

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 255.879 van 22 februari 2023

in de zaak A. 238.122/XII-9317

In zake: de NV PROXIMUS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Virginie Dor en Youri Musschebroeck
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpssteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door het Belgisch
Telematicaonderzoeksnetwork (BELNET)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Mosselmans, Stef Feyen, Leana Derard en
Maxime Vanderstraeten
kantoor houdend te 1000 Brussel
Terhulpssteenweg 120
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de BV TELENET
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Lemmens en Cédric Vandekeybus
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 houdende te 1000 Brussel
Regentschapsstraat 58 b8.

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 9 januari 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing

van Belnet van 22 december 2022 om perceel 2 van de opdracht voor leveringen met als voorwerp ‘levering van connectiviteitsdiensten voor 5 jaar’ te gunnen aan de bv Telenet.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 19 januari 2023 heeft de bv Telenet gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 februari 2023.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Youri Musschebroeck, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Jens Mosselmans en Stef Feyen, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Sophie Bleux en Robin Beck, die verschijnen voor de tussenkomende 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. Op 17 december 2021 stemt de Ministerraad in met het uitschrijven van een overheidsopdracht voor de levering van connectiviteitsdiensten gedurende vijf jaar. Die opdracht moet de behoeften dekken van Belnet (die instaat voor de connectiviteitsbehoeften van onderzoeks- en onderwijsinstellingen en van de federale overheidsinstellingen) en van de vzw

Smals en haar leden (actief in de gezondheids- en de welzijnssector). De staatssecretaris belast met wetenschapsbeleid wordt ermee belast de overheidsopdracht te plaatsen.

De opdracht wordt gegund via een niet-openbare procedure, in de zin van artikel 37 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten).

3.2. De opdracht is onderverdeeld in twee percelen:

- perceel 1: dynamisch aankoopstelsel (DAS) voor de terbeschikkingstelling van huurlijnen (Ethernet en Dark Fiber) en commercieel internet aan onderzoeks- en onderwijsinstellingen gedurende vijf jaar. Geselecteerde ondernemingen zullen offertes kunnen indienen voor opvolgende opdrachten geplaatst door Belnet voor rekening van andere aanbesteders;
- perceel 2: raamovereenkomst met slechts één opdrachtnemer, voor de levering van connectiviteit van ‘laag 3’ gedurende vijf jaar. Met ‘laag 3’ wordt het geheel van connectiviteitsdiensten en aanvullende diensten (routers, monitoring, service desk) bedoeld. Belnet zal optreden als aankoopcentrale. Het is met name de bedoeling om te voorzien in een verdere ontwikkeling van het informaticanetwerk voor de federale overheidsdiensten, waarmee de hoofdbesturen in Brussel worden verbonden met de gedecentraliseerde locaties gevestigd op andere plaatsen in België (“FedWAN”, waarbij WAN staat voor “*Wide Area Networks*”).

De aankondiging voor deelneming aan de opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

De voorliggende zaak heeft betrekking op perceel 2.

3.3. Overeenkomstig één van de selectiecriteria moet de inschrijver een operator te zijn die in staat is “diensten te leveren over het gehele Belgische grondgebied”.

Vier ondernemingen dienen tijdig een aanvraag tot deelname in. Drie ondernemingen worden geselecteerd en uitgenodigd om een offerte in te dienen, namelijk de nv Proximus, de bv Telenet en de nv Orange Belgium.

3.4. Op de opdracht is het bijzonder bestek nr. 2021-08-725 van toepassing.

Perceel 2 betreft een opdracht tegen prijslijst. De geselecteerde kandidaten worden uitgenodigd om de prijslijst (“catalogus”) in te vullen.

In punt 2.3.5 worden negen gunningscriteria bepaald. De criteria 1 tot 6 hebben betrekking op de prijs, de criteria 7 tot 9 op andere elementen. De tabel met de criteria en de subcriteria, en met de erbij horende wegingen, is als volgt:

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	De kosten van het verwerven van een theoretische mand uit een prijslijst. Dit criterium wordt beoordeeld aan de hand van volgende subcriteria	69
1.1	Scenario 1 : WAN A vast contract van 1 jaar	4
1.2	Scenario 2 : WAN A vast contract van 3 jaar	8
1.3	Scenario 3 : WAN A vast contract van 5 jaar	11
1.4	Scenario 4 : WAN B vast contract van 1 jaar	4
1.5	Scenario 5 : WAN B vast contract van 3 jaar	8
1.6	Scenario 6 : WAN B vast contract van 5 jaar	11
1.7	Scenario 7 : WAN C vast contract van 1 jaar	4
1.8	Scenario 8 : WAN C vast contract van 3 jaar	8
1.9	Scenario 9 : WAN C vast contract van 5 jaar	11
2	De eenheidsprijs van de installatie van lijnen. Dit criterium wordt beoordeeld aan de hand van de volgende subcriteria:	3
2.1	Werken die een ontsluiting van het openbaar domein inhouden (weg, trottoir, ...)	1
2.2	Werken die een ander soort opening impliceren (open terrein, bosweg, landbouw, ...)	1
2.3	Boorwerkzaamheden	1
3	De forfaitaire kost voor een site survey	2
4	De forfaitaire kost voor interne bekabelingswerken. Dit criterium wordt beoordeeld aan de hand van de volgende subcriteria:	2
4.1	Het plaatsen van bekabeling tussen 0 en 10 lopende meter	0.5
4.2	Het plaatsen van bekabeling tussen 11 en 50 lopende meter	0.5
4.3	Het plaatsen van bekabeling tussen 51 en 100 lopende meter	0.5
4.4	Het plaatsen van bekabeling van meer dan 100 lopende meter	0.5
5	De forfaitaire kost voor externe bekabelingswerken aan de aansluitingslocatie. Dit criterium wordt beoordeeld aan de hand	2

	van de volgende subcriteria:	
5.1	Het plaatsen van bekabeling tussen 0 en 1 lopende meter	0.5
5.2	Het plaatsen van bekabeling tussen 2 en 15 lopende meter	0.5
5.3	Het plaatsen van bekabeling tussen 16 en 50 lopende meter	0.5
5.4	Het plaatsen van bekabeling van meer dan 50 lopende meter	0.5
6	Mandagkost voor een consultant. Dit criterium wordt beoordeeld aan de hand van de volgende subcriteria:	1.5
6.1	Service Delivery manager	0.5
6.2	Junior Project Manager	0.5
6.3	Senior Project Manager	0.5
7	Termijn van terbeschikkingstelling van een consultant. Dit criterium wordt beoordeeld aan de hand van de volgende subcriteria:	1.5
7.1	Service Delivery manager	0.5
7.2	Junior Project Manager	0.5
7.3	Senior Project Manager	0.5
8	Levertermijn van verschillende technologieën. Dit criterium wordt beoordeeld aan de hand van de volgende subcriteria:	7
8.1	Ethernet	5
8.2	Andere	2
9	Kwaliteit van de SLA. Dit criterium wordt beoordeeld aan de hand van de volgende subcriteria:	12
9.1	Beschikbaarheidsniveau van de Gold SLA	4
9.2	Beschikbaarheidsniveau van de Silver SLA	4
9.3	Beschikbaarheidsniveau van de Bronze SLA	4

In punt 2.3.6 worden de gunningscriteria nader beschreven:

“De inschrijver moet de prijzen / informatie in de prijscatalogus invullen. Deze prijscatalogus is ingedeeld in meerdere tabbladen die elk gelinkt zijn aan een gunningscriterium.

2.3.6.1. Theoretische mand

De theoretische mand die gebruikt wordt voor de gunning van de opdracht is samengesteld uit meerdere scenario's (zie tabblad 'Scenario's'). De inschrijver wordt verzocht de kosten van deze scenario's in te vullen (zie tabblad 'Pricing scenarios') op basis van de eenheidsprijzen die hij in de prijscatalogus heeft vermeld. Voor deze scenario's kunnen geen specifieke kortingen worden voorgesteld.

