RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 253.941 van 8 juni 2022
in de zaak A. 236.352/XII-9214

In zake: de NV SIEMENS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Anthony Poppe
kantoor houdend te 9052 Gent (Zwijnaarde)
Bollebergen 2 A/20
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV NATIONALE BANK VAN BELGIË
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Matthias De Groot en Thomas Leys
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV SERIS TECHNOLOGY
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Günther L'heureux
kantoor houdend te 1200 Brussel
Gulledelle 96/3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 6 mei 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van twee directeurs van de Nationale Bank van België van 20 april 2022 tot gunning van de overheidsopdracht voor leveringen 'Geïntegreerd […] beveiligingssysteem voor een geldverwerkingsgebouw' (bestek 2019-1476) aan de nv Seris Technology.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 16 mei 2022 heeft de nv Seris Technology gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 mei 2022.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anthony Poppe, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Matthias De Groot en Thomas Leys, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Günther L'heureux , die verschijnt voor de tussenkomende 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 uit voor leveringen met als voorwerp 'geïntegreerd beveiligingssysteem voor een geldverwerkingsgebouw'. De opdracht wordt geplaatst met een mededingingsprocedure met onderhandelingen.

Het voorwerp van de opdracht betreft zowel de build-fase als de run-fase, d.i. zowel het bouwen van het beveiligingssysteem als het onderhoud ervan gedurende de eerste acht jaar vanaf de voorlopige oplevering.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 4 juli 2019 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 8 juli 2019 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Tien ondernemingen dienen een aanvraag tot deelneming in en worden alle tien geselecteerd, het betreft onder meer de nv Siemens (de verzoekende partij) en de nv Seris Technology (de gekozen inschrijver).

3.4. Zes ondernemingen dienen een offerte in voor de opdracht. Er vinden onderhandelingen plaats met vragensessies.

3.5. Vervolgens wordt een aangepast BAFO-bestek opgesteld.

In het bestek nr. 2019-1476 en het bestek BAFO nr. 2019-1476 worden de volgende gunningscriteria opgenomen: de prijs (40 punten) en de kwaliteit (60 punten).

Inzake het gunningscriterium ‘kwaliteit’ wordt het volgende toegelicht:

> “2. Kwaliteit van het technisch voorstel: 60 [punten]
>
> Dit gunningscriterium wordt opgesplitst in 2 subcriteria en staat in totaal op 60 punten. De hoogste score voor [het] criterium kwaliteit zal lineair tot het maximum van de punten gebracht worden (60/60). De andere scores zullen volgens een regel van 3 afgestemd worden.
>
> 2.1 Technische en functionele bepalingen: 45 [punten]
>
> [Dit] subcriterium zal worden beoordeeld op basis van de inhoud, volledigheid en accuraatheid van de gegeven antwoorden van de inschrijver op de technische clausules zie bijlage II ‘1476_Deel IV A1 BIJLAGE II Technische Invultabel security NA-ECO S’ gebaseerd op Hoofdstukken VI en VII. Een blanco antwoord kan niet beoordeeld worden.
>
> De beoordelingsmethodiek staat beschreven in Hoofdstuk XI.2 van de technische specificatie: toelichting bij de bijlagen.

Aan de inschrijver kan gevraagd worden de technische en functionele mogelijkheden van de systemen die hij heeft aangeboden en toegelicht in bijlage II ‘1476_Deel IV A1 BIJLAGE II Technische Invultabel security NA-ECO S’ te illustreren aan de hand van een demo. De praktische afspraken en agenda van de demo zullen op een later tijdstip worden medegedeeld.

2.2 Onderhoud en Service: 15 [punten]

Deze rubriek zal worden beoordeeld op basis van de inhoud, volledigheid en accuraatheid van het document dat in extenso aangeeft hoe de inschrijver denkt de gevraagde prestaties en performantie eisen te realiseren.

Hierbij dienen de in tabel 1476_Deel IV B1_Bijlage III_RUN Tabel Security NA-ECO S_300120_NL.xlsx vermelde prestaties en performantie als minimum eisen te worden aanzien.

Iedere verbetering t.o.v. deze eisen of prestaties kan extra punten opleveren.”

