor de berekening vragen we de volledige implementatie van twee gescheiden omgevingen
 - Omgeving 1: organisatie met 20 agents
 - Omgeving 2: organisatie met 500 agents

GC2: Kost Operationele werking

De operationele kost zal beoordeeld worden aan de hand van de opgegeven prijzen in het kostensjabloon (Bestekbijlage 1). Deze kost omvat alle weerkerende kosten.

- Geef een volledig overzicht van de kosten per jaar operationele werking, en dit voor 4 jaar. Geef waar nodig voldoende detail, zodat duidelijk is op basis van welke parameters en welke veronderstellingen de kosten werden opgebouwd."

3.4. Luidens het selectieverslag van 29 juli 2021 komen vijf kandidaten die een aanvraag tot deelname hebben ingediend, in aanmerking voor de opdracht. Drie ondernemingen, waaronder de verzoekende partij en de gekozen inschrijver, dienen een initiële offerte in. Vervolgens, na onderhandelingsrondes op 1, 7 en 14 oktober 2021, dienen zij elk op 25 oktober 2021 een BAFO in.

3.5. Op 15 december 2021 wordt een gunningsverslag opgesteld. De BAFO's van de drie inschrijvers worden als volgt getoetst aan de hand van de gunningscriteria:

“Gunningscriterium I: Kosten implementatie 15 punten

Dit criterium werd als volgt beoordeeld:
[...]

De score wordt berekend met deze formule: Score inschrijver A = weging gunningscriterium * (laagste prijs / prijs inschrijver A)

Econocom

Econocom doet een commerciële inspanning en biedt de implementatiekost voor de voorgestelde opdracht aan zonder meerkost. Er blijft echter een substantiële kost voor eigen rekening verbonden aan het in gebruik nemen van de software (kostprijs medewerkers klantzijde).

g-company

g-company rekent een redelijk ingeschatte kost aan voor het implementeren van de oplossing. Daarnaast is [er een] substantiële eigen kost voor het in gebruik nemen van de oplossing.

Zendesk

Zendesk rekent geen implementatiekost aan. De kandidaat beschouwt de kost voor implementatie als deel van de licentiekost. Het systeem is op dit moment in gebruik en daardoor zijn er slechts beperkte eigen kosten verbonden aan het in gebruik nemen van deze oplossing. Deze kosten werden meegenomen in de berekening van de score.

Resultaat

Op het gunningscriterium kosten implementatie scoorden de inschrijvers als volgt:

Econocom	2,5
g-company	0,4
Zendesk	15,0

Gunningscriterium II: kosten operationele werking 15 punten

Dit criterium werd als volgt beoordeeld:

De prijs werd vertaald naar een score d.m.v. de volgende formule:

$$\text{Score inschrijver A} = \text{weging gunningscriterium} * (\text{laagste prijs} / \text{prijs inschrijver A})$$

De beoordeling van de kosten van de operationele werking houden rekening met alle weerkerende kosten voor een periode van 4 jaar. Dit zijn de pure licentiekosten (kost per gebruiker per tijd) en de kosten voor onderhoud, updates en noodzakelijke aanpassingen, waarbij zowel kosten bij de leverancier als kosten door de gebruiker in rekening worden gebracht.

De kandidaten werden gevraagd dit in een duidelijk overzicht aan te leveren.

Econocom

De licentiekost en de operationele kosten voor het gebruiken van de toepassing zijn vergelijkbaar met die van de andere kandidaten. Econocom gaf voor het voorbeeldscenario met 500 agenten de middelste prijs, voor het kleine voorbeeldscenario de hoogste prijs.

g-company

De licentiekost en de operationele kosten voor het gebruiken van de toepassing zijn vergelijkbaar met de andere kandidaten. g-company gaf voor het voorbeeldscenario met 500 agenten de laagste prijs, en voor het voorbeeld met 20 agenten de middelste.