De AO verwacht een prijs voor in totaal 9 scenario's:

- Scenario 1 : WAN A vast contract van 1 jaar ;
- Scenario 2 : WAN A vast contract van 3 jaar ;
- Scenario 3 : WAN A vast contract van 5 jaar ;
- Scenario 4 : WAN B vast contract van 1 jaar ;
- Scenario 5 : WAN B vast contract van 3 jaar ;
- Scenario 6 : WAN B vast contract van 5 jaar ;
- Scenario 7 : WAN C vast contract van 1 jaar ;
- Scenario 8 : WAN C vast contract van 3 jaar ;
- Scenario 9 : WAN A vast contract van 5 jaar .

Voor elk van de scenario's vertrekt de inschrijver van de hypothese dat hij reeds aanwezig is op de aansluitlocatie.

2.3.6.2. Eenheidsprijs voor de installatie van lijnen

De inschrijver wordt verzocht de eenheidsprijs in euro (€), per lopende meter en exclusief btw op te geven voor de verschillende soorten werkzaamheden die in de prijslijst zijn vermeld (zie tabblad 'Werken').

2.3.6.3. De forfaitaire kost van een site survey

De inschrijver wordt verzocht een eenheidsprijs in euro (€) en exclusief btw op te geven voor de site survey voorafgaand aan de installatie van een lijn (zie tabblad 'Werken').

2.3.6.4. De forfaitaire kost voor interne bekabelingswerken

De inschrijver wordt verzocht een eenheidsprijs per lopende meter, in euro (€) en exclusief btw, op te geven voor de verschillende bekabelingswerken intern aan de aansluitlocatie (zie tabblad 'Werken')

2.3.6.5. De forfaitaire kost voor externe bekabelingswerken

De inschrijver wordt verzocht een eenheidsprijs per lopende meter, in euro (€) en exclusief btw, op te geven voor de verschillende bekabelingswerken extern aan de aansluitlocatie (zie tabblad 'Werken').

2.3.6.6. Mandagkost voor een consultant

[...]

2.3.6.7. Termijn van ter beschikking stelling van een consultant

[...]

2.3.6.8. Levertermijn van de technologieën

[...]

2.3.6.9. Kwaliteit van de SLA

[...].”

Uit de tabel blijkt aldus dat gunningscriterium 1 op 69 punten staat. Binnen dat gunningscriterium hebben de subgunningscriteria een groter gewicht naargelang van de duur van het contract. De overige gunningscriteria die met de prijs te maken hebben (criteria 2 tot 6) staan in totaal op 10,5 punten, en de gunningscriteria die niets met de prijs te maken hebben (criteria 7 tot 9) in totaal op 20,5 punten. Het totaal te behalen punten is 100.

In de tabbladen van de catalogus wordt voor elk scenario van gunningscriterium 1 beschreven in welke verbindingen en back-up oplossingen per site voorzien moet worden en welke opties worden gevraagd. Het is dus met die elementen, en met de eenheidsprijzen die de inschrijvers op andere tabbladen moeten invullen, dat de inschrijvers voor elk van de negen scenario's een prijs moeten voorstellen. Zij dienen daarbij een onderscheid te maken tussen de set-up kosten en de maandelijks terugkerende kosten (“MRC” of “monthly recurring costs”).

Punt 2.3.7 van het bestek bepaalt hoe de scores op de gunningscriteria berekend zullen worden:

“Voor de scores worden de twee cijfers na de komma aangehouden zonder afronding naar boven. Een negatieve score zal worden omgezet naar een score 0.

De criteria 1, 2, 3, 4, 5, 8 (lees: 6) zullen worden berekend op basis van de volgende formule:

Regel van 3: $\text{Score} = (\text{prijs van de goedkoopste offerte} / \text{prijs van de offerte}) * \text{gewicht van het criterium}$

De goedkoopste offerte krijgt de maximumscore.

[...]”.

Punt 2.3.11 ‘Keuze van de offerte’ luidt:

“De AO kiest de economisch meest voordelige offertes, rekening houdend met de evaluatiecriteria.

M.a.w. de offerte die tijdens de fase van de analyse van de offertes de meeste punten bekommt”.

3.5. Er worden diverse vragen gesteld over de gunningscriteria en over de wijze waarop de prijs kan worden vastgesteld. De voor deze zaak relevante vragen en antwoorden luiden als volgt:

Vraag:

“Ontsluiting van het openbaar domein [kan] door sommige kandidaten in bepaalde gevallen beschouwd worden als lange termijn investeringen die zij op eigen kosten doen om nadien op deze infrastructuur betalende diensten te kunnen leveren aan toekomstige gebruikers van de gebouwen. Is het daarom toegelaten dat kandidaten deze kosten niet of slechts gedeeltelijk doorrekenen in de prijzen van het tabblad ‘Werken’ van de prijslijst zonder dat daardoor de offerte onregelmatig zal beschouwd worden wegens abnormale prijzen?”

Antwoord:

“De kandidaat mag een lage prijs of een kost aan €0,00 voorstellen, mits een grondige motivatie. De toekomstige opdrachtnemer zal er echter rekening mee moeten houden dat deze prijs van toepassing zal blijven gedurende de uitvoering van de opdracht en de opvolgende opdrachten.”

Vraag;

“Interne bekabelingswerken en externe bekabelingswerken kunnen door sommige kandidaten in bepaalde gevallen beschouwd worden als lange termijn investeringen die zij op eigen kosten doen om nadien op deze infrastructuur betalende diensten te kunnen leveren aan toekomstige gebruikers van de gebouwen.

Is het daarom toegelaten dat kandidaten deze kosten niet of slechts gedeeltelijk doorrekenen in de prijzen van het tabblad ‘Werken’ van de prijslijst zonder dat daardoor de offerte onregelmatig zal beschouwd worden wegens abnormale prijzen?”

Antwoord:

“De kandidaat mag een lage prijs of een kost aan €0,00 voorstellen, mits een grondige motivatie. De toekomstige opdrachtnemer zal er echter rekening mee moeten houden dat deze prijs van toepassing zal blijven gedurende de uitvoering van de opdracht en de opvolgende opdrachten.”

Vraag:

“Op welke manier zal de aanbestedende overheid bij de gunning rekening houden met het feit dat er belangrijke verschillen kunnen zijn in het aantal lopende meter dat de verschillende kandidaten [nodig zullen] hebben voor het ontsluiten van het publieke domein?

Hoe zal bij de gunning rekening gehouden worden met het feit dat kandidaat A slechts 1 meter infrastructuur moet aanleggen en dat dit bij kandidaat B misschien 1 kilometer of meer is?”

Antwoord:

Zoals gestipuleerd in punt 2.3.6.1 van het bijzonder bestek dient iedere inschrijver te vertrekken vanuit de hypothese dat hij reeds aanwezig is op de remote site. Hierdoor vervalt het verschil in aanleg van infrastructuur en wordt er geen disproportioneel voordeel toegekend.”

Vraag;

“We zouden graag verduidelijking hebben in verband met de impact op de gunning van de kosten verbonden aan de ontsluiting van het openbaar domein. Veronderstel hierbij de volgende situatie:

Veronderstel dat er twee kandidaten zijn: Kandidaat A en Kandidaat B.

Veronderstel dat beide kandidaten een identieke offerte indienen voor alle elementen van de ‘Perceel 2 Prijslijst’ (verbindingen, werken, CPE [*customer premises equipment*], consultancy, SLA [*service level agreement*], ...), behalve voor de prijs per lopende meter voor de post ‘Werken die een ontsluiting van het openbaar domein inhouden (weg,

trottoir,...)'. Voor deze post hanteert Kandidaat A een prijs van 100 euro per lopende meter en Kandidaat B een prijs van 90 euro per lopende meter. Veronderstel dat bij Kandidaat A gemiddeld 10 lopende meter werken nodig zijn voor de ontsluiting van het openbaar domein en dat bij Kandidaat B gemiddeld 1000 meter werken nodig zijn.