In hoofdstuk XI.2 van de technische specificatie, waarnaar wordt verwezen voor een nadere beschrijving van de beoordelingsmethodiek, wordt als volgt toegelicht hoe de inschrijver de voornoemde technische invultabel moet invullen:

“XI.2 BIJLAGE 2B: 1476_V1 - BIJLAGE 02B - TECHNISCHE INVULTABEL SECURITY_NA-ECO S_280120_NL_BAFO_REV_MT_01

In de technische invultabel in de hierboven vermelde bijlage zal de inschrijver :

• De layout niet wijzigen en enkel de geel gekleurde velden invullen of wijzigen.
• In de kolom ‘Overeenstemmingsgraad van de aangeboden oplossing’ : één van de onderstaande condities selecteren uit de aangeboden lijst:
  o Volledig : indien de aangeboden oplossing volledig voldoet aan de gevraagde specificaties
  o Gedeeltelijk : indien de aangeboden oplossing gedeeltelijk voldoet aan de gevraagde specificaties. De inschrijver zal in de kolom ’Toelichting/Antwoord’ aangeven aan welk gedeelte van de opgegeven specificatie niet voldaan wordt en/of een alternatief opgeven voor de gevraagde specificatie indien mogelijk.

o Niet : indien de aangeboden oplossing volledig niet kan beantwoorden aan de opgegeven specificatie. De inschrijver zal in de kolom 'Toelichting/Antwoord' aangeven of een alternatief mogelijk is.

• De inschrijver dient de specificaties te beoordelen op basis van de huidige beschikbare productversies/releases (tevens de versie die aan de BNB wordt aangeboden).

• Indien in de kolom 'Vereiste informatie' bijkomende informatie gevraagd wordt betreffende de genoemde specificatie, zal de inschrijver een bijlage toevoegen aan zijn Offerte met als filenaam de naam opgegeven in de kolom 'Benaming file'. Hierbij zal de aanduiding 'firmanaam' vervangen worden door de firmanaam van de inschrijver. Deze bijlage zal de gevraagde informatie betreffende de genoemde specificatie bevatten. Meerdere documenten mogen toegevoegd worden aan een .zip file met de gevraagde benaming.

• Indien de genoemde specificatie een Minimale Vereiste betreft (aangeduid door 'V' in de kolom 'Minimale Vereiste'), zal de aangeboden oplossing volledig dienen te voldoen aan de gevraagde specificatie (aanduiding 'Volledig' in de kolom 'Overeenstemmingsgraad van de aangeboden oplossing') wil de inschrijver niet uitgesloten worden uit de verdere gunningsprocedure.

De inschrijver verbindt zich ertoe deze tabel volledig naar waarheid in te vullen.

Indien de inschrijver niet in de mogelijkheid is om te voldoen aan specificaties beschreven in het bestek dewelke niet vermeld zouden staan in deze invultabel zal hij dit eveneens aangeven vóór de gunning en eventueel alternatieve oplossingen voorstellen.

Bij het niet aangeven van elementen die niet binnen de mogelijkheden van de organisatie en/of de aangeboden oplossing van de inschrijver liggen, verbindt de inschrijver zich ertoe de hardware, software en diensten te leveren zoals omschreven in dit bestek."

3.6. De zes inschrijvers dienen een BAFO in.

Vervolgens worden aan zowel de verzoekende partij als de tussenkomende partij een reeks vragen tot verduidelijking van hun BAFO gesteld.

3.7. Op 20 augustus 2021 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv Siemens.

Tegen deze gunningsbeslissing wordt een vordering tot schorsing geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State ingesteld door de nv Seris Technology. Het betreft de zaak gekend onder het rolnummer A. 234.476/XII-9129.

Naar aanleiding van deze vordering beslist de verwerende partij op 22 september 2021 om de gunningsbeslissing van 20 augustus 2021 in te trekken.

De vordering A. 234.476/XII-9129 wordt vervolgens verworpen, bij gebrek aan voorwerp, bij arrest nr. 251.610 van 24 september 2021.

3.8. Op 20 april 2022 neemt de verwerende partij een nieuwe gunningsbeslissing, waarbij zij de opdracht gunt aan de nv Seris Technology.

Dit is de thans bestreden beslissing.

Met een e-mailbericht en een aangetekend schrijven van 21 april 2022 geeft de verwerende partij aan de inschrijvers kennis van de bestreden beslissing.

IV. Tussenkomst

4. De nv Seris Technology blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Rechtspleging

5.1. De verzoekende partij dient een pleitnota in.

5.2. De procedureregeling voorziet niet in de neerlegging van een dergelijke nota. In zoverre de pleitnota de neerslag vormt van de uiteenzetting van de verzoekende partij ter zitting, wordt ze niet als een processtuk, maar als een loutere inlichting in aanmerking genomen.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

6. De tussenkomende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van de vordering op, afgeleid uit het ontbreken van enig belang in hoofde van de verzoekende partij. Zij doet gelden dat de verzoekende partij geen kans meer maakt op gunning van de opdracht aangezien de verwerende partij een voorbehoud heeft gemaakt ten aanzien van de regelmatigheid van haar offerte. De prijs van software upgrades blijkt niet in de prijs van de verzoekende partij te zijn begrepen, wat de vergelijking van deze offerte met de overige offertes bemoeilijkt. De offerte van de verzoekende partij werd dus niet regelmatig verklaard en indien die offerte na een eventuele intrekking of nietigverklaring van de bestreden beslissing toch als eerste gerangschikt zou worden, dan zou de verwerende partij het voorbehoud inroepen en de offerte onregelmatig verklaren. Daardoor heeft de verzoekende partij geen belang bij haar vordering, zeker wanneer de Raad haar argumentatie bij het eerste en het tweede onderdeel van het tweede middel aangaande het voorbehoud inzake software updates van de hand zou wijzen.