Zendesk

Zendesk bezorgde een all-in prijs voor de kosten van de operationele werking. Dit is de hoogste prijs van de inschrijvers voor het scenario met 500 agenten, en het goedkoopste voor het kleine scenario.

Resultaat

Op het gunningscriterium kosten operationele werking scoorden de inschrijvers als volgt:

Econocom	14,1
g-company	15,0
Zendesk	11,1

Gunningcriterium III: kwaliteit implementatie 15 punten

[...]

Resultaat

Op het gunningcriterium kwaliteit implementatie scoorden de inschrijvers als volgt:

Econocom	12,9
----------	------

g-company	11,8
Zendesk	11,1

Gunningcriterium IV: kwaliteit operationele werking 55 punten

[...]

Resultaat

Op het gunningcriterium kwaliteit operationele werking scoorden de inschrijvers als volgt:

Econocom	44,2
g-company	46,6
Zendesk	43,5

Besluit

De scores van de verschillende inschrijvers over de verschillende gunningscriteria zijn als volgt:

Criteria	Econom	g-company	Zendesk
Kosten implementatie	2,5	0,4	15,0
Kosten operationele werking	14,1	15,0	11,1
Kwaliteit implementatie	12,9	11,8	11,1
Kwaliteit operationele werking	44,2	46,6	43,5
TOTAAL (100)	73,7	73,8	80,6

gschikking wordt als cascadesysteem gebruikt. De eerste in de rangschikking is de preferente leverancier. Indien blijkt dat hij voor een aankoop te duur, te traag, een te beperkt aanbod heeft of niet de meest opportune implementatiepartner is, wordt overgestapt naar de volgende in het cascadesysteem.

Het eindresultaat van de beoordeling is de volgende rangschikking:

Zendesk	80,6
g-company	73,8
Econom	73,7

Rekening houdende met de gunningscriteria uit het bestek heeft Zendesk de voordeligste, regelmatige offerte, ingediend.”

3.6. Op 15 december 2021 beslist de verwerende partij, verwijzend naar het gunningsverslag, om de opdracht te gunnen aan Zendesk inc.

Dit is de bestreden beslissing.

Met aangetekende brieven van 16 december 2021 worden de inschrijvers op de hoogte gebracht van de gunningsbeslissing.

IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

V. Onderzoek van het eerste middel en tweede middel, samen genomen

Standpunt van de partijen

5. In het eerste en tweede middel voert de verzoekende partij telkenmale de schending aan van de artikelen 4, 5 en 81 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, het beginsel van gelijkheid van de inschrijvers en het evenredigheidsbeginsel.

5.1. In een eerste middel betoogt de verzoekende partij dat de financiële beoordeling van de offertes is gesteund op twee gunningscriteria waarvan het gewicht niet in verhouding staat tot de waarde van de betrokken diensten, waardoor niet kan worden uitgemaakt welke offerte de economisch meest voordelige is.

Zij licht toe dat de kosten van de operationele werking verhoudingsgewijs veel hoger zijn dan de kosten van de implementatie. De eerstgenoemde kosten bedragen in haar offerte in totaal 1.005.585,36 euro (excl. btw), en de laatstgenoemde kosten slechts 17.750 euro (excl. btw), dat wil zeggen

respectievelijk 98,3% en 1,7% van de totale waarde van haar offerte. Hierdoor wordt een onevenredig concurrentievoordeel toegekend aan de inschrijvers met lage implementatiekosten, en dus in het bijzonder aan de gekozen inschrijver, die de zittende opdrachtnemer is, terwijl de verwerende partij dit voordeel juist had moeten neutraliseren, wat de verzoekende partij in een tweede middel onder meer aanvoert. Volgens de verzoekende partij kan een dergelijke methode sommige inschrijvers ook hebben aangemoedigd om te speculeren door een prijs voor implementatiekosten aan te bieden die veel lager is dan de werkelijke prijs, terwijl de prijs voor operationele kosten kunstmatig wordt opgedreven.