Veronderstel dat er tijdens de looptijd van de opdracht 500 sites dienen aangesloten te worden.

Bij kandidaat A zou de ontsluiting van het openbaar domein dan $500 \times 100 \times 10 = 500\,000$ euro kosten over de totale looptijd van de opdracht.

Bij kandidaat B zou de ontsluiting van het openbaar domein dan $500 \times 90 \times 1000 = 45\,000\,000$ euro kosten over de totale looptijd van de opdracht.

Aan welke kandidaat zou de opdracht dan gegund worden?"

Antwoord:

"Zoals aangegeven in punt 2.3.7, zal het subgunningscriterium 'Werken die een ontsluiting van het openbaar domein inhouden' (wat een onderdeel is van Gunningscriterium 2) worden geëvalueerd op basis van de volgende formule:

Regel van 3: $\text{Score} = (\text{prijs van de goedkoopste offerte} / \text{prijs van de offerte}) * \text{gewicht}$

Dit betekent dus dat de inschrijver met de goedkoopste prijs dit (sub)gunningscriterium zal winnen. De aanbestedende overheid heeft, zoals eerder aangehaald, geen zicht op het totaal aantal sites die zullen moeten ontsloten worden gedurende de totale looptijd van deze overheidsopdracht. Om alle kandidaten op een gelijke basis te behandelen, laat de aanbestedende overheid iedereen vertrekken vanuit de hypothese dat ze reeds aanwezig zijn op de site (zie laatste paragraaf punt 2.3.6.1). Omwille van dit laatste, werd er ook geen lijst van aan te sluiten sites meegegeven in de opdrachtdocumenten teneinde geen substantieel voordeel te verlenen aan een kandidaat".

Vraag:

"Kan u verduidelijken wat bedoeld wordt met 'Werken die een ontsluiting van het openbaar domein inhouden'?

Betreft dit werken op privaat domein of werken op publiek domein?"

Antwoord:

De werken die een ontsluiting van het openbaar domein inhouden zijn de werken die plaatsvinden extern de aansluitlocatie op het publiek domein (zoals op de openbare weg of het trottoir). Deze staan apart van de externe bekabelingswerken die plaatsvinden op het privaat terrein van de aansluitlocatie.

Vraag:

“Hebben de ‘externe bekabelingswerken’ betrekking op werken buiten een gebouw, maar op het domein van de klant (dus buiten het publiek domein)? Kunnen deze werken dan ook graafwerken en boringen omvatten en moeten die dan inbegrepen zijn in de vermelde prijzen?”

Antwoord:

“Onder externe bekabelingswerken wordt verstaan alle werken buiten een gebouw op privaat terrein. Alle werken die hieraan te pas komen moeten inbegrepen zijn in de vermelde prijzen.”

Vraag:

“Kan u bevestigen dat in de bedragen in het tabblad ‘Pricing scenario’s’ van de prijslijst de volgende prijscomponenten [...] mee opgenomen [moeten] zijn:

- de prijzen uit het tabblad Verbindingen
- de prijzen uit het tabblad CPE’s
- de eventuele prijzen uit het tabblad QoS [*quality of service*] indien van toepassing
- de eventuele prijzen uit het tabblad SLA’s

Kan u bevestigen dat in de bedragen in het tabblad ‘Pricing scenario’s’ van de prijslijst de volgende prijscomponenten niet [...] mee opgenomen [moeten] zijn:

- de prijzen uit het tabblad Werken
- de prijzen uit het tabblad Installatie Opties
- de eventuele prijzen uit het tabblad Reporting
- de eventuele prijzen uit het tabblad Consultancy”

Antwoord:

“Het tabblad ‘Pricing scenario’s’ is de totale kost van de 3 hypothetische WAN’s die bevraagd worden in het tabblad ‘Scenario’s’. Voor elke WAN geeft de inschrijver de totale prijs voor set-up en MRC op 1, 3 & 5 jaar. De volgende componenten zijn hierin opgenomen:

- De prijzen opgegeven in het tabblad ‘Verbindingen’
- De prijzen opgegeven in het tabblad ‘CPE’.
- De prijzen opgegeven in het tabblad ‘QoS’ (indien van toepassing).
- De prijzen opgegeven in het tabblad ‘SLA’ (indien van toepassing).
- De prijzen opgegeven in het tabblad ‘Reporting’ (indien van toepassing).

De volgende prijscomponenten moeten niet mee opgenomen worden in het tabblad ‘Pricing scenario’s’:

- De prijzen uit het tabblad ‘Installatie Opties’.
- De prijzen uit het tabblad ‘Werken’.
- De prijzen uit het tabblad ‘Consultancy’.”

Vraag:

“Uit het antwoord op de vraag met als onderwerp ‘Kosten verbonden aan de ontsluiting van het openbaar domein’ blijkt dat de gunningscriteria ertoe kunnen leiden dat een kandidaat geselecteerd wordt waarvoor de totale kosten voor de [aanbestedende overheid] en [de vzw Smals en haar leden] veel hoger zijn dan bij selectie van een andere kandidaat (in het voorbeeld dat gegeven werd in de vraag, loopt dit verschil op tot 45 000 000 euro, wat meer is dan de helft van de maximale opdrachtwaarde).

Anderzijds staat op de eerste pagina van de selectiegids (pagina 7 van het bijzonder bestek) het volgende: ‘De inschrijver die de economisch meest voordelige offerte indient, zal het geheel van Perceel 2 gegund krijgen.’

Deze twee elementen lijken tegenstrijdig. Op welke manier zal ervoor gezorgd worden dat een situatie zoals beschreven in het voorbeeld van de hierboven vermelde vraag niet strijdig is met [de] hierboven vermelde clause op pagina 14 van het bijzonder bestek?

Een mogelijke oplossing zou kunnen zijn om in het evaluatiescenario (tabblad ‘Scenario’s’) te werken met een hypothetische lijst van sites met hun werkelijke adressen. De verschillende kandidaten zouden dan moeten aangeven hoeveel infrastructuur (lopende meter) er zou moeten aangelegd worden voor elk van deze sites. De werkelijke kosten voor deze infrastructuur zouden dan moeten toegevoegd worden aan de prijs voor Set/up in de ‘Totaal kost’ in het tabblad ‘Pricing scenario’s’. Op deze manier zou deze ‘Totaal kost’ een veel betere indicator zijn voor de werkelijke totale kost.”

Antwoord:

“Het perceel zal gegund worden aan de inschrijver die de economisch meest voordelige offerte heeft ingediend op basis van de gedefinieerde gunningscriteria in het bijzonder bestek.”

Vraag:

“In het tabblad ‘Werken’ van de prijslijst wordt gevraagd een forfaitaire prijs op te geven voor werken voor het plaatsen van bekabeling van meer dan 100 lopende meter (in het geval van interne bekabelingswerken) en voor het plaatsen van bekabeling van meer dan 50 lopende meter (in het geval van externe bekabelingswerken).

Gezien er geen bovengrens is gedefinieerd voor de lengte, is het eigenlijk onmogelijk hiervoor een redelijk forfait te hanteren. De afstanden kunnen namelijk oplopen tot vele kilometers (b.v. in het geval van een observatiepost in het midden van een groot natuurgebied).

Kan u daarom ook een bovengrens definiëren voor de lengte van de bekabeling die moet inbegrepen zijn in dit forfait? Voor lengtes daarboven

zou dan bijvoorbeeld kunnen gewerkt worden met een pro-rata verhoging van de forfaitaire prijs of met een specifieke offerte.”