Beoordeling

7.1. Er blijkt niet, minstens niet met de in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereiste mate van *prima facie* ernst, dat de verzoekende partij in elk denkbaar geval het rechtens vereiste belang bij de schorsing van de uitvoering van de bestreden beslissing zou missen.

Anders dan de tussenkomende partij het ziet, lijkt het voornoemde voorbehoud in de bestreden beslissing inzake de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij op zich niet met zich te brengen dat de verzoekende partij geen belang heeft bij de schorsing van de uitvoering van de beslissing waarbij haar offerte niet werd gekozen. In de bestreden beslissing wordt immers overwogen:

> “Gezien de BAFO-offerte van Siemens niet als eerste werd gerangschikt, is het niet nodig het in punt 1.2 gemaakte voorbehoud betreffende de regelmatigheid van deze offerte verder te onderzoeken en is er geen reden om deze offerte substantieel onregelmatig te verklaren, vermits niet is aangetoond dat Siemens van het met de onregelmatigheid samenhangende

prijsvoordeel heeft kunnen profiteren om uiteindelijk als eerste te worden gerangschikt."

Aldus blijkt niet dat de verwerende partij zou hebben besloten tot de substantiële onregelmatigheid en dus tot de nietigheid van de offerte van de verzoekende partij. Die kwestie is in de bestreden beslissing eenvoudig opengelaten.

7.2. Overigens blijkt de verzoekende partij in het tweede middel, zoals de tussenkomende partij zelf erkent, de basisvaststelling achter het regelmatigheidsvoorbehoud inhoudelijk te betwisten. In zoverre lijkt de exceptie minstens samen te vallen met het onderzoek van het tweede middel.

7.3. De exceptie wordt verworpen.

VII. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

8. 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.

VIII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

9.1. De verzoekende partij voert de schending aan van het gelijkheids- en het transparantiebeginsel vervat in artikel 4 van de wet van 17 juni

2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en het bestek, en van de materiële motiveringsplicht.

Zij betoogt in essentie dat de verwerende partij voor de beoordeling van het gunningscriterium kwaliteit een andere beoordelingsmethode heeft toegepast dan deze bepaald in het bestek.

9.2. In de toelichting bij het middel doet zij gelden dat de in het bestek bepaalde beoordelingsmethode erin bestaat dat elke offerte, wat het subgunningscriterium technische en functionele bepalingen betreft, getoetst wordt aan de technische specificaties vermeld in de technische invultabel voor het build-gedeelte (tabel die meer dan 100 pagina’s telt), en wat het subgunningscriterium onderhoud en service betreft, aan de hand van de antwoorden op de technische tabel voor het run-gedeelte.

Volgens de verzoekende partij is die methode toegepast bij de eerste beoordeling van de offertes. Uit de eerste, ingetrokken, gunningsbeslissing blijkt immers dat aan de inschrijvers zeer specifieke scores op het criterium kwaliteit werden toegekend, met getallen na de komma.

In de thans bestreden nieuwe gunningsbeslissing wordt een andere beoordelingsmethode gevolgd, waarbij op elk van de twee subgunningscriteria scores worden toegekend van 100%, 80%, 60%, 40% of 20% van de punten. In de gunningsbeslissing wordt vermeld dat een evaluatiemethode wordt toegepast “die op natuurlijke en voorspelbare wijze voortvloeit uit de bepalingen van het bestek”. Zulks is volgens de verzoekende partij echter niet het geval; de thans gehanteerde beoordelingsmethode gaat integendeel in tegen de duidelijke bepalingen van het bestek. De verwerende partij heeft dan ook bij het nemen van de bestreden gunningsbeslissing de beoordelingsmethode zoals vastgesteld in het bestek op een onwettige wijze gewijzigd.

De verzoekende partij benadrukt dat zij belang heeft bij het middel, ook al heeft haar offerte 60/60 voor dit gunningscriterium gehaald, nu ook de gekozen inschrijver de maximumscore heeft gehaald. De correcte toepassing

van de in het bestek bepaalde beoordelingsmethode kan ertoe leiden dat de verzoekende partij een hogere score behaalt dan de gekozen inschrijver.

10. Zowel de verwerende partij als de tussenkomende partij werpen een exceptie van onontvankelijkheid van het middel op. Zij voeren aan dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel.