De verzoekende partij benadrukt nog dat zij belang heeft bij deze kritiek, aangezien zij voor de operationele kosten een prijs heeft ingediend die duidelijk veel lager is dan die van de gekozen inschrijver: de offerte van de verzoekende partij is op dit vlak 21% goedkoper dan die van de gekozen inschrijver, maar dit enorme prijsverschil (306.770 euro) vertaalt zich slechts in een verschil van 3 van de 15 punten in haar voordeel; omgekeerd is haar offerte op het vlak van de implementatiekosten slechts 14.500 euro duurder dan die van de gekozen inschrijver, wat zich niettemin vertaalt in een enorm puntenvoordeel voor deze inschrijver: 12,5 van de 15 punten. Zij vervolgt: “Uit het gunningsverslag kan zelfs worden afgeleid dat de verzoekende partij de offerte indiende die over het geheel genomen het goedkoopst was: 1.023.335,36 euro (implementatiekosten en operationele kosten), tegenover 1.071.775,64 euro voor g-company, en meer dan 1.230.000 euro voor Zendesk! Het is dus enkel door een volstrekt kunstmatige en onevenredige verdeling van het financiële criterium dat Zendesk dit contract in de wacht heeft kunnen slepen”.

5.2. In een tweede middel doet de verzoekende partij gelden dat het criterium van de kosten van de implementatie de gekozen inschrijver als zittende dienstverlener een onevenredig voordeel verschaft, “des te meer in het kader van een gunningscriterium dat onevenredig zwaar weegt in verhouding tot de waarde ervan (zie eerste middel)”. Te dezen heeft de verwerende partij dit natuurlijke voordeel nog versterkt door niet enkel rekening te houden met de kosten die de gekozen inschrijver moet maken, maar ook met de kosten (in mandagen) van de overgang voor het personeel van de aanbestedende dienst zelf, bovendien zonder

“objectief vast te stellen met welke factoren de inschrijvers in dit verband rekening moesten houden”.

Volgens de verzoekende partij, daarbij verwijzend naar rechtspraak van het Gerecht van de Europese Unie, had de verwerende partij dit natuurlijke voordeel van de zittende inschrijver niet alleen niet mogen versterken, maar had zij het zelfs moeten neutraliseren.

6. In de nota werpt de verwerende partij in de eerste plaats op, met verwijzing naar rechtspraak van de Raad van State, dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het eerste en het tweede middel waarin zij zich beklagt over een vermeende onwettigheid van het bestek.

De verzoekende partij diende immers als zorgvuldige en diligente kandidaat tijdig en in ieder geval voorafgaandelijk aan het indienen van haar offerte de kritieken, bezwaren of opmerkingen te formuleren die zij zou hebben op de gehanteerde gunningscriteria en weging, hetgeen zij volstrekt naliet en dit terwijl zij in het kader van de mededingingsprocedure met onderhandeling daartoe over meerdere mogelijkheden beschikte. De door de verzoekende partij aangevoerde onwettigheid heeft betrekking op een fundamenteel onderdeel van het bestek. In het kader van de opmaak van haar offerte diende zij het bestek op dit vlak dan ook grondig door te nemen waardoor zij reeds dan bezwaren had moeten opwerpen. Bovendien was zij ervan op de hoogte dat de aflopende raamovereenkomst voor de aankoop en ingebruikname van een servicedesk werd uitgevoerd door de gekozen inschrijver die, naar zeggen van de verzoekende partij, bepaalde voordelen zou kunnen hebben bij de opmaak van haar offerte. Met toepassing van artikel 81 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) had zij onmiddellijk dienen op te treden teneinde haar belangen veilig te stellen. In het bijzonder wanneer zij meent dat een bestek volledig op maat van een welbepaalde concurrent werd geschreven, moest de verzoekende partij een beroep instellen tegen het besluit houdende de vaststelling van dat bestek en kon zij niet wachten, met toepassing van de leer van de complexe rechtshandeling, op de gunningsbeslissing.