Antwoord:

“Velden B13 en B19 in het tabblad ‘Werken’ maken geen voorwerp uit bij de toetsing van de gunningscriteria. Om rekening te houden met extreme afstanden die in sommige gevallen kunnen plaatsvinden, zal ‘forfait’ worden vervangen door ‘prijs na studie’. De [aanbestedende overheid] verduidelijkt dat de interne en externe bekabelingswerken plaatsvinden op privaat domein. Een aangepaste Excel (_V3) zal ter beschikking worden gesteld.”

3.6. De bv Telenet en de nv Proximus dienen een offerte in. De nv Orange ziet af van de indiening van een offerte, zodat enkel Telenet en Proximus als inschrijvers overblijven.

3.7. Op 3 juni 2022 wordt aan beide inschrijvers gevraagd om overeenkomstig artikel 66, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016 verduidelijkingen te bezorgen over bepaalde posten en technische elementen uit hun offerte.

Beide inschrijvers bezorgen deze verduidelijkingen of antwoorden, respectievelijk op 15 juni 2022 (Proximus) en 16 juni 2022 (Telenet).

3.8. Op 28 oktober 2022 worden beide inschrijvers uitgenodigd om een prijsverantwoording te verstrekken overeenkomstig artikel 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017): aan de bv Telenet omwille van het feit dat na onderzoek van haar offerte blijkt dat de voorgestelde prijzen en kosten abnormaal laag zijn “in vergelijking met andere offertes die zijn ingediend”, en aan de nv Proximus omwille van het feit dat de door haar voorgestelde prijzen en kosten abnormaal hoog lijken “ten opzichte van de andere ingediende offertes”.

Beide inschrijvers antwoorden met een omstandige prijsverantwoording, respectievelijk op 16 november 2022 (Proximus) en 17 november 2022 (Telenet).

3.9. Een verslag van nazicht wordt opgesteld op 24 november 2022.

In verband met het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes wordt, met betrekking tot de offerte van de bv Telenet, in punt 4.1 het volgende overwogen:

“De offerte van Telenet is niet behept met substantiële onregelmatigheden. Wat de financiële offerte van Telenet betreft, heeft de aanbestedende overheid de door Telenet voorgestelde prijzen geverifieerd. De door Telenet voorgestelde installatiekosten in twee en drie theoretische scenario’s (de contracten van drie en vijf jaar) die voor de evaluatie van de voorgestelde prijzen in aanmerking zijn genomen, zijn nul.

Conform artikel 36, § 2, van het KB van 17 april 2017, werd Telenet via een schrijven op 28 oktober 2022 uitgenodigd om de voorgestelde installatiekosten in haar offerte nader te verklaren.

In een brief van 17 november 2022 heeft Telenet verduidelijkt dat de installatiekosten niet variëren naargelang de duur van het gesloten contract en dus identiek blijven aan die welke worden voorgesteld voor het contract van één jaar. Voor contracten met een looptijd van drie of vijf jaar zijn de installatiekosten echter inbegrepen in de maandelijks terugkerende kosten (MRC).

Bovendien stellen zij dat de installatiekosten voor opdrachten met een looptijd van drie of vijf jaar een beperkte waarde hebben ten opzichte van de totale prijs van de offerte en dus als verwaarloosbaar moeten worden beschouwd in de zin van artikel 36, § 2, 5e lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

In zijn antwoord legt de inschrijver nader uit dat de prijsstructuur realistisch is, in overeenstemming is met het bestek, economisch verantwoord is en zijn onderneming in staat stelt haar verplichtingen op het gebied van sociaal, arbeids- en milieurecht na te komen. Daartoe heeft hij verschillende documenten overgelegd betreffende soortgelijke opdrachten die voor andere aanbestedende diensten zijn uitgevoerd (waarbij dezelfde prijsstellingsmethode is gebruikt), alsmede certificaten van goede uitvoering. Ten slotte wijst zij erop dat haar unieke positie in de telecommunicatiesector haar in staat stelt relatief competitieve prijzen aan te bieden.

Overeenkomstig artikel 36, [§] 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 zijn de ontvangen motiveringen beoordeeld.

Er zij aan herinnerd dat wanneer de aanbestedende overheid wordt geconfronteerd met een inschrijving die een nultarief of -kosten bevat, hij de inschrijver niet automatisch van de aanbestedingsprocedure kan uitsluiten. De aanbestedende overheid moet de inschrijver die de inschrijving heeft ingediend om uitleg vragen en kan in het licht van deze uitleg oordelen dat de betrokken inschrijving geen wezenlijke onregelmatigheid vertoont (EUHvJ, 10 september 2020, Tax-Fin-Lex, C-367/19, EU:C:2020:685). Tenzij in het bestek anders is bepaald, staat het

de inschrijvers bovendien vrij om in hun inschrijving de prijsmethode te bepalen, met inbegrip van de wijze van toerekening van hun verschillende kosten ([RvS], nr. 254.054 van 21 juni 2022, Sodexo Pass Belgium; [RvS], nr. 244.109 van 2 april 2019, NV Strabag Belgium).

In dit geval blijkt uit de motivering van Telenet dat het totale bedrag van de door haar ingediende offerte niet abnormaal is.

De economische kosten die de installatiekosten in de driejarige en vijfjarige contracten vertegenwoordigen, komen immers tot uiting in de maandelijks betaalde bedragen. Het belangrijkste verschil met overeenkomsten met een looptijd van één jaar lijkt te zijn dat de installatiekosten bij overeenkomsten met een looptijd van drie of vijf jaar maandelijks worden uitgesmeerd en dus niet in één keer worden uitbetaald door de aanbestedende overheden die aan deze raamovereenkomst deelnemen.

Deze prijsstellingsmethode heeft geen enkele invloed op het totale bedrag van de inschrijving in de zin van abnormaliteit. Uit de toelichting van Telenet (die overeenstemt met de werkelijkheid) blijkt immers dat, zelfs indien de installatiekosten afzonderlijk zouden worden gefactureerd, deze kosten gewoon van de maandelijks terugkerende kosten zouden worden afgetrokken en dus in het totaalbedrag van de offerte zouden worden opgenomen.

Ook deze prijsstellingsmethode verstoort de vergelijking tussen de offertes niet, aangezien voor de installatiekosten of de maandelijks terugkerende kosten geen afzonderlijk gunningscriterium of subcriterium geldt.

In deze context lijkt het bod van Telenet niet abnormaal en is het dus in orde overeenkomstig artikel 36, § 3, 3°, van het koninklijk besluit van 18 april 2017.”

Onder punt 4.2 wordt geoordeeld dat de door de nv Proximus voorgestelde prijs niet abnormaal hoog, en derhalve aanvaardbaar is.

Onder punt 5 worden de offertes vervolgens met elkaar vergeleken. Per subgunningscriterium en gunningscriterium worden de volgende scores toegekend:

Nr.	Naam	Motivering	Score
Gunningscriterium nr. 1: De kosten van het verwerven van een theoretische mand uit een prijslijst. Dit criterium wordt beoordeeld aan de hand van de volgende subcriteria: Beoordeling op 69 punten			
1	Telenet N.V.		69
2	PROXIMUS NV		37,68
Gunningscriterium nr. 1.1: Scenario 1 : WAN A vast contract van 1 jaar Beoordeling op 4 punten Regel van 3: Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
1	Telenet N.V.		4
2	PROXIMUS NV		2,65