Beide partijen werpen op dat, zelfs als het middel ernstig zou zijn, daarmee de puntenkloof tussen de verzoekende partij en de tussenkomende partij op het criterium prijs niet overbrugd zou worden.

De verwerende partij werpt voorts op dat zowel de verzoekende partij als de tussenkomende partij op het criterium kwaliteit het maximum van de punten hebben behaald, zodat de keuze van de beoordelingsmethode geen impact heeft gehad op hun onderlinge rangschikking op dit criterium.

De tussenkomende partij voert nog aan dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het bekritiseren van een beoordeling waarvoor zij de maximumscore heeft behaald.

De verwerende partij en de tussenkomende partij betwisten voorts de ernst van het middel.

Beoordeling

11. Het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* verplicht het bestuur de algemene regels die het zelf heeft vastgesteld te eerbiedigen bij de concrete toepassing ervan. Daaruit vloeit voort dat de aanbestedende overheid bij de beoordeling van offertes gebonden is door de regels die hieromtrent in het bestek zijn vastgesteld.

Voor de beoordeling van het middel, zoals het geformuleerd is, dient vooreerst nagegaan te worden wat er in het bestek bepaald is met betrekking tot de te hanteren beoordelingsmethode. Vervolgens dient nagegaan te worden of

de in de bestreden gunningsbeslissing gehanteerde evaluatiemethode in overeenstemming is met de bedoelde besteksbepalingen.

12. In het bestek wordt voor de beoordeling van het gunningscriterium kwaliteit gesteld dat de hoogste score lineair tot het maximum van de punten gebracht zal worden (60/60) en dat “de andere scores volgens een regel van 3” zullen worden afgestemd.

Bij de beschrijving van het subgunningscriterium ‘technische en functionele bepalingen’ wordt vervolgens bepaald dat de offerte op dit punt zal worden beoordeeld “op basis van de inhoud, volledigheid en accuraatheid van de gegeven antwoorden van de inschrijver op de technische clausules” in een bij het bestek gevoegde technische invultabel. Zoals de verwerende partij in haar nota stelt, gaat het om het beoordelen van de “mate” waarin de offerte beantwoordt aan de bedoelde technische clausules. Er wordt voorts wel verwezen naar een “beoordelingsmethodiek” die beschreven is in ‘Hoofdstuk XI.2 van de technische specificatie’, maar dat hoofdstuk bevat op het eerste gezicht slechts instructies aan de inschrijvers over de wijze waarop zij de technische invultabel dienen in te vullen. Prima facie wordt er in dat hoofdstuk niets bepaald over de wijze waarop de aanbestedende overheid de offertes zal beoordelen en daaraan een score zal toekennen.

Bij de beschrijving van het subgunningscriterium ‘onderhoud en service’ wordt voorts bepaald dat de offerte op dit punt zal worden beoordeeld “op basis van de inhoud, volledigheid en accuraatheid van het document dat in extenso aangeeft hoe de inschrijver denkt de gevraagde prestaties en performantie eisen te realiseren”. Zoals de verwerende partij in haar nota stelt, gaat het ook hier om het beoordelen van de “mate” waarin de offerte beantwoordt aan de bedoelde prestaties en performantie eisen.

Meer wordt er in het bestek niet bepaald in verband met de wijze waarop de aanbestedende overheid de offertes *in concreto* zal beoordelen en rangschikken.

13. In de gunningsbeslissing wordt het volgende vermeld over de beoordelingsmethodiek die de aanbestedende overheid heeft gebruikt ter beoordeling van “de 2 subcriteria kwaliteit”:

> “De ingediende BAFO-offertes werden geëvalueerd op basis van de evaluatiemethode die op natuurlijke en voorspelbare wijze voortvloeit uit de bepalingen van het bestek, namelijk een globale evaluatiemethode voor de 2 subcriteria kwaliteit, namelijk de evaluatie van het BUILD-gedeelte en van het RUN-gedeelte, resulterend in een score die als volgt wordt toegekend voor het BUILD-gedeelte en voor het RUN-gedeelte:
> Uitstekend: 100 % van de punten
> Zeer goed: 80 % van de punten
> Goed: 60 % van de punten
> Voldoende: 40% van de punten
> Zwak: 20% van de punten.”

14. Met de aldus beschreven evaluatiemethode heeft de verwerende partij haar beoordeling van de ingediende offertes willen structureren. De vaststelling van de beoordelingsmethode behoort tot haar discretionaire bevoegdheid, mits zij daarbij niet tegen de bepalingen van het bestek ingaat. Op het eerste gezicht is de gekozen methode verenigbaar met de bepalingen van het bestek, die voorzien in een beoordeling van de mate waarin de offertes beantwoorden aan bepaalde vereisten. Het enkele feit dat die mate wordt uitgedrukt volgens een ordinale schaal, met afstanden tussen de scoreniveaus van telkens 20%, belet niet dat verschillen in kwaliteit tussen de offertes tot uiting gebracht kunnen worden, zij het dat de verschillen relatief belangrijk moeten zijn om tot een verschil in score aanleiding te geven.