Een en ander geldt volgens de verwerende partij des te meer nu de kritiek van de verzoekende partij enkel aanleiding zou kunnen geven tot het herschrijven van het bestek en de verwerende partij dus zou noodzaken om de opdracht opnieuw in de markt te plaatsen, en niet het beoogde voordeel zou teweegbrengen voor de verzoekende partij dat zij eventueel in aanmerking zou komen voor de gunning van de opdracht.

6.1. Wat de ernst van het eerste middel betreft, betoogt de verwerende partij dat zij het opsplitsen van het prijs criterium in twee afzonderlijke gunningscriteria ‘kosten implementatie’ en ‘kosten operationele werking’ (in overeenstemming met de twee hoofdonderdelen van de opdracht) en het koppelen van een identiek gewicht aan de beide financiële gunningscriteria, zijnde telkens 15 punten op een totaal van 100 punten, nuttig én noodzakelijk heeft geacht.

Zij licht toe dat in het verleden vaak is geopteerd voor één prijs criterium waarvan de implementatiekost dan deel uitmaakt, maar dat dit tot gevolg had dat de softwareleveranciers hoge implementatiekosten (met eigen kosten verbonden voor de verwerende partij) indienden, zonder dat deze hoge kost verregaand doorwoog in de algemene beoordeling van het prijs criterium (en waarbij een en ander niet als abnormale prijzen kon worden beschouwd), en terwijl deze (te) hoge implementatiekost wel een directe impact heeft op de werkingsmiddelen van de verwerende partij en ook betrekking heeft op het aandeel van de medewerkers van de verwerende partij in het implementatietraject. Daarom werden de inschrijvers ook verplicht om “mandagen” op te geven zowel voor hun medewerkers als voor die van de verwerende partij, aan de hand waarvan kon worden nagegaan welke kosten ten laste van de verwerende partij zouden blijven. Omdat de implementatie in het verleden vaak aanleiding heeft gegeven tot aanzienlijke, verborgen “eigen” kosten voor de verwerende partij, heeft zij geoordeeld om een afzonderlijk financieel gunningscriterium ‘kosten implementatie’ te voorzien, met een voldoende zware weging opdat de inschrijvers daarmee ook effectief rekening zouden houden.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij betoogt, beoogde de verwerende partij met de vooropgestelde weging precies te vermijden dat het gunningscriterium ‘kosten implementatie’ aanleiding zou kunnen geven tot

speculatie, in het bijzonder door veel kosten door te schuiven naar de eigen werking van de verwerende partij. De verwerende partij stelt nog dat, gelet op voorgaande ervaringen, zij niet op voorhand kon inschatten dat deze weging van de financiële gunningscriteria “finaal en op basis van de ingediende offerte” een concurrentieel voordeel zou kunnen betekenen voor de gevestigde opdrachtnemer. In voorkomend geval was het namelijk niet uitgesloten dat deze niet zou deelnemen aan de opdracht, dan wel een nieuwe en technisch verbeterde servicedesk zou aanbieden met mogelijk andere functionaliteiten die een verregaande implementatie tot gevolg zouden hebben (gelet op de wens van verwerende partij om innovatieve voorstellen te ontvangen). Daarnaast, zo vervolgt zij, kon zij evenmin *in casu* op voorhand inschatten door welke verhouding de kosten van de inschrijvers zouden worden gekenmerkt: “het is immers niet ondenkbaar dat bepaalde (innovatieve) oplossingen zouden leiden tot bijvoorbeeld hoge eenmalige instapkosten, maar lage(re) operationele kosten of omgekeerd”. Zij verwijst daarbij naar de opgegeven implementatiekosten van inschrijver g-company die aanzienlijk hoger liggen dan bij de andere inschrijvers (omdat geen verregaande commerciële inspanningen werden geleverd), vaststelling die de kritiek weerlegt dat deze kosten een verwaarloosbaar en onbeduidend onderdeel van de opdracht zouden vormen. Die verhouding wordt volgens haar ook voor een deel zelf bepaald door de keuze van de inschrijvers om een bepaalde verdeling aan te houden in hun financieel voorstel of het al dan niet verlenen van een bepaalde commerciële geste, “zoals bv. de eigen implementatiekosten zelf dragen of in voorkomend geval ook de implementatiekosten van verwerende partij dragen”.

Ten slotte meent de verwerende partij dat de rechtspraak waarnaar de verzoekende partij verwijst niet relevant is en daaruit in elk geval niet volgt dat de waarde van een gunningscriterium telkens recht evenredig moet worden gekoppeld aan de kost die daaraan is verbonden.

In ieder geval, zo besluit de verwerende partij, heeft zij al het mogelijke gedaan om te waarborgen dat de inschrijvers een gelijke kans kregen om de opdracht in de wacht te slepen. Zo werd de verdeling van de weging tussen de financiële en kwalitatieve gunningscriteria op zodanige wijze gedaan dat het *a*

priori onmogelijk zou zijn om enkel op grond van de financiële gunningscriteria, die 30 % van de punten vertegenwoordigen, de opdracht in de wacht te slepen.

6.2. Wat het tweede middel betreft, antwoordt de verwerende partij in haar nota dat een onwettigheid enkel kan worden vastgesteld indien de gunningscriteria of de weging hiervan een duidelijke ongelijkheid in het leven roepen, en indien de aanbesteder dit op bewuste wijze doet en niet te goeder trouw handelt. Bovendien volgt, volgens de verwerende partij, uit rechtspraak van de Raad van State dat het concurrentieel voordeel van die aard moet zijn dat de andere inschrijvers onmogelijk nog de opdracht kunnen binnenhalen. Zij zet uiteen waarom dit alles te dezen niet het geval is.

De verwerende partij doet voorts gelden dat, zelfs indien wordt aangenomen dat de zittende opdrachtnemer een inherent voordeel zou hebben genoten, een dergelijk voordeel in ieder geval niet steeds leidt tot een ongelijke behandeling van de inschrijvers of tot een onwettigheid van de gunningsbeslissing. Uit de rechtspraak van het Gerecht van de Europese Unie leidt zij af dat een aanbestedende overheid moet optreden om dat concurrentieel voordeel te neutraliseren wanneer dit zou leiden tot een schending van het gelijkheidsbeginsel, “doch enkel in de mate dat een neutralisatiemaatregel (i) technisch gemakkelijk uitvoerbaar is, (ii) economisch aanvaardbaar is én (iii) geen afbreuk wordt gedaan aan de rechten van de zittende opdrachtnemer”. Zij zet alsdan uitvoerig uiteen waarom te dezen geen enkele van deze drie voorwaarden is vervuld.

Beoordeling

Wat de ontvankelijkheid van het eerste en tweede middel betreft

7. Volgens de verwerende partij heeft de verzoekende partij haar recht verbeurd om zich te beroepen op de onwettigheid van de besteksbepaling inzake het eerste gunningscriterium ‘kosten implementatie’, aangezien zij tijdens de gunningsprocedure daarop geen enkele kritiek heeft geuit.

In het arrest nr. 152.173 van 2 december 2005 inzake de nv Labonorm oordeelde de Raad van State dat onrechtmatigheden die een inschrijver aan een besteksbepaling verwijt, in beginsel nog op ontvankelijke wijze

mogen worden aangevoerd tegen latere beslissingen in het kader van de plaatsingsprocedure. Zo ook is het de verzoekende partij in de onderhavige zaak in beginsel toegelaten om onrechtmatigheden die zij aan een bepaling van het bestek verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze in te roepen tegen de latere gunningsbeslissing.

De verwerende partij toont op het eerste gezicht niet aan dat de verzoekende partij onzorgvuldig of niet diligent zou hebben gehandeld door niet onmiddellijk, nog vóór de indiening van haar offerte, bezwaar, eventueel in rechte, te maken tegen het opsplitsen van het prijscriterium in twee afzonderlijke gunningscriteria ‘kosten implementatie’ en ‘kosten operationele werking’ en het koppelen van een identiek gewicht aan de beide financiële gunningscriteria. De kwestieuze besteksbeepaling heeft de verzoekende partij niet belet om op zinvolle wijze aan de opdracht deel te nemen aangezien de verwerende partij haar offerte ontvankelijk heeft bevonden en heeft beoordeeld.

De verwerende partij lijkt voorts niet te kunnen worden bijgevallen waar zij betoogt dat het hier gaat om een wettigheidsbezwaar dat meteen zichtbaar zou zijn. De kritiek van de verzoekende partij op het litigieuze criterium wordt door de verwerende partij betwist aan de hand van een uitvoerige argumentatie. Het bezwaar is dan ook niet dermate evident dat aan een inschrijver verweten zou kunnen worden niet onmiddellijk de aanbestedende dienst of een rechter te hebben geadieerd. Dit geldt des te meer nu te dezen mag worden aangenomen dat de verzoekende partij pas bij kennisname van het verslag van nazicht van de offertes volledig inzicht heeft gekregen in de wijze waarop het litigieuze gunningscriterium door de verwerende partij werd ingevuld. Overigens lijkt de verwerende partij, waar zij stelt dat zij evenmin op voorhand kon weten dat de zittende inschrijver een offerte zou indienen (dat bovendien niet innovatief is en bijgevolg nauwelijks implementatiekosten behoeft), haar stelling dat het wettigheidsbezwaar meteen zichtbaar zou zijn, tegen te spreken.

Voor zover de verwerende partij verwijst naar de meldingsplicht bepaald in artikel 81 van het koninklijk besluit plaatsing, volstaat de vaststelling – daargelaten of het vinden van fouten en leemten in de opdrachtdocumenten zomaar gelijk te stellen is met een wettigheidsbezwaar en deze bijzondere regeling

bijgevolg te dezen van toepassing zou zijn – dat deze bepaling een loutere verwoording is van de zorgvuldigheidsplicht in hoofde van de inschrijver, zoals die hoger is beoordeeld.

De omstandigheid dat de kritiek van de verzoekende partij enkel aanleiding zou kunnen geven tot het herschrijven van het bestek en de verwerende partij dus zou noodzaken om de opdracht opnieuw in de markt te plaatsen, lijkt wel degelijk, anders dan de verwerende partij beweert, het beoogde voordeel voor de verzoekende partij teweeg te brengen dat zij eventueel in aanmerking zou komen voor de gunning van de opdracht.

Er is derhalve geen reden om de desbetreffende middelen onontvankelijk te verklaren.

8. De exceptie wordt verworpen.

Wat de ernst van het eerste en tweede middel betreft

9. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, behandelen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen zij op een transparante en proportionele wijze.

Overeenkomstig artikel 81, § 1, van dezelfde wet baseert de aanbestedende overheid de gunning van overheidsopdrachten op de economisch meest voordelige offerte. Luidens artikel 81, §§ 2 en 3, komt het aan de aanbestedende overheid toe om de gunningscriteria te bepalen die zij zal hanteren om de offertes te beoordelen. Luidens artikel 81, § 4, specificeert de aanbestedende overheid voor Europese opdrachten, zoals te dezen, het relatieve gewicht dat zij voor de bepaling van de economisch meest voordelige offerte aan elk van de gekozen criteria toekent.

De door een aanbestedende overheid vastgestelde gunningscriteria dienen verband houden met het voorwerp van de opdracht, mogen de aanbestedende overheid geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven, moeten

uitdrukkelijk zijn vermeld in het bestek of in de aankondiging van de opdracht en moeten de fundamentele beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit eerbiedigen. Het is binnen deze ruime perken dat de aanbestedende overheid mag kiezen welke gunningscriteria met welk relatief gewicht zij zal hanteren bij de beoordeling van de offertes, om te bepalen welke volgens haar de economisch meest voordelige offerte is.