Gunningscriterium nr. 1.2: Scenario 2 : WAN A vast contract van 3 jaar Beoordeling op 8 punten Regel van 3, Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
1	Telenet N.V.		8
2	PROXIMUS NV		5,28
Gunningscriterium nr. 1.3: Scenario 3 : WAN A vast contract van 5 jaar Beoordeling op 11 punten Regel van 3, Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
1	Telenet N.V.		11
2	PROXIMUS NV		7,5
Gunningscriterium nr. 1.4: Scenario 4 : WAN B vast contract van 1 jaar Beoordeling op 4 punten Regel van 3, Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
1	Telenet N.V.		4
2	PROXIMUS NV		2,21
Gunningscriterium nr. 1.5: Scenario 5 : WAN B vast contract van 3 jaar Beoordeling op 8 punten Regel van 3, Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
1	Telenet N.V.		8
2	PROXIMUS NV		4,18
Gunningscriterium nr. 1.6: Scenario 6 : WAN B vast contract van 5 jaar Beoordeling op 11 punten Regel van 3, Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
1	Telenet N.V.		11
2	PROXIMUS NV		5,86
Gunningscriterium nr. 1.7: Scenario 7 : WAN C vast contract van 1 jaar Beoordeling op 4 punten Regel van 3, Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
1	Telenet N.V.		4
2	PROXIMUS NV		1,82
Gunningscriterium nr. 1.8: Scenario 8 : WAN C vast contract van 3 jaar Beoordeling op 8 punten Regel van 3, Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
1	Telenet N.V.		8
2	PROXIMUS NV		3,42
Gunningscriterium nr. 1.9: Scenario 9 : WAN C vast contract van 5 jaar Beoordeling op 11 punten Regel van 3, Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
1	Telenet N.V.		11
2	PROXIMUS NV		4,76
Gunningscriterium nr. 2: De eenheidsprijs van de installatie van lijnen. Dit criterium wordt beoordeeld aan de hand van de volgende subcriteria: Beoordeling op 3 punten			
2	PROXIMUS NV		3

1	Telenet N.V.		2,07
Gunningscriterium nr. 2.1: Werken die een ontsluiting van het openbaar domein inhouden (weg, trottoir ,...) Beoordeling op 1 punten Regel van 3, Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
2	PROXIMUS NV		1
1	Telenet N.V.		0,67
Gunningscriterium nr. 2.2: Werken die een ander soort opening impliceren (open terrein, bosweg, landbouw,...) Beoordeling op 1 punten Regel van 3, Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
2	PROXIMUS NV		1
1	Telenet N.V.		0,63
Gunningscriterium nr. 2.3: Boorwerkzaamheden Beoordeling op 1 punten Regel van 3, Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
2	PROXIMUS NV		1
1	Telenet N.V.		0,77
Gunningscriterium nr. 3: De forfaitaire kost voor een site survey Beoordeling op 2 punten Regel van 3, Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
1	Telenet N.V.	Aangezien beide kandidaten geen prijs opgegeven hebben voor dit criterium, kan de vermelde formule voor de evaluatie niet toegepast worden. Beide kandidaten zullen bijgevolg geen punten toegekend krijgen voor dit criterium.	0
2	PROXIMUS NV		0
Gunningscriterium nr. 4: De forfaitaire kost voor interne bekabelingswerken. Dit criterium wordt beoordeeld aan de hand van de volgende subcriteria: Beoordeling op 2 punten			
1	Telenet N.V.		1,5
2	PROXIMUS NV		0
Gunningscriterium nr. 4.1: Het plaatsen van bekabeling tussen 0 en 10 lopende meter Beoordeling op 0,5 punten Regel van 3, Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
1	Telenet N.V.	Om het toepassen van de vermelde formule voor berekening van de score toe te laten, werd de waarde die deze kandidaat heeft opgegeven, herleid naar “1”.	0,5
2	PROXIMUS NV		0
Gunningscriterium nr. 4.2: Het plaatsen van bekabeling tussen 11 en 50 lopende meter Beoordeling op 0,5 punten Regel van 3, Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
1	Telenet N.V.	Om het toepassen van de vermelde formule voor berekening van de score toe te laten, werd de waarde die deze kandidaat heeft	0,5
2	PROXIMUS NV		0

		opgegeven, herleid naar “1”.	
Gunningscriterium nr. 4.3: Het plaatsen van bekabeling tussen 51 en 100 lopende meter Beoordeling op 0,5 punten Regel van 3, Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
1	Telenet N.V.	Om het toepassen van de vermelde formule voor berekening van de score toe te laten, werd de waarde die deze kandidaat heeft opgegeven, herleid naar “1”.	0,5
2	PROXIMUS NV		0
Gunningscriterium nr. 4.4: Het plaatsen van bekabeling van meer dan 100 lopende meter Beoordeling op 0,5 punten Regel van 3. Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
1	Telenet N.V.	Naar aanleiding van een vraag die werd ingediend op het forum, heeft de aanbestedende overheid beslist dat er geen prijs diende opgegeven te worden voor dit criterium omdat het in de praktijk moeilijk blijkt hier een forfaitaire prijs voor op te geven. Voor afstanden van meer dan 100 meter zal een studie moeten uitwijzen wat de kosten zijn voor deze specifieke aansluitlocatie. Er zullen dus geen punten worden toegekend voor dit criterium.	0
2	PROXIMUS NV		0
Gunningscriterium nr. 5: De forfaitaire kost voor externe bekabelingswerken aan de aansluitingslocatie. Dit criterium wordt beoordeeld aan de hand van de volgende subcriteria: Beoordeling op 1,5 punten			
2	PROXIMUS NV		1,5
1	Telenet N.V.		0,43
Gunningscriterium nr. 5.1: Het plaatsen van bekabeling tussen 0 en 1 lopende meter Beoordeling op 0,5 punten Regel van 3, Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
2	PROXIMUS NV		0,5
1	Telenet N.V.		0,03
Gunningscriterium nr. 5.2: Het plaatsen van bekabeling tussen 2 en 15 lopende meter Beoordeling op 0,5 punten Regel van 3, Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
2	PROXIMUS NV		0,5
1	Telenet N.V.		0,25
Gunningscriterium nr. 5.3: Het plaatsen van bekabeling tussen 16 en 50 lopende meter Beoordeling op 0,5 punten Regel van 3, Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
2	PROXIMUS NV		0,5
1	Telenet N.V.		0,15
Gunningscriterium nr. 5.4: Het plaatsen van bekabeling van meer dan 50 lopende			

meter			
Beoordeling op 0,5 punten			
Regel van 3, Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
1	Telenet N.V.	Naar aanleiding van een vraag die werd ingediend op het forum, heeft de aanbestedende overheid beslist dat er geen prijs diende opgegeven te worden voor dit criterium omdat het in de praktijk moeilijk blijkt hier een forfaitaire prijs voor op te geven. Voor afstanden van meer dan 50 meter zal een studie moeten uitwijzen wat de kosten zijn voor deze specifieke aansluitlocatie. Er zullen dus geen punten worden toegekend voor dit criterium.	0
2	PROXIMUS NV		0
Gunningscriterium nr. 6: Mandagkost voor een consultant. Dit criterium wordt beoordeeld aan de hand van de volgende subcriteria:			
Beoordeling op 1,5 punten			
1	Telenet N.V.		1,5
2	PROXIMUS NV		1,5
Gunningscriterium nr. 6.1: Service Delivery manager			
Beoordeling op 0,5 punten			
Regel van 3, Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
1	Telenet N.V.	Om het toepassen van de vermelde formule voor berekening van de score toe te laten, werd de waarde die deze kandidaat heeft opgegeven, herleid naar "1".	0,5
2	PROXIMUS NV	Om het toepassen van de vermelde formule voor berekening van de score toe te laten, werd de waarde die deze kandidaat heeft opgegeven, herleid naar "1".	0,5
Gunningscriterium nr. 6.2: Junior Project Manager			
Beoordeling op 0,5 punten			
Regel van 3, Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
1	Telenet N.V.	Om het toepassen van de vermelde formule voor berekening van de score toe te laten, werd de waarde die deze kandidaat heeft opgegeven, herleid naar "1".	0,5
2	PROXIMUS NV	Om het toepassen van de vermelde formule voor berekening van de score toe te laten, werd de waarde die deze kandidaat heeft opgegeven, herleid naar "1".	0,5
Gunningscriterium nr. 6.3: Senior Project Manager			
Beoordeling op 0,5 punten			
Regel van 3, Score = (prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de offerte) * gewicht van het criterium			
1	Telenet N.V.	Om het toepassen van de vermelde formule voor berekening van de score toe te laten, werd de waarde die deze kandidaat heeft opgegeven, herleid naar "1".	0,5