Ook al is een andere beoordelingsmethode denkbaar, en met name een methode waarbij de offertes gequoteerd worden volgens een schaal die verschillen in aanmerking neemt met cijfers na de komma, toont dit op het eerste gezicht niet aan dat de thans gehanteerde evaluatiemethode afwijkt van de beperkte bepalingen die daarover in het bestek zijn opgenomen.

15. Het eerste middel is niet ernstig.

Gelet op die vaststelling is er geen reden om in de huidige stand van het geding in te gaan op de excepties die door de verwerende partij en de

tussenkomende partij worden opgeworpen tegen de ontvankelijkheid van het eerste middel.

B. Tweede middel

Strandpunt van de partijen

16.1. De verzoekende partij voert de schending aan van het gelijkheidsbeginsel vervat in artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Het middel bestaat uit twee onderdelen, die de verzoekende partij samenvat als volgt:

> "Doordat, eerste onderdeel, de beoordeling van het subgunningscriterium '2.2. Onderhoud en Service' van het gunningscriterium 'Kwaliteit' steunt op motieven die feitelijk incorrect zijn en tegengesproken worden door de stukken van het administratief dossier ;
>
> Doordat, tweede onderdeel, ook de beoordeling van het gunningscriterium 'Prijs' steunt op motieven die feitelijk incorrect zijn en tegengesproken worden door de stukken van het administratief dossier."

16.2. In de toelichting bij het middel worden de beide onderdelen als volgt gepreciseerd.

16.2.1. Wat het eerste onderdeel betreft, doet de verzoekende partij gelden dat haar BAFO onder het subcriterium '2.2. Onderhoud en service' van het gunningscriterium kwaliteit ten onrechte negatief werd beoordeeld op het punt van de helpdesk en de software upgrades.

Wat de helpdesk betreft, voert zij aan:

> "Het feit dat er een prijs van 0 € werd gegeven in de post 'Helpdesk', houdt geen verband met de kwaliteit van de te leveren dienst. Verzoekende partij heeft zich ertoe verbonden een helpdesk aan te bieden in het kader van deze

> overheidsopdracht door het indienen van haar offerte, ongeacht enige andere overheidsopdracht die zij momenteel uitvoert voor de NBB.
> In de motivering lijkt te worden opgeworpen dat deze helpdesk een afzonderlijk contract zou uitmaken en een essentieel element zou zijn, onderhevig aan keuzes die de aanbestedende overheid moet maken in het kader van de exploitatie van de gebouwen. Nochtans moesten de inschrijvers louter een standaard helpdeskfunctie ter beschikking stellen die 24/7 bereikbaar moet zijn per telefoon of per e-mail […].
> Er bestaat geen onzekerheid over het gegeven dat verzoekende partij deze functie zal aanbieden.
> De motivering is dan ook niet-draagkrachtig en steunt op een onvolledig en dus onzorgvuldig onderzoek van de offerte van verzoekende partij."

Wat de software upgrades betreft, betoogt zij in de eerste plaats dat de software updates begrepen zijn in de aangeboden prijs, en dat zij worden aangeboden voor de gehele duur van de opdracht en niet slechts gedurende twee jaar. Voor het overige voert zij aan dat de verwerende partij tijdens een overleg op 10 december 2020 heeft meegedeeld dat enkel de updates in de aangeboden prijs begrepen moesten zijn, maar niet de upgrades.

16.2.2. Wat het tweede onderdeel betreft, doet de verzoekende partij gelden dat haar BAFO onder het gunningscriterium prijs ten onrechte negatief werd beoordeeld voor de garantie en software-updates in de build-fase en voor de "spare parts" (reserve-onderdelen) en de helpdesk in de run-fase.

Wat de garantie en software-updates in de build-fase betreft, herhaalt de verzoekende partij dat de noodzakelijke software updates gedurende een periode van acht jaar wel degelijk inbegrepen zijn in haar prijs, en niet slechts voor een periode van twee jaar, zodat deze prijs niet vermenigvuldigd mocht worden met vier. Indien de prijs dan toch verhoogd moest worden, dan mocht de verhoging in elk geval enkel slaan op de updates, niet op de waarborg (die slechts voor twee jaar moet gelden).

Wat de reserve-onderdelen in de run-fase betreft, voert de verzoekende partij aan dat de prijs daarvan wel degelijk begrepen is in haar BAFO. Zij heeft weliswaar bij haar BAFO een lijst van reserveonderdelen met de bijhorende eenheidsprijzen gevoegd, maar dat was enkel omdat de verwerende partij daarom gevraagd had. De verzoekende partij heeft in antwoord op vragen

van de verwerende partij trouwens bevestigd dat de reserveonderdelen in de aangeboden prijs begrepen zijn. De verwerende partij heeft de kosten daarvan ten onrechte toegevoegd aan de door haar aangeboden prijs.

Ook wat de helpdesk in de run-fase betreft, benadrukt de verzoekende partij dat deze wel degelijk in haar BAFO is begrepen en dat zij zich ertoe verbonden heeft om geen extra prijs aan te rekenen ingeval er een einde zou komen aan de overheidsopdracht die zij thans op de site Brussel van de verwerende partij uitvoert. De verwerende partij heeft dan ook ten onrechte geoordeeld dat deze post in de toekomst tot extra kosten zou kunnen leiden.

17. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van het eerste onderdeel op, afgeleid uit het gebrek aan belang bij dit onderdeel. Zij voert aan dat het onderdeel zich ertoe beperkt detailkritiek uit te oefenen op “slechts een handvol elementen”, maar dat de verzoekende partij niet aantoont dat die kritiek invloed heeft op de globale beoordeling van de offertes.

Voor het overige betwist de verwerende partij de ernst van het middel.

De tussenkomende partij, die stelt geen toegang te hebben tot het administratief dossier en de vertrouwelijke stukken van de verzoekende partij, verklaart zich niet met kennis van zaken over de ernst van het middel te kunnen uitspreken.

Beoordeling

18. In de twee onderdelen van het middel betwist de verzoekende partij in essentie de toetsing van haar BAFO aan de hand van de gunningscriteria.

Het past om daarbij in de eerste plaats in herinnering te brengen dat de aanbestedende overheid bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een aanzienlijke beoordelingsruimte beschikt. Het komt de Raad van State niet toe een eigen beoordeling in de plaats te stellen van deze van het bestuur. Desgevraagd mag de Raad wel nagaan of de

beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

Eerste onderdeel

19. Het eerste onderdeel betreft het subcriterium ‘2.2. Onderhoud en service’ van het gunningscriterium kwaliteit, meer bepaald de aspecten helpdesk en software upgrades.

20. In verband met de helpdesk wordt in de bestreden beslissing als volgt geoordeeld over de BAFO van de verzoekende partij:

> “Het HelpDesk-contract is opgenomen in het contract voor de Brusselse site, terwijl het in geen geval kan worden geïntegreerd in het bestaande contract voor de Brusselse site waarvoor Siemens verantwoordelijk is: het moet een afzonderlijk contract zijn dat niet mag afhangen van de duur van het contract voor de Brusselse site, noch van de keuzes die de Bank eventueel moet maken voor de exploitatie van haar gebouwen te Brussel.”

In haar nota met opmerkingen licht de verwerende partij toe dat in de eerste offerte een bedrag van 40.000 euro werd voorzien voor de helpdesk, zonder verwijzing naar het contract voor de hoofdzetel van de NBB in Brussel.

In de BAFO van de verzoekende partij is in de prijsinventaris als prijsopgave voor de helpdesk inderdaad geen bedrag opgegeven (“- €”), en is de volgende opmerking gemaakt: ‘Helpdesk toegang is inclusief in het contract van NBB Brussel’. Verderop in de BAFO van de verzoekende partij wordt opnieuw uitdrukkelijk vermeld dat de helpdesk ‘inclusief [is] in het contract van Brussel’.

In het licht van die vaststellingen lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht niet ten onrechte te hebben geoordeeld dat de verzoekende partij geen afzonderlijke helpdesk aanbiedt voor de huidige opdracht, maar dat zij doorverwijst naar de helpdesk die zij reeds aanbiedt in het kader van een andere opdracht die zij voor de verwerende partij uitvoert. Aldus lijkt de verwerende partij niet buiten de perken van de redelijkheid te zijn getreden door deze omstandigheid als minpunt te betrekken bij de toetsing van de offerte aan het betrokken

subcriterium. Het betoog tot het tegendeel van de verzoekende partij is niet overtuigend.

Voor zover de verzoekende partij ter zitting nog een argument haalt uit het feit dat haar BAFO op dit punt niet onregelmatig werd verklaard, blijkt vooralsnog niet dat het in rekening brengen van een minpunt bij de beoordeling van een bepaald subgunningscriterium *ipso facto* gekoppeld moet worden aan een regelmatigheidstoetsing van dat minpunt.

21. In verband met de software upgrades wordt in de bestreden beslissing als volgt geoordeeld over de BAFO van de verzoekende partij:

> "Software-upgrades zijn niet inbegrepen in de offerte van Siemens en de offerte blijft dubbelzinnig over de inhoud van updates vs. upgrades; de kosten van deze specifieke ingrepen zullen tijdens de uitvoering van het contract met de Bank worden besproken (en gefactureerd) (cf. voorbehoud geformuleerd bij de regelmatigheid, punt 1.2)."

In haar nota met opmerkingen licht de verwerende partij toe dat het bestek vereist dat software upgrades inbegrepen moeten zijn, terwijl in de BAFO van de verzoekende partij enkel updates inbegrepen zijn (d.i. lichtere verbeteringen en actualiseringen). Dat werd uitdrukkelijk zo meegedeeld door de verzoekende partij en blijkt ook uit het verschil tussen de eerste offerte en de BAFO: in de eerste offerte was er voorzien in een totaalbedrag van ongeveer 770.997,47 euro voor de upgrades en updates op acht jaar, terwijl in de BAFO nog slechts sprake is van 124.662,24 euro.

Een *prima facie* onderzoek van de offerte en de BAFO van de verzoekende partij brengt op het eerste gezicht geen gegeven aan het licht dat de beoordeling door de verwerende partij zou ontkrachten. Op het eerste gezicht komt uit die stukken het tegendeel alleszins niet naar voren. Voorshands blijkt dan ook niet dat de verwerende partij dit aspect niet als minpunt mocht betrekken bij de beoordeling van de BAFO van de verzoekende partij. De loutere affirmatie van het tegendeel in het verzoekschrift leidt niet tot een ander besluit.

In zoverre de verzoekende partij verwijst naar een overleg dat heeft plaatsgevonden op 10 december 2020, moet vastgesteld worden dat er van dat overleg geen verslag is. Uit het schriftelijk antwoord van de verzoekende partij van 20 december 2020 op een aantal vragen kan voorts niet met zekerheid worden afgeleid dat de verwerende partij ermee ingestemd zou hebben dat, als de software upgrades niet in de prijs begrepen zijn, zulks geen invloed zou hebben op de beoordeling van het subgunningscriterium kwaliteit.

De verwijzing in het verzoekschrift naar de vermelding in de BAFO dat er ‘2 y Warranty and Software update’ worden aangeboden voor een prijs van 22.222,23 euro, mist doel. In de eerste plaats betreft die vermelding louter de update van software voor het drone detector systeem en slaat ze dus slechts op één subaspect van de opdracht, niet op de opdracht in haar geheel. Bovendien heeft die vermelding op het eerste gezicht slechts betrekking op updates en niet op upgrades. Deze verwijzing lijkt aldus geenszins de conclusie in de bestreden beslissing te ontkrachten dat upgrades niet in de prijs begrepen zijn.

22. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Gelet op die conclusie is er geen reden om in de huidige stand van het geding in te gaan op de exceptie die door de verwerende partij wordt opgeworpen tegen de ontvankelijkheid van dat onderdeel.

Tweede onderdeel

23. Het tweede onderdeel betreft volgens de verzoekende partij het gunningscriterium prijs. Dat lijkt evenwel niet helemaal juist. Het onderdeel houdt een kritiek in op vaststellingen die door de verwerende partij worden gedaan in het kader van het rekenkundig nazicht van de BAFO’s, wat *prima facie* een ander kader betreft, zowel juridisch als inhoudelijk, dan dat van de toetsing van de BAFO’s aan de hand van de gunningscriteria.

24. Wat de garantie en de software updates in de build-fase betreft, wordt in de bestreden beslissing als volgt geoordeeld over de BAFO van de verzoekende partij:

> “Build-fase:
> Inbraak: er werd slechts 2 jaar garantie en software updates voorzien voor de drone detectie, dit moet 8 jaar zijn zodat de prijs moet worden vermenigvuldigd met 4 (+ € 66 666,69).”

Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, wordt in de BAFO van de verzoekende partij bij het drone detectie systeem het volgende vermeld: “2 y Warranty and Software update: 22.222,23 €”.

In het licht van die vermelding lijkt op het eerste gezicht aan de verwerende partij niet verweten te kunnen worden dat zij heeft geconcludeerd dat in de BAFO van de verzoekende partij slechts wordt voorzien in twee jaar garantie én software updates voor het drone detectie systeem. Ook hier leidt de loutere affirmatie van het tegendeel in het verzoekschrift niet tot een ander besluit.

De stelling dat het bedrag, in geval van verhoging, in elk geval met een lager bedrag verhoogd moest worden, kan op het eerste gezicht evenmin worden aanvaard, nu niet blijkt dat de beperking tot twee jaar betrekking zou hebben op slechts één van beide componenten van deze post.

De ter zitting door de verzoekende partij gemaakte opwerping dat de verwerende partij haar op dit punt desnoods had moeten bevragen, is niet dienstig. In zoverre de verzoekende partij hiermee verwijst naar de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om de inschrijvers om verduidelijking van hun offerte te vragen (artikel 66, § 3, wet overheidsopdrachten 2016), dient te worden opgemerkt dat het gaat om een mogelijkheid, niet om een verplichting. Er zijn op het eerste gezicht geen redenen om te dezen anders te oordelen.

25. Wat de reserve-onderdelen in de run-fase betreft, wordt in de bestreden beslissing als volgt geoordeeld over de BAFO van de verzoekende partij:

> “RUN-fase:
> Spare parts: de kosten van de spare parts, die besteld moeten worden om de opgelegde SLA te garanderen, zijn niet inbegrepen in de totale kost van de offerte.
> De offerte werd met een bedrag van € 180 056,68 verhoogd.”

In haar nota met opmerkingen licht de verwerende partij toe dat het bestek vereist dat reserve-onderdelen permanent ter plaatse in stock dienen te zijn. In haar eerste offerte heeft de verzoekende partij een voorstel gedaan met reserve onderdelen “included in our offer”, terwijl in de BAFO plots wordt vermeld “it will be necessary to order and store on your site the items listed in the spare parts list”, welke lijst eenheidsprijzen bevat van de verschillende reserve-onderdelen. De verwerende partij benadrukt dat de vermelding dat de reserve-onderdelen apart moeten worden besteld niet was opgenomen in de eerste offerte, terwijl de reserve-onderdelen in de BAFO het voorwerp uitmaken van aparte bestellingen.

Ook op dit punt wordt de visie van de verwerende partij op het eerste gezicht bevestigd na een *prima facie* onderzoek van de offerte en de BAFO van de verzoekende partij. Minstens komen op het eerste gezicht uit de offerte en de BAFO geen elementen naar voren die een directe indicatie van het tegendeel opleveren. Integendeel, in de BAFO wordt wel degelijk uitdrukkelijk vermeld, onder de “veronderstellingen die in aanmerking worden genomen voor de berekening van de jaarlijkse onderhoudspremies”, dat “de apparaten van de ‘spare parts list’ [dienen] te worden besteld en beschikbaar te zijn op uw site”. Weliswaar heeft de verzoekende partij, nadat zij op dit punt nader werd bevraagd, meegedeeld dat de reserve-onderdelen zijn begrepen in de aangeboden prijs. Die verklaring leidt voorshands niet tot een ander besluit. De verwerende partij lijkt op het eerste gezicht niet ten onrechte te hebben besloten dat die verklaring moeilijk te verenigen is met de vermelding in de eerder ingediende BAFO dat deze onderdelen apart besteld moeten worden. Het feit dat de verwerende partij vervolgens in het kader van het rekenkundig nazicht de offerteprijs heeft verhoogd met de prijs van de reserve-onderdelen, op basis van de meegedeelde eenheidsprijzen, lijkt dan ook *prima facie* geen onwettige, onzorgvuldige of onredelijke handelwijze uit te maken. Minstens wordt in de huidige stand van het geding het tegendeel niet afdoende aangetoond.

26. Wat de helpdesk in de run-fase betreft, wordt in de bestreden beslissing als volgt geoordeeld over de BAFO van de verzoekende partij:

> “Helpdesk: Siemens neemt in de BAFO-offerte een nulprijs op voor de helpdesk, met vermelding dat de helpdesk toegang inclusief is in het contract voor NBB Brussel. Beide sites vallen echter onder een verschillend contract, en moeten ook als zodanig worden beschouwd. Dit aspect kan tot extra kosten leiden in de toekomst.”

Bij de bespreking van het eerste onderdeel van dit middel werd reeds geconcludeerd dat de verwerende partij op het eerste gezicht niet ten onrechte heeft aangenomen dat de verzoekende partij voor de huidige opdracht geen afzonderlijke helpdesk aanbiedt, maar dat zij in de BAFO doorverwijst naar de helpdesk die zij reeds aanbiedt in het kader van een opdracht die zij voor de verwerende partij in Brussel uitvoert.

Deze conclusie geldt ook ten aanzien van de kritiek die in het tweede onderdeel wordt uitgeoefend. De loutere affirmatie in het verzoekschrift dat de prijs van de helpdesk wel in de BAFO is begrepen, leidt niet tot een ander besluit.

Overigens blijkt de verwerende partij op dit punt wel een opmerking te maken bij het rekenkundig nazicht en te besluiten dat dit aspect tot extra kosten kan leiden in de toekomst, maar verbindt zij daaraan geen verdere gevolgen in de zin van aanpassingen aan de door de verzoekende partij opgegeven prijzen. Aldus lijkt de kritiek van de verzoekende partij gericht te zijn tegen een motief dat de draagwijdte van de bestreden beslissing niet beïnvloedt. In zoverre komt die kritiek als niet-ontvankelijk voor, bij gebrek aan belang.

27. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

IX. Besluit

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

X. Kosten

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

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Seris Technology tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 22 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.
De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

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

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Paul Lemmens**