10. De gunningscriteria en hun weging dienen dan ook relevant en proportioneel te zijn ten opzichte van de economisch meest voordelige offerte. Ook al bestaat er in beginsel geen verplichting om het relatieve gewicht van een gunningscriterium recht evenredig of *pro rata* te koppelen aan de waarde van de betrokken dienst, lijkt te dezen op het eerste gezicht uit de concrete toepassing van het bekritiseerde gunningscriterium dat deze verhouding zodanig is verstoord dat dit een schending met zich lijkt te brengen van het in het middel aangevoerde gelijkheidsbeginsel en proportionaliteitsbeginsel, zoals ook vervat in artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016.

Dit blijkt onder meer uit de omstandigheid dat de opdracht aan de gekozen inschrijver wordt gegund, niettegenstaande diens offerte, voor beide financiële criteria samen, de hoogste prijs bevat en voor elk van de twee kwaliteitsgunningscriteria de laagste score behaalt. Het intern verslag van het gunningscomité inzake de beoordeling van de finale offertes met betrekking tot de gunningscriteria ‘kosten implementatie’ en ‘kosten operationele werking’, stuk dat vertrouwelijk wordt neergelegd maar waarop de Raad van State vermag acht te slaan, lijkt de stelling van de verzoekende partij te bevestigen: de prijs voor de operationele kosten geboden in haar offerte is veel goedkoper dan die van de gekozen inschrijver, en dit prijsverschil van 21% vertaalt zich in een verschil van 3 (op 15) punten in haar voordeel; anderzijds is de prijs voor de implementatiekosten in de offerte van de verzoekende partij, net zoals die van de gekozen inschrijver, een lage prijs aangezien zij als commerciële geste de implementatiekost voor de voorgestelde opdracht aanbiedt zonder meerkost, terwijl dit prijsverschil van 16,8 % zich vertaalt in een verschil van 12,5 (op 15) punten in het voordeel van de gekozen inschrijver.

Hieruit blijkt dat de puntentoekenning inzake de prijs aan de hand van twee afzonderlijke prijscriteria, elk op 15 punten, de totale score beslissend heeft beïnvloed.

11. De uitvoerige argumentatie in de nota van de verwerende partij om de achterliggende redenen te duiden waarom zij het prijscriterium in twee afzonderlijke gunningscriteria ‘kosten implementatie’ en ‘kosten operationele werking’ heeft opgesplitst met daaraan gekoppeld een gelijk relatief gewicht, lijkt hierop neer te komen dat zij de (vaak verborgen) eigen implementatiekosten lastens de aanbestedende overheid wenste zichtbaar te maken en zij tevens wenste te vermijden dat de (directe) hoge implementatiekosten (de eigen en die van de leverancier) niet of onvoldoende zouden meetellen in de beoordeling wanneer enkel een algemeen prijscriterium wordt gehanteerd. Op zich zouden deze motieven wellicht kunnen overtuigen, doch hoger is gebleken dat deze handelwijze, in combinatie met de gehanteerde beoordelingsmethode, *de facto* tot een vertekend resultaat lijkt te hebben geleid.

Uit het betoog van de verwerende partij lijkt te kunnen worden afgeleid dat zij er vooral voor beducht was dat de eigen kosten voor de implementatie van het systeem voor de afnemers van de raamovereenkomst en de medewerkers van de verwerende partij, onvoldoende zouden blijken en doorwegen bij de beoordeling van een algemeen prijscriterium en dat die kosten pas nadien zouden blijken. De Raad van State ziet op het eerste gezicht niet in waarom de verwerende partij zich niet tegen de genoemde nadelen had kunnen beschermen door in afzonderlijke duidelijke kostposten te voorzien zoals ‘implementatiekost mandagen Digipolis/deelnemende besturen’ en ‘implementatiekost mandagen implementator’. Op die manier zou zij ook zicht hebben gekregen op wat er terzake wordt aangeboden door de inschrijver en wat nog wordt verwacht van haar eigen medewerkers en welke directe kostprijs dit voor haar zou impliceren. Op die manier zou zij tevens hebben kunnen onderzoeken of het aantal opgegeven mandagen realistisch was. Zij beweert, maar licht niet nader toe, dat met een prijzenonderzoek dit niet kan worden nagegaan terwijl, zo lijkt, een dergelijk onderzoek net is bedoeld om dergelijke nadelen op te vangen.

De verwerende partij lijkt aldus met haar poging de implementatiekosten meer te laten doorwegen door met twee afzonderlijke prijscriteria te werken, deze implementatiekosten een allesbepalende rol te hebben laten spelen.

12. De uitvoerige argumentatie die de verwerende partij aanvoert met betrekking tot het tweede middel over het al dan niet bewust concurrentieel voordeel dat aan de zittende inschrijver zou zijn gegeven en het gebrek aan kwade trouw van haar kant, alsook over het al dan niet bestaan van een verplichting voor de aanbestedende overheid om te dezen het concurrentieel voordeel van de zittende inschrijver te neutraliseren, lijkt op het eerste gezicht, in de huidige stand van de procedure, niet te moeten worden onderzocht. De hoger gemaakte vaststelling dat als gevolg van de handelwijze van de verwerende partij aan de zittende inschrijver in de feiten een voordeel is gegeven dat de gelijkheid tussen de inschrijvers grondig heeft verstoord, lijkt te volstaan.

De verzoekende partij maakt op het eerste gezicht bovendien aannemelijk, in het tweede middel, dat de verwerende partij dit voordeel voor de zittende inschrijver nog heeft versterkt door de inschrijvers te verplichten ook het aantal benodigde mandagen voor het personeel van de aanbestedende overheid op te geven, zonder daarbij objectief vast te stellen met welke factoren de inschrijvers in dit verband rekening dienden te houden. Daarbij stelt de Raad van State op het eerste gezicht met de verzoekende partij vast dat niet duidelijk is hoe de verwerende partij tot de prijs voor ‘kosten implementatie’ komt die aan de gekozen inschrijver worden aangerekend. Luidens het gunningsverslag zijn dit “beperkte eigen kosten verbonden aan het gebruik nemen van deze oplossing”, die “werden meegenomen in de berekening van de score”, terwijl integendeel aan de verzoekende partij uitdrukkelijk met een e-mailbericht van 20 oktober 2021 werd gevraagd een inschatting te maken van de mandagen die door de klant geleverd moeten worden.

In die zin lijkt ook het tweede middel ernstig.

13. Deze vaststellingen zijn van aard om de gehele gunningsprocedure aan te tasten zodat hieruit volgt dat niet langer vaststaat dat de opdracht werd gegund aan de meest voordelige inschrijver.

Ingevolge deze vaststelling zal het de verwerende partij toekomen de procedure te herbeginnen en het bestek te herschrijven door ditmaal beroep te doen op wettige gunningscriteria of wegingen. In het kader van die nieuwe procedure bestaat de kans dat de offerte van de verzoekende partij de beste score behaalt, wat volstaat om haar een belang bij het middel toe te kennen.

VII. Besluit

14. Het eerste en het tweede middel zijn in de aangegeven mate ernstig en verantwoorden de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing.

De Raad merkt op dat het ernstig bevinden van deze middelen niet impliceert dat de andere middelen en argumenten geen ernst zouden kunnen hebben.

VIII. Kosten

15. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het autonoom gemeentebedrijf Digipolis Antwerpen van 15 december 2021 om de opdracht ‘A001854 – Aankoop en ingebruikname van een Servicedesk’ te gunnen aan Zendesk Inc.

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

Patricia De Somere,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Patricia De Somere