

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 254.224 van 5 juli 2022
in de zaak A. 236.586/XII-9224**

In zake: de NV INFO SUPPORT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Lemmens en Marie Van Den Langenbergh
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
De Burburestraat 6-8 bus 5
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sophie Bleux
kantoor houdend te 1000 Brussel
Regentschapstraat 58 bus 8

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Johan Geerts
kantoor houdend te 2140 Antwerpen
Lodewijk van Berckenlaan 190/6
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

de NV FRONTFORCE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Charles-Henri de La Vallée Poussin en Mateusz Ryś
kantoor houdend te 1050 Brussel
Eugène Flageyplein 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 juni 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Vlaamse gemeenschap van 23 mei 2022 waarbij de opdracht met als voorwerp

‘Ontwikkeling van een aanmeldingssysteem om ter beschikking te stellen van initiatiefnemers van een aanmeldingsprocedure voor de organisatie van de inschrijvingen voor leerlingen in het gewoon basis- en secundair onderwijs’ aan de nv FrontForce wordt gegund en niet aan de verzoekende partij.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 juni 2022.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Marie Van Den Langenbergh en Sophie Bleux, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Johan Geerts en Geert Dewachter, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Charles-Henri de La Vallée Poussin en Mateusz Ryś, die verschijnen 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 voor diensten uit voor de ontwikkeling van een aanmeldingssysteem voor de organisatie van de inschrijvingen voor leerlingen in het gewoon basis- en secundair onderwijs.

De opdracht betreft vooreerst het opzetten en ter beschikking stellen van een aanmeldingssysteem aan de initiatiefnemers (één of meer schoolbesturen samen) van een aanmeldingsprocedure voor de inschrijvingen vanaf het schooljaar 2023-2024 voor het gewoon basis- en secundair onderwijs. In subsidiaire orde betreft de opdracht eveneens een raamovereenkomst waarbij initiatiefnemers van een aanmeldingsprocedure, deelopdrachten kunnen afnemen bij de opdrachtnemer.

De opdracht wordt geplaatst met een mededingingsprocedure met onderhandeling.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 961.000 euro, btw inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 14 januari 2021 en in het Supplement op het Publicatieblad van de EU op 19 januari 2021.

3.3. Dertien kandidaten dienen een aanvraag tot deelneming in.

Twaalf kandidaten worden geselecteerd, onder wie de verzoekende partij en de nv FrontForce.

3.4. Het bestek met referentie AGODI/AOP/2020/01 is van toepassing.

De opdracht omvat vooreerst de zogenoemde ‘primaire opdracht’, bestaande uit enerzijds de bouw van het aanmeldingssysteem binnen de voorziene uitvoeringstermijn (posten 1 tot 7) en anderzijds de hosting, het onderhoud en de helpdesk, gedurende maximaal tien jaar en jaarlijks opzegbaar (posten 8 tot 10). Daarnaast omvat de opdracht een ‘raamovereenkomst regie’ die tot doel heeft “een kader te voorzien voor de klanten om hun bestaande systeem te laten ‘doorontwikkelen’/aanpassen op maat, door de opdrachtnemer” (post 11).

Blijkens de inventaris, als bijlage gevoegd bij de offerte, dient de inschrijver een globale prijs per jaar op te geven voor post 8 ‘Hosting’ uitgaande van 200 initiatiefnemers, 2.000 scholen en 100.000 leerlingen, alsook een globale prijs per jaar voor de ‘SLA optie 7/7 24/24 gedurende bepaalde periode’.

Aangaande de wijze van prijsvaststelling bepaalt het bestek het volgende:

“A.4. Prijs

A.4.1 Prijsvaststelling (Art 26 KB Plaatsing)

De opdracht is een opdracht met gemengde prijsvaststelling, omvattende:

- een gedeelte tegen globale prijs voorafgegaan door de vermelding ‘forfaitaire hoeveelheid’ (FH) of ‘globale prijs’ (GP), met name voor de volgende onderdelen van de opdracht:
- Design, Build en implementatie van het platform.
- Jaarlijks hosting en onderhoud van het platform en helpdesk (globale prijs/jaar)
- een gedeelte tegen prijslijst voor de posten voorafgegaan door de vermelding ‘vermoedelijke hoeveelheid’ (VH), met name voor de volgende onderdelen van de opdracht:
- Regietarief voor doorontwikkeling (raamovereenkomst).”

Luidens punt A.5.1. ‘Onderhandelingsprocedure – gunningscriteria (art. 81 wet)’ zijn twee gunningscriteria van toepassing: de prijs (40%) en de kwaliteit (60 %).

De kwaliteit van de offerte wordt beoordeeld rekening houdend met de volgende subgunningscriteria:

- Kwaliteit van het voorgelegde oplossingsconcept (35%)

“De aanbestedende overheid zal de kwaliteit beoordelen voor de uitvoering van de opdracht, en met name de kwaliteit van het voorgelegde oplossingsconcept.

Dit criterium wordt beoordeeld op basis van de volgende beoordelingselementen (die geen subgunningscriteria zijn):

- Future proof van de technologische oplossing
- De front-end van de verschillende toepassingen is browser-gebaseerd en ondersteunt verschillende browsers (Google Chrome, Mozilla Firefox, Microsoft Edge, Safari, ...), zowel de laatste als eerdere versies.
- Meerwaarde ten opzichte van de functionele en niet functionele vereisten

(gebruiksgemak, AVG, integratie IDM, onderhoudbaarheid/parametriseerbaarheid, traceerbaarheid en reconstrueerbaarheid van handelingen en resultaten...)

- Ervaring met eenzelfde of sterk gelijkaardige oplossing in recente projecten.”

- Plan van aanpak (10%)

“De aanbestedende overheid zal de kwaliteit van het plan van aanpak (volledigheid, samenhang van het stappenplan, mijlpalen, ...) van de inschrijver beoordelen.

Het plan van aanpak dient aan te tonen dat de uitvoeringstermijn zal worden gehaald.”

- Service organisatie (15%)

“De aanbestedende overheid zal de kwaliteit van de hosting en het onderhoud, en de bijhorende SLA, beoordelen.

Dit criterium wordt beoordeeld op basis van de volgende beoordelingselementen (die geen subgunningscriteria zijn):

- de organisatie van de hosting en goede werking van het systeem op vlak van beschikbaarheid, performantie en herstelbeleid
- de garanties voor de goede werking die worden geboden in, en leesbaarheid van de voorgestelde SLA.”

In punt A.5.2. ‘Onderhandelingen’ wordt onder meer gesteld:

“De aanbestedende overheid onderhandelt met één of meerdere inschrijvers. De aanbestedende overheid heeft de mogelijkheid om de onderhandelingen te laten verlopen in opeenvolgende fasen, zodat het aantal inschrijvers waarmee de aanbestedende overheid onderhandelt wordt beperkt door toepassing van de gunningscriteria.

[...]

Tijdens de onderhandelingen kan de aanbestedende overheid de inschrijvers vragen om bepaalde onderdelen van hun offerte nader uit te werken, te onderbouwen, te verfijnen, te optimaliseren, te wijzigen en/of inzicht te geven in de prijsopbouw voor bepaalde posten.

[...] Het doel van de onderhandelingen is om tot een globale prijs-kwaliteitsverbetering te komen.[...]”

Voorts zijn de volgende technische voorschriften uit het BAFO-bestek nog relevant in deze zaak:

“3.9 Hosting, Onderhoud en Helpdesk:

De aanbieder staat in voor het beheer, onderhoud en beschikbaar stellen van deze toepassing overeenkomstig de afgesproken kwalitatieve en

kwantitatieve vereisten. De aanbieder staat in voor de helpdesk voor de aanbestedende overheid, niet voor de helpdesk voor ouders of initiatiefnemers.

[...]

De aanbieder garandeert een goed functionerend systeem waarbij de load zoals gedefinieerd in bijlage 3.[12] verwerkt kan worden. Hou hierbij rekening dat tot 50% van de load zich in de eerste en de laatste dagen van de ‘periode’ situeert.

[...]

Voor post 8. Hosting (voorzien aan GP) is een aanname gedaan uitgaande van het maximale verbruik. De hosting kost zal afgerekend worden op basis van het reëel verbruik en hangt samen met het aantal initiatiefnemers/scholen/leerlingen. De inschrijver wordt gevraagd om zijn prijsopbouw op dat vlak te verduidelijken in zijn offerte.

[...]

3.9.1 Beschikbaarheid van het systeem

[...]

Voor het bepalen van de hostinginfrastructuur houdt de aanbieder rekening met volgende piekperiodes:

1. December - januari: Start voorbereiding/testing van de toepassing. Nog geen intens gebruik van de toepassing door ouders
2. Februari – juni: Intens gebruik van de toepassing. Hou er rekening mee dat zowel bij de start een aanmeldingsperiode als op het einde zich piekmomenten kunnen voordoen.
3. Juli – november: Gedurende deze periode zullen er geen aanmeldingen gebeuren maar moet de applicatie wel beschikbaar zijn, volgens de SLA buiten de uitgebreide kantooruren (95%).”

3.5. Negen offertes worden ingediend, onder meer door de verzoekende partij en de nv FrontForce. Twee offertes worden als onregelmatig beschouwd. Er volgen onderhandelingen met de zeven overblijvende inschrijvers, die vervolgens worden uitgenodigd een BAFO in te dienen.

Zes BAFO’s worden ingediend, onder meer door de verzoekende partij en de nv FrontForce.

3.6. Op 8 april 2022 wordt een gunningsverslag opgesteld. Vier BAFO’s worden regelmatig verklaard en getoetst aan de gunningscriteria prijs en kwaliteit.

Uit het gunningsverslag blijkt dat de vier regelmatige BAFO’s de volgende totaalprijzen hebben (telkens btw inbegrepen):

- de nv FrontForce 1.455.926,64 euro;
- de nv Info Support 4.816.391,69 euro;
- de bv WISA 6.601.585,76 euro;
- de bv Enterprise Services Belgium 9.348.927,14 euro.

In de definitieve eindrangschikking komt de BAFO van de nv FrontForce op de eerste plaats met 85%. De offerte van de verzoekende partij komt op de tweede plaats met 48%. Er wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv FrontForce voor een bedrag van 1.455.926,64 euro, btw inbegrepen.

3.7. Op 23 mei 2022 beslist de verwerende partij, verwijzend naar het gunningsverslag, om de opdracht te gunnen aan de nv FrontForce.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkost

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

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5.1. De verzoekende partij dient een nota in “ter ondersteuning van de mondelinge toelichting ter zitting bij het enig middel”. Ze strekt ertoe te reageren op de argumenten vermeld in de nota van de verwerende partij met daarin “nieuwe elementen [...] over de wijze waarop het algemeen prijsonderzoek werd uitgevoerd alsook de redenen om niet tot bevraging over te gaan”, voor de verzoekende partij “ongekende informatie”.

5.2. De procedureregeling voorziet niet in de mogelijkheid om een aanvullende nota als een processtuk neer te leggen, noch werd erom gevraagd door de Raad van State of het Auditoraat. Het is de partijen echter wel toegestaan om nieuwe feiten die een invloed kunnen hebben op de ontvankelijkheid of de beoordeling van de middelen, aan de Raad van State ter kennis te brengen. In

zoverre de aanvullende nota een reactie vormt op dergelijke nieuwe feiten, kan ze bij de zaak worden betrokken. In zoverre de aanvullende nota geen betrekking heeft op dergelijke feiten, maar de neerslag vormt van het pleidooi ter zitting van de verzoekende partij, wordt ze niet als een processtuk, maar als een loutere inlichting in aanmerking genomen.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

6.1. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering in kort geding wat betreft de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

6.2. Die exceptie lijkt op het eerste gezicht te mogen worden bijgevalen. Het enig middel dat de verzoekende partij aanvoert, lijkt er op het eerste gezicht enkel toe te kunnen leiden dat, indien ernstig, de verwerende partij ertoe gehouden zou zijn het prijs- en kostenonderzoek van de BAFO's te herdoen, doch niet dat de opdracht onafwendbaar aan de verzoekende partij dient te worden gegund.

De vordering dient als niet ontvankelijk te worden verworpen in zoverre ze is gericht tegen de impliciete weigeringsbeslissing.

VII. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

7. 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 het enig middel

Uiteenzetting van het middel

8. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van de artikelen 4, 83 en 84 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 33, 35, 36 en 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna koninklijk besluit plaatsing 2017), de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur, het beginsel van de gelijke behandeling en het transparantiebeginsel.

8.1. Zij betoogt dat de verwerende partij niet is overgegaan tot een prijs- of kostenbevraging van de gekozen inschrijver in de zin van artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, terwijl bij een extreem prijsverschil er volgens haar hoe dan ook sprake is van prijzen die schijnbaar abnormaal lijken zodat een verzoek tot prijsverantwoording op grond van het voormelde artikel verplicht is. Zij verwijst hiervoor naar rechtspraak van de Raad van State, alsook naar een arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 1 december 2021, nr. T-546/20. Zij licht toe dat het offertebedrag van de gekozen inschrijver 69,98% lager ligt dan het offertebedrag van de tweede gerangschikte (de verzoekende partij) en 73,8 % lager dan het gemiddelde offertebedrag. Zij doet gelden dat het totale offertebedrag van de gekozen inschrijver, alsmede de prijzen per post, geenszins realistisch zijn en minstens als schijnbaar abnormaal laag voorkomen.

8.2. Voorts betoogt zij dat de motieven van de verwerende partij om niet over te gaan tot een prijs- of kostenbevraging van de gekozen inschrijver zowel in feite als in rechte falen, en deze beoordeling niet berust op een zorgvuldige en redelijke beoordeling.

Voor zover in de motivering wordt gesteld dat het prijsverschil verantwoord wordt omwille van een “verschillende aanpak en voorgestelde architectuur en hostingaanpak”, is er blijkens de beoordeling van de offertes in het kader van het gunningscriterium ‘kwaliteit’ helemaal geen verschil, minstens geen

verschil dat dit prijsverschil zou kunnen verantwoorden. Drie van de vier inschrijvers kregen voor het subgunningscriterium ‘plan van aanpak’ evenveel punten toegekend, en bovendien blijkt uit de motivering van de puntentoekenning dat de verzoekende partij en de gekozen inschrijver eenzelfde aanpak hanteren. Ook uit de beoordeling van het subgunningscriterium ‘kwaliteit van het voorgelegde oplossingsconcept’ volgt dat er geen wezenlijk verschil is qua aanpak en voorgestelde architectuur. Wat het subgunningscriterium ‘hosting en onderhoud’ betreft, geldt dezelfde vaststelling.

De verwijzing naar de prijsopbouw in de offertes is volgens de verzoekende partij evenmin dienend, aangezien het bestek niet oplegt dat de inschrijvers de prijsopbouw moeten meegeven in hun offerte. Voor zover wordt verwezen naar punt 3.9. van het bestek, stelt de verzoekende partij dat deze bestekseis onwettig is want strijdig met de inventaris aangezien post 8 een globale prijs betreft en er dus niet mag worden afgerekend op basis van een reëel verbruik. Deze bestekseis geldt enkel voor post 8 en betreft bovendien enkel de prijsopbouw in het kader van de opschaling van het aantal gebruikers. Een prijsverantwoording betreft overigens niet enkel het meedelen van een prijsopbouw maar ook het meedelen van de voordelen die een inschrijver geniet waardoor hij een lagere prijs kan aanbieden.

8.3. Voorts betoogt de verzoekende partij dat de prijszetting van de gekozen inschrijver (schijnbaar) abnormaal laag is en dit reeds op het eerste gezicht volgt uit de beschikbare info in het bestek, het gunningsverslag en de algemeen beschikbare informatie. Zij maakt een “rekeningoefening” op grond van die gegevens om dit aan te tonen. Zij stelt eveneens dat doorgaans de kostprijs van het jaarlijks onderhoud van een applicatie wordt gerekend op 15 à 20 % van de initiële bouwkost zodat deze kostprijs op 10 jaar minstens het dubbele van de bouwkost dient te bedragen.

8.4. Ten slotte oefent de verzoekende partij nog kritiek uit op de bijkomende motieven die de verwerende partij heeft geformuleerd in haar brief van 8 juni 2022. Zij stelt dat het voeren van onderhandelingen de verwerende partij niet vrijstelt van het voeren van een prijsonderzoek, doch integendeel uit artikel 36, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 blijkt dat het prijsonderzoek wordt

gevoerd op de BAFO's, die pas worden ingediend na de onderhandelingen. Bovendien blijkt uit de agenda van de onderhandelingen dat de prijs(opbouw) daarin niet aan bod is gekomen. Ook stelt zij dat indien zou blijken dat met de gekozen inschrijver onderhandelingen werden gevoerd na 13 maart 2022, datum waarop het aangepaste bestek werd gepubliceerd, ook het gelijkheidsbeginsel en artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 zijn geschonden. De verzoekende partij laakt dat er geen verslag is van de concreet gevoerde onderhandelingen, wat een schending van het transparantiebeginsel met zich meebrengt. Wat het in de brief van 8 juni 2022 vermelde motief van de raming betreft, heeft deze volgens de verzoekende partij geen realistisch karakter aangezien deze 82,71 % lager ligt dan het gemiddelde offertebedrag en 34% lager dan het offertebedrag van de gekozen inschrijver, zodat de referentiewaarde van die raming onbestaande is.

Beoordeling

9. Artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt:

“De aanbestedende overheid voert een prijzen- of kostenonderzoek uit op de ingediende offertes, overeenkomstig de door de Koning te bepalen nadere regels. De Koning kan in uitzonderingen voorzien op het prijzen- of kostenonderzoek voor de door Hem te bepalen opdrachten. Op haar verzoek verstrekken de inschrijvers tijdens de plaatsingsprocedure alle nodige inlichtingen om dit onderzoek mogelijk te maken.”

Artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek. Daartoe kan de aanbestedende overheid, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de wet, de inschrijvers verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken.”

Artikel 36,§ 1, van datzelfde besluit luidt onder meer:

“Indien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, voert de aanbestedende overheid een bevraging van deze laatste uit.”

10. De verzoekende partij betoogt dat bij extreme prijsverschillen er “hoe dan ook” sprake is van prijzen die schijnbaar abnormaal lijken zodat een verzoek tot prijsverantwoording verplicht is.

Zij lijkt daarbij het onderscheid uit het oog te verliezen tussen, enerzijds, de fase van het algemeen prijsonderzoek en, anderzijds, de fase van het bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen, met eventuele vraag tot prijsverantwoording. Ook het algemeen prijsonderzoek in de zin van artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 vereist een nauwgezette controle van alle bedragen van elke offerte en een onderlinge prijsvergelijking van alle eenheids- en totaalprijzen van alle offertes. De verwerende partij beschikt in het kader van dat algemeen prijsonderzoek als aanbestedende overheid over een aanzienlijke beoordelingsruimte om alsdan al dan niet over te gaan tot een bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen. Deze beoordelingsruimte lijkt des te meer aanwezig in geval voor de onderhandelingsprocedure is gekozen, zoals te dezen, en in geval het om intellectuele diensten gaat die voor een inschrijver een ruimere marge bij de prijszetting lijken te bieden, zoals te dezen.

Ook al vormt het feit dat de gekozen inschrijver een offerte met een aanzienlijk lagere totaalprijs dan de als tweede gerangschikte inschrijver heeft ingediend, doorgaans een aanwijzing dat de geboden prijs abnormaal laag zou kunnen zijn, wat dan aanleiding is voor de aanbestedende overheid om een prijsverantwoording te vragen in de zin van artikel 36, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, hoeft dit niet altijd zo te zijn, zeker niet in het kader van een opdracht voor intellectuele diensten zoals de voorliggende, waar aanzienlijke prijsverschillen vaak voorkomen.

Voor zover de verzoekende partij zich uitdrukkelijk beroept op een aantal arresten van de Raad van State, lijkt zij geen rekening te houden met de specificiteit van elke opdracht. Gelet op de verschillende feitelijke en juridische context lijkt op het eerste gezicht de door de verzoekende partij aangehaalde rechtspraak van de Raad van State en het Gerecht van de Europese Unie, niet zonder meer transposeerbaar naar de huidige zaak.

11. De Raad van State mag, gesteld voor de toetsing van de beoordeling van de motieven van een aanbestedende overheid om prijzen al dan niet als abnormaal te beschouwen en om al dan niet een prijsverantwoording te vragen, zijn eigen beoordeling niet in de plaats stellen van die van het bestuur. Het komt aan de Raad van State enkel toe om desgevraagd na te gaan of de betrokken motieven van dat onderzoek naar behoren zijn bewezen en of de beoordeling van het bestuur met de vereiste zorgvuldigheid en binnen de perken van de redelijkheid is geschied.

De motieven op grond waarvan de aanbestedende overheid alsdan van oordeel is dat de aangeboden prijzen niet abnormaal zijn, kunnen ook uit de stukken van het dossier blijken zodat deze motieven aan de toetsing door de Raad van State kunnen worden onderworpen.

12. In het gunningsverslag wordt het algemeen prijsonderzoek op de vier regelmatige BAFO's beschreven als volgt:

“C.1.2.3 Prijs- of kostenonderzoek (art. 35 KB Plaatsing)

Uit het prijs- of kostenonderzoek blijkt dat er geen prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal hoog of laag lijken. Bijgevolg wordt geen van de inschrijvers onderworpen aan een verdere prijs- of kostenbevraging.

Hoewel er tussen de 4 regelmatige inschrijvers grote prijsverschillen bestaan, is de aanbestedende overheid van oordeel dat er geen sprake is van abnormaal hoge of lage prijzen. De prijsverschillen worden immers verklaard omwille van de verschillende aanpak en voorgestelde architectuur en hostingaanpak van de verschillende inschrijvers.

Alle inschrijvers geven in hun offerte een duidelijke prijsopbouw, die de eenheids- en totaalprijzen kan verklaren.”

Deze motieven lijken op het eerste gezicht steun te vinden het dossier.

Uit de verslagen van de onderhandelingen, stukken die de verwerende partij als vertrouwelijk had neergelegd maar waarvan ze de vertrouwelijkheid in de loop van de huidige procedure heeft gelicht, alsook uit de

vertrouwelijke stukken ‘grondige analyse eerste offertes en voorbereiding onderhandelingsgesprek met alle inschrijvers’ en ‘prijsanalyse BAFO offertes’ blijkt dat de verwerende partij wel degelijk een algemeen prijsonderzoek heeft uitgevoerd, waarbij zij de prijzen van zowel de initiële als de BAFO-offertes zorgvuldig heeft onderzocht en vergeleken, en er zich rekenschap van heeft gegeven dat er sprake is van een duidelijk verschil in totaalprijs en voorgestelde aanpak.

13. De verwerende partij maakt in haar nota op het eerste gezicht aannemelijk dat grote prijsverschillen tussen de inschrijvers in het kader van de voorliggende opdracht, die een ICT-opdracht is, niet zo uitzonderlijk zijn. De inschrijver wordt immers gevraagd om een globale prijs te geven voor de bouw van het aanmeldingssysteem en de hosting ervan op basis van functionele technische specificaties die hem toestaan om op verschillende manieren het gestelde doel te bereiken.

Uit de verslagen van de onderhandelingen met elk van de inschrijvers blijkt op het eerste gezicht dat de inschrijvers op het vlak van software architectuur en hostinginfrastructuur van het aanmeldingssysteem verschillende oplossingen hebben voorgesteld. De verwerende partij maakt op het eerste gezicht aannemelijk dat deze verschillende aanpak grote gevolgen op de prijs kan hebben. Zo blijkt uit de verslagen van de onderhandelingen, enerzijds, dat de verzoekende partij ervan uitgaat dat “normaal gebruik van de applicatie ‘piek’ gebruik is”, en dat zij de piekbelasting “defensief [heeft] ingeschat om een continu piek gebruik te hanteren”, en anderzijds, dat de gekozen inschrijver kan op- en afschalen in functie van de bevraging, wat een aanzienlijke kostenbesparing met zich lijkt te brengen.

Uit die verslagen blijkt ook, anders dan de verzoekende partij stelt, dat de prijszetting voor elk van de inschrijvers wel degelijk aan bod is gekomen; dat dit niet het voorwerp uitmaakt van de “agenda” van de onderhandelingen doet daaraan uiteraard niets af. Er wordt onder meer vastgesteld dat enkel de prijs voor de primaire opdracht opgegeven door de gekozen inschrijver, samen met die van één andere inschrijver, realistisch zijn, terwijl al de andere prijzen afkomstig zijn van “dure inschrijvers”, en specifiek wat de offerte

van de verzoekende partij betreft, dat de “prijszetting langs de hoge kant” is en er optimalisaties moeten worden gezocht. Uit het vertrouwelijk stuk ‘grondige analyse eerste offertes en voorbereiding onderhandelingsgesprek met alle inschrijvers’ blijkt in het bijzonder dat de prijzen in de eerste offerte van de verzoekende partij voor de posten “integratie beheersportaal” en “bouw van de rangordemotor” “veel duurder [zijn][tot 4 x] dan de rest”, terwijl deze prijzen blijkens de BAFO-offerte nauwelijks nog zijn aangepast.

Anders dan de verzoekende partij betoogt, lijkt een gelijkwaardige beoordeling van de kwaliteit van de offertes het voorgaande niet tegen te spreken. De beoordelingselementen van de drie subgunningscriteria van het criterium ‘kwaliteit’ zijn immers gericht op het beoordelen van de mate waarin de voorgestelde oplossingen beantwoorden aan de behoeften van de aanbestedende overheid. Zoals de verwerende partij in haar nota opmerkt, lijkt de omstandigheid dat de drie andere regelmatige inschrijvers eveneens een goed uitgewerkte architectuur en hostingaanpak voorstellen en daarom ook positief worden beoordeeld, op het eerste gezicht niet weg te nemen dat zij dat op een andere manier kunnen doen, met een weerslag op de prijs.

14. Waar de verzoekende partij ter zitting inhoudelijk betwist dat zij niet hetzelfde zou aanbieden als de gekozen inschrijver, of dat zij “overgedimensioneerd” zou zijn, is het voor de Raad van State niet doenbaar om zich in de huidige spoedprocedure en zonder deskundig advies aan een vergelijking tussen al die projecten te wagen. Hetzelfde geldt voor de door de verzoekende partij gemaakte “rekeningoefening” teneinde aan te tonen dat reeds op het eerste gezicht zou blijken dat de prijszetting van de gekozen inschrijver (schijnbaar) abnormaal zou zijn.

15. Met de verwerende partij lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden aangenomen, zoals overigens ook blijkt uit het *sub* 3.4 aangehaald punt A.5.2. ‘Onderhandelingen’ van het bestek, dat zij als aanbestedende overheid gebruik kon maken van de onderhandelingen om zich een goed beeld te vormen van de prijzen en de prijsopbouw van de inschrijvers, die deze hebben kunnen toelichten en eventueel aanpassen, hetgeen haar als aanbestedende overheid in de

mogelijkheid heeft gesteld het prijsniveau van de inschrijvers in verhouding tot de voorgestelde oplossing afdoende in te schatten.

De verwerende partij lijkt daarbij op het eerste gezicht aannemelijk te maken dat de gekozen inschrijver (meer dan de verzoekende partij) tijdens de onderhandelingen een inzicht heeft gegeven in de opbouw van haar prijzen, zodat zij voor die inschrijver een goed inzicht had in de voorgestelde oplossing en de daarbij horende prijszetting. Voor zover de verzoekende partij daartegenover stelt (in reactie op de brief van de verwerende partij van 8 juni 2022) dat uit artikel 36, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 blijkt dat het prijsonderzoek wordt gevoerd op de BAFO's die pas worden ingediend na de onderhandelingen, en een verwijzing naar die onderhandelingen daarom irrelevant zou zijn, lijkt zij eraan voorbij te gaan dat het doel van de onderhandelingen er precies in bestaat om tot een globale prijs-kwaliteitsverbetering te komen. Met die inzichten die de verwerende partij aldus heeft opgedaan, kon zij bijgevolg bij het algemeen prijsonderzoek van de BAFO-offertes rekening houden. De suggestie van de verzoekende partij dat na de aanpassing van punt 3.9 van het bestek, waarbij aan de inschrijvers werd gevraagd hun prijsopbouw in verband met post 8 te verduidelijken in hun BAFO-offerte, nog met de gekozen inschrijver zou zijn onderhandeld, lijkt feitelijke grondslag te missen. Evenmin toont de verzoekende partij op het eerst gezicht aan waarom de voornoemde bestekswijziging onwettig zou zijn.

Voor zover de verzoekende partij kritiek uit op het hanteren van de raming als vergelijkingspunt, betreft dit, zoals zij overigens zelf erkent, een *post factum* motief dat, mocht het niet deugdelijk zijn, niet van aard is de wettigheid van de bestreden beslissing zelf aan te tasten.

16. Gelet op wat voorafgaat, lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht terecht te stellen dat de omstandigheid dat de prijs van de gekozen inschrijver aanzienlijk lager ligt dan het gemiddelde van de vier regelmatige offertes, niet noodzakelijk een signaal hoefde te zijn dat deze prijs schijnbaar abnormaal laag is, maar evengoed een aanwijzing kon zijn dat de overige drie inschrijvers een, in de bewoordingen van de verwerende partij, “overgedimensioneerde” oplossing aanboden, met een (te) hoge prijs tot gevolg. In

die omstandigheden lijkt het op het eerste gezicht niet te stroken met de *ratio legis* van het onderzoek naar abnormale prijzen dat de aanbestedende overheid alsdan een prijzenonderzoek zou dienen uit te voeren op offertes die volgens haar toch in geen geval voor gunning in aanmerking komen omdat de prijszetting ervan te hoog is.

De verwerende partij maakt op het eerste gezicht aannemelijk dat zij wel degelijk een algemeen prijs- en kostenonderzoek heeft uitgevoerd, en dat uit dit onderzoek is gebleken dat de door de gekozen inschrijver aangeboden prijs in de BAFO-offerte in verhouding staat tot de aangeboden prestaties en kosten, zodat geen prijsverantwoording diende te worden gevraagd; voorts dat er niet meteen diende te worden gevreesd voor een onbehoorlijke uitvoering van de opdracht, wat de voornaamste finaliteit is van het prijsonderzoek.

17. Het enig middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

18. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv FrontForce 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 vijf juli 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