2	PROXIMUS NV	Om het toepassen van de vermelde formule voor berekening van de score toe te laten, werd de waarde die deze kandidaat heeft opgegeven, herleid naar "1".	0,5
Gunningscriterium nr. 7: Termijn van terbeschikkingstelling van een consultant. Dit criterium wordt beoordeeld aan de hand van de volgende subcriteria: Beoordeling op 1,5 punten			
2	PROXIMUS NV		1,5
1	Telenet N.V.		0,51
Gunningscriterium nr. 7.1: Service Delivery manager Beoordeling op 0,5 punten Regel van 3, Score = (kortste termijn in de offertes / termijn van de offerte) * gewicht			
2	PROXIMUS NV		0,5
1	Telenet N.V.		0,01
Gunningscriterium nr. 7.2: Junior Project Manager Beoordeling op 0,5 punten Regel van 3, Score = (kortste termijn in de offertes / termijn van de offerte) * gewicht			
1	Telenet N.V.		0,5
2	PROXIMUS NV		0,5
Gunningscriterium nr. 7.3: Senior Project Manager Beoordeling op 0,5 punten Regel van 3, Score = (kortste termijn in de offertes / termijn van de offerte) * gewicht			
2	PROXIMUS NV		0,5
1	Telenet N.V.		0
Gunningscriterium nr. 8: Levertermijn van verschillende technologieën. Dit criterium wordt beoordeeld aan de hand van de volgende subcriteria: Beoordeling op 7 punten			
2	PROXIMUS NV		7
1	Telenet N.V.		3,85
Gunningscriterium nr. 8.1: Ethernet Beoordeling op 5 punten Regel van 3, Score = (kortste levertermijn / levertermijn in de offerte) * gewicht			
2	PROXIMUS NV		5
1	Telenet N.V.		2,38
Gunningscriterium nr. 8.2: Andere Beoordeling op 2 punten Regel van 3, Score = (kortste levertermijn / levertermijn in de offerte) * gewicht			
2	PROXIMUS NV		2
1	Telenet N.V.		1,47
Gunningscriterium nr. 9: Kwaliteit van de SLA. Dit criterium wordt beoordeeld aan de hand van de volgende subcriteria: Beoordeling op 12 punten			
2	PROXIMUS NV		10
1	Telenet N.V.		4,88
Gunningscriterium nr. 9.1: Beschikbaarheidsniveau van de Gold SLA Beoordeling op 4 punten Regel van 3, Score = (laagste onbeschikbaarheidsniveau / onbeschikbaarheidsniveau in de offerte) * gewicht			
2	PROXIMUS NV	Om toepassing van de gebruikte formule voor evaluatie toe te laten, werd de ingediende waarde van deze kandidaat herleid naar	4

		99,999.	
1	Telenet N.V.		0,8
Gunningscriterium nr. 9.2: Beschikbaarheidsniveau van de Silver SLA Beoordeling op 4 punten Regel van 3, Score = (laagste onbeschikbaarheidsniveau / onbeschikbaarheidsniveau in de offerte) * gewicht			
2	PROXIMUS NV	Om toepassing van de gebruikte formule voor evaluatie toe te laten, werd de ingediende waarde van deze kandidaat herleid naar 99,999.	4
1	Telenet N.V.		0,08
Gunningscriterium nr. 9.3: Beschikbaarheidsniveau van de Bronze SLA Beoordeling op 4 punten Regel van 3, Score = (laagste onbeschikbaarheidsniveau / onbeschikbaarheidsniveau in de offerte) * gewicht			
1	Telenet N.V.		4
2	PROXIMUS NV		2

De finale rangschikking is volgens het verslag van nazicht de volgende:

Nr.	Naam	Score
1.	Telenet N.V.	87,32
2.	PROXIMUS NV	63,68

Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan de nv Telenet.

3.10. Op 16 december 2022 gaat de Ministerraad ermee akkoord om de opdracht te gunnen aan de bv Telenet.

Op 22 december 2022 neemt de Staatssecretaris belast met Wetenschapsbeleid het formele besluit om de opdracht te gunnen aan de nv Telenet. Dit is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkost

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

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5. Op 31 januari 2023 legt de verzoekende partij een pleitnota neer waarin zij zich met het oog op de zitting ‘genoodzaakt’ voelt te reageren op beweringen die voorkomen in de nota van de verwerende partij en het verzoekschrift tot tussenkomst. Zij legt ook drie nieuwe stukken neer.

6. De procedureregeling voorziet niet in de mogelijkheid om een aanvullende nota neer te leggen, noch werd erom gevraagd door de Raad van State of het auditoraat. In zoverre deze nota 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. 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’ (hierna: rechtsbeschermingswet), 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.

VII. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 4 en 81 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 107 van het Verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’, en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel,

“Doordat Belnet in het kader van het eerste gunningscriterium dat betrekking heeft op de prijzen van de negen verschillende scenario’s ervoor heeft geopteerd om te vertrekken vanuit de hypothese dat de inschrijvers reeds aanwezig zijn op de aansluitlocatie (wat impliceert dat de opgegeven prijzen voor de werken aldus niet in aanmerking werden genomen voor de gunning van de opdracht),

En doordat de opdracht werd gegund op basis van verschillende prijscriteria met een verschillende weging,

En doordat Belnet ook subgunningscriteria heeft gebruikt op basis waarvan de eenheidsprijzen voor de uitvoering van werken die een ontsluiting van het openbaar domein inhouden en de uitvoering van interne en externe bekabelingswerken (hierna: de ‘werken’) werden vergeleken, zonder aan te geven hoeveel meter werken er uiteindelijk zou moeten worden uitgevoerd, En doordat het reeds bestaande netwerk van de marktspelers niet identiek is,

Terwijl, eerste onderdeel, een aanbestedende overheid de inschrijvers op een gelijke wijze moet behandelen, wat impliceert dat partijen die zich in een verschillende situatie bevinden niet op een gelijke wijze mogen worden behandeld; Belnet bijgevolg ter bepaling van de economisch meest voordelige offerte ook rekening had moeten houden met de reeds bestaande netwerkinfrastructuur van de inschrijvers, aangezien de uiteindelijke prijs die Belnet zal moeten betalen ook afhangt van het aantal te realiseren meters werken,

En terwijl, tweede onderdeel, een aanbestedende overheid ertoe verplicht is de gunning van de opdracht te baseren op de economisch meest voordelige offerte en de gunningscriteria de fundamentele beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie moeten eerbiedigen; door verschillende prijscriteria te gebruiken, er geen eerlijke vergelijking mogelijk is en speculatie in de hand wordt gewerkt; dat des te meer geldt wanneer de aanbestedende overheid via bepaalde scenario’s (gunningscriterium nr. 1) de totaalprijzen van de inschrijvers met elkaar vergelijkt, maar daarin bepaalde belangrijke prestaties niet opneemt zodat de prijs van deze prestaties niet in aanmerking wordt genomen; het uiteraard niet volstaat om de eenheidsprijzen van deze prestaties (de werken) tussen de inschrijvers te vergelijken in het kader van andere gunningscriteria; door het voorzien van 6 gunningscriteria (met onderscheiden subgunningscriteria) die elk een afzonderlijke weging hebben, een euro naar gelang het prijscriterium waarin deze wordt aangeboden niet altijd evenveel punten vertegenwoordigt,

Zodat de bovenvermelde bepalingen zijn geschonden.”

8.2. In de toelichting bij het eerste onderdeel licht de verzoekende partij toe dat dit onderdeel gericht is tegen het feit dat de verwerende partij geen rekening houdt met de netwerkinfrastructuur die de inschrijvers nog moeten aanleggen, maar dat zij integendeel aangeeft dat de inschrijvers voor elk van de

negen scenario's bij het gunningscriterium 1 moeten uitgaan van de hypothese dat zij reeds aanwezig zijn op de aansluitlocatie.

De verzoekende partij wijst erop dat zij reeds over een uitgebreid netwerk beschikt. In haar verzoekschrift heeft zij het over 21.000 km, ter zitting over ongeveer 60.000 km. De tussenkomende partij daarentegen zou slechts beschikken over een netwerk van 12.000 km; samen met het netwerk van VOO zou zij beschikken over 21.000 km. De verwerende partij houdt voor de beoordeling van het gunningscriterium 1 geen rekening met het aantal meters infrastructuurwerken die nog op het openbaar domein uitgevoerd moeten worden. Voor die werken houdt de verwerende partij in het kader van een ander gunningscriterium – waarmee de verzoekende prijs het criterium 2 lijkt te bedoelen – wel rekening met een forfaitaire prijs per lopende meter. Het totaalbedrag voor de desbetreffende werken kan, naargelang het reeds bestaande netwerk, evenwel oplopen tot meerdere miljoenen euro's. Indien de verwerende partij niet enkel de eenheidsprijzen van de desbetreffende werken, maar de prijs van alle werken in aanmerking had genomen, en daarbij ook rekening had gehouden met het feit dat de inschrijvers beschikken over een verschillende infrastructuur, dan had zij de opdracht moeten gunnen aan de verzoekende partij, of had de verzoekende partij minstens een reële kans op de gunning gehad. De artikelen 10 en 11 van de Grondwet, artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 en het gelijkheidsbeginsel zijn geschonden, nu er geen objectieve en redelijke verantwoording is om alle inschrijvers, die zich in een verschillende positie bevinden, op een gelijke manier te behandelen, namelijk door slechts een prijs te vragen per lopende meter.

Door geen rekening te houden met de werkelijke situatie van de inschrijvers worden niet enkel meer punten gegeven aan een inschrijver die niet noodzakelijk de goedkoopste zal zijn, maar wordt in feite ook een substantieel en ongerechtvaardigd voordeel gegeven aan de inschrijver die tot dusver minder geïnvesteerd heeft in zijn netwerk. Door de tussenkomende partij te laten betalen voor de aanleg van haar netwerk, via de zogenaamde werken die een ontsluiting van het openbaar domein inhouden, kent de verwerende partij aan de tussenkomende partij staatssteun toe, die verboden is bij artikel 107 van het Verdrag 'betreffende de werking van de Europese Unie'.

8.3. In de toelichting bij het tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij ervoor geopteerd heeft om de opdracht te gunnen op grond onder meer van zes verschillende ‘prijscriteria’ (zie de gunningscriteria 1 tot 6). De weging die toegekend wordt aan de prestaties die het voorwerp uitmaken van die verschillende criteria stemt volgens de verzoekende partij echter niet overeen met de ‘waarde’ of de belangrijkheid van die prestaties. Aldus worden het beginsel van gelijke behandeling en niet-discriminatie en het transparantiebeginsel geschonden.

Bovendien kan de verwerende partij met een verschillende weging van de onderscheiden prijscomponenten niet de economisch meest voordelige offerte bepalen. De weging van de forfaitaire prijzen weerspiegelt immers niet de economische realiteit. De prijs is echter een objectief gegeven, en een euro kan in punten niet meer waard zijn dan een andere euro. In deze zaak hadden de inschrijvers er alle belang bij om lage forfaitaire prijzen aan te bieden voor de prestaties die in aanmerking zouden worden genomen voor de berekening van de scenario’s van gunningscriterium 1 (dat op 69 punten staat), en niet voor de prestaties die in het kader van andere gunningscriteria zouden worden gequoteerd, zoals de werken die het voorwerp zijn van gunningscriteria 2, 4 en 5 (die op aanzienlijk minder punten staan). Een dergelijk systeem leidt tot oneerlijke concurrentie en werkt speculatie in de hand.

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het middel

9.1. De verwerende partij en de tussenkomende partij werpen op dat de grieven vervat in het eerste middel gericht zijn tegen het bestek. De verzoekende partij zou zich bij de verwerende partij echter nooit beklagd hebben over de onwettigheid van de besteksbepalingen in verband met de gunningscriteria. Pas in haar verzoekschrift tegen de gunningsbeslissing voert zij daartegen een wettigheidsbezwaar aan. Volgens de verwerende partij en de tussenkomende partij is die kritiek laattijdig, en is het middel derhalve onontvankelijk.

9.2. Het enkele feit dat de verzoekende partij in de loop van de opdrachtprocedure geen bezwaar gemaakt heeft tegen bepaalde onderdelen van het bestek, ontnemt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet het recht om op te komen tegen de beslissingen die aan het einde van de procedure zijn genomen.

De exceptie is niet ernstig.

10.1. De tussenkomen de partij werpt op dat het eerste onderdeel bovendien onontvankelijk is omdat het zich niet leent tot een snelle en prima facie toetsing, in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

10.2. Het eerste onderdeel bevat een kritiek op het bestek. Meer bepaald wordt aangevoerd dat de verzoekende partij behandeld is op een gelijke wijze als de tussenkomen de partij, terwijl beide inschrijvers zich in een verschillende situatie bevinden.

Deze kritiek is een wettigheidskritiek. De Raad van State ziet niet in waarom het onderdeel niet onderzocht zou kunnen worden in het kader van de voorliggende procedure.

De exceptie is niet ernstig.

11.1. De tussenkomen de partij werpt tegen het eerste onderdeel nog een andere exceptie op. Zij voert aan dat zijzelf en de tussenkomen de partij een netwerk ter beschikking hebben dat qua omvang quasi-identiek is. Ook al zou de verwerende partij rekening houden met het reeds aanwezige netwerk van de twee inschrijvers, dan nog zou de aangevoerde onwettigheid geen impact hebben op het eindresultaat. De verzoekende partij heeft bijgevolg geen belang bij het onderdeel.

11.2. De exceptie houdt verband met de ernst van het middel. Het is in het kader van het onderzoek van de ernst van het middel dat de opwerping van de tussenkomen de partij eventueel onderzocht zal worden. Onder voorbehoud van dat onderzoek is de exceptie niet ernstig.

12.1. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van het tweede onderdeel op, afgeleid uit het ontbreken van enig belang. Volgens de verwerende partij zou, indien de offertes beoordeeld worden op basis van de totale kosten van de werken, zonder de posten te wege, de offerte van de verzoekende partij nog steeds duurder zijn dan die van de tussenkomen de partij.

12.2. De exceptie houdt verband met de ernst van het middel. Het is in het kader van het onderzoek van de ernst van het middel dat de opwerping van de tussenkomen de partij eventueel onderzocht zal worden. Onder voorbehoud van dat onderzoek is de exceptie niet ernstig.

Ernst van het middel

Eerste onderdeel

13. In het eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij geen rekening gehouden heeft met het feit dat de verzoekende partij en de tussenkomen de partij niet beschikken over dezelfde netwerkinfrastructuur. De verwerende partij heeft immers geen rekening gehouden met de bestaande verschillen, maar integendeel bepaald dat voor elk van de scenario's van gunningscriterium 1 de inschrijver vertrekt van de hypothese dat hij reeds aanwezig is op de aansluitingslocatie.

De kosten van de werken die de opdrachtnemer zal moeten uitvoeren, in het bijzonder op het openbaar domein, worden slechts in zeer beperkte mate, in het kader van andere gunningscriteria, in aanmerking genomen voor de prijsvergelijking. Mocht de verwerende partij wel rekening gehouden hebben met de totaliteit van de uit te voeren werken, dan zou de offerte van de verzoekende partij op gunningscriterium 1 beter scoren. Gelet op haar scores op de criteria 7, 8 en 9, zou de opdracht dan aan haar gegund moeten worden.

14. Het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie sluit niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Dat beginsel verzet er zich overigens tegen dat categorieën van

personen, die zich ten aanzien van de betwiste maatregel in wezenlijk verschillende situaties bevinden, op identieke wijze worden behandeld, zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie is geschonden wanneer vaststaat dat geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

15. Het onderdeel gaat ervan uit dat de situatie van de verzoekende partij, op het vlak van de beschikbare netwerkinfrastructuur, wezenlijk verschillend is van die van de tussenkomende partij. In haar verzoekschrift voert de verzoekende partij aan dat zij beschikt over een netwerk van 21.000 km, en de tussenkomende partij over een netwerk van 12.000 km.

De verwerende partij wijst er evenwel op dat de tussenkomende partij in haar offerte vermeldt dat zij, naast haar eigen netwerk, ook het netwerk van haar onderaannemer, de nv VOO, kan gebruiken, en dat dit netwerk meer dan 9.000 km bedraagt. Zij wijst er voorts op dat de tussenkomende partij overeenkomsten voorlegt die haar toelaten om de netwerken van andere derden te gebruiken. De tussenkomende partij bevestigt dat zij over een netwerk van minstens 21.000 km kan beschikken.

De verwerende partij en de tussenkomende partijen wijzen er ook op dat het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie de verzoekende partij, als ‘onderneming met aanmerkelijke marktmacht op een relevante markt’, op grond van artikel 61 van de wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’, kan verplichten om concurrenten zoals de tussenkomende partij toegang te verlenen tot haar netwerken.

De verwerende partij voert ten slotte aan dat de grote meerderheid van de sites die met de opdracht beoogd worden – sites van federale overheidsdiensten en sommige andere overheden – meestal gelegen zijn in een stedelijke omgeving, waar de netwerken van de verzoekende partij en de tussenkomende partij allebei sterk ontwikkeld zijn.

Gelet op deze gegevens komt de Raad van State voorshands niet ertoe om aan te nemen dat de verschillen inzake netwerkinfrastructuur dermate zijn dat de verzoekende partij en de tussenkomende partij geacht moeten worden zich in verschillende situaties te bevinden. Van de Raad van State kan overigens niet verwacht worden dat hij zelf gaat uitzoeken hoe groot de netwerkinfrastructuur van elk van de partijen is.

16. Zelfs indien er wezenlijke verschillen zouden bestaan tussen de netwerkinfrastructuur van de verzoekende partij en die van de tussenkomende partij, lijkt de gelijke behandeling van beide inschrijvers te dezen niet zonder objectieve en redelijke verantwoording te zijn.

De gelijke behandeling spruit voort uit het feit dat in het bestek, in verband met gunningscriterium 1, bepaald wordt dat voor elk van de daarin bedoelde scenario's elke inschrijver, zonder onderscheid, vertrekt van de hypothese dat hij reeds aanwezig is op de aansluitlocatie, en dat hij met andere woorden in het kader van de vergelijking van de offertes geen kosten voor de aanleg van een netwerkinfrastructuur in rekening moet brengen. De verwerende partij voert aan dat zij deze regel heeft aangenomen om de natuurlijke voordelen te neutraliseren die de verzoekende partij heeft, als zittende deelnemer van de raamovereenkomst met de vzw Smals. Zij wijst er ook op dat de infrastructuur van de verzoekende partij deels is verworven in de periode dat Belgacom een staatsmonopolie had. De tussenkomende partij voegt hieraan toe dat, door geen rekening te houden met de bestaande netwerkinfrastructuur binnen gunningscriterium 1, de verwerende partij de mogelijke voordelen van alle grote marktspelers tracht te neutraliseren, dus niet enkel die van de verzoekende partij.

Het aangevoerde doel lijkt een wettig doel te zijn. Zoals de verwerende partij terecht opmerkt, blijkt uit de rechtspraak van het Gerecht van de Europese Unie dat, om het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers zoveel mogelijk te vrijwaren, een neutralisatie van de mogelijke voordelen van de gevestigde aannemer moet worden uitgevoerd, voor zover deze neutralisatie technisch gemakkelijk te verwezenlijken is, zij economisch aanvaardbaar is en zij de rechten van de bedoelde aannemer niet schendt (zie, onder meer, Gerecht,

13 december 2016, European Dynamics Luxembourg en Evropäiki Dynamiki, T-764/14, punt 259; Gerecht, 28 juni 2018, Amplexor Luxembourg, T-211/17, punt 38). Te dezen lijkt aan die drie voorwaarden te zijn voldaan.

Ter terechtzitting voert de verzoekende partij weliswaar aan dat de neutralisatie economisch niet aanvaardbaar is omdat daarmee de investeringen die zij in het verleden heeft gedaan, gedeeltelijk worden uitgehold, terwijl de tussenkomende partij de kosten voor haar infrastructuurwerken nu kan verwerken in haar prijszetting. Het komt de Raad van State voor dat dit verweer geen doel treft. De economische aanvaardbaarheid waarnaar de rechtspraak van het Gerecht verwijst, lijkt eerder verband te houden met de beginselen van goed financieel beheer die door de aanbestedende overheid in acht genomen moeten worden (zie, bijvoorbeeld, Gerecht, 28 juni 2018, Amplexor Luxembourg, T-211/17, punten 45-46), en met name met de bevordering van een gezonde en effectieve mededinging tussen de deelnemende ondernemingen en het verzekeren van een zo ruim mogelijke mededinging (zelfde arrest, punt 48).

17. Voorts lijkt de verzoekende partij niet aannemelijk te maken dat een redelijk verband van evenredigheid tussen de aangewende middelen en het beoogde doel ontbreekt.

Om te beginnen wordt de prijs van de uit te voeren infrastructuurwerken wel degelijk in aanmerking genomen, zij het in zeer beperkte mate, bij de beoordeling van de offertes. Zoals de verwerende partij opmerkt, maken de kosten van werken het voorwerp uit van de gunningscriteria 2 (installatie van lijnen op het openbare domein), 3 (site survey), 4 (interne bekabelingswerken op privaat domein) en 5 (externe bekabelingswerken op privaat domein). Deze criteria staan in totaal op 9 punten. Het aanleggen van lijnen behorend tot de netwerkinfrastructuur lijkt specifiek het voorwerp uit te maken van het voornoemde gunningscriterium 2, dat op 3 punten staat. Het blijft natuurlijk wel een feit dat het gewicht van dit criterium aanzienlijk minder is dan dat van gunningscriterium 1, dat op 69 punten staat.

Voorts lijkt het moeilijk om de verzoekende partij te volgen in haar betoog dat de uit te voeren werken een ‘substantieel’ of een ‘belangrijk’ deel

van de opdracht uitmaken. De opdracht is er een voor levering van diensten, meer bepaald connectiviteitsdiensten. Zoals de verwerende partij en de tussenkomende partij opmerken, lijkt het onderdeel ‘werken’ dan ook slechts een beperkt aandeel uit te maken van de opdracht.

Dit laatste lijkt bevestigd te worden door de selectievereisten. Overeenkomstig één van die vereisten moet de inschrijver een operator te zijn die in staat is “diensten te leveren over het gehele Belgische grondgebied”. Het voldoen aan dit vereiste lijkt te impliceren dat de aansluiting van sites op het netwerk geen al te groot aandeel van de opdracht zou mogen vormen. De verwerende partij heeft geoordeeld dat zowel de verzoekende partij als de tussenkomende partij aan het bedoelde vereiste voldoen.

18. Ten slotte lijkt het niet in aanmerking nemen, voor de beoordeling van de offertes op gunningscriterium 1, van de kosten voor eventuele infrastructuurwerken niet te leiden tot het toekennen van een ongeoorloofde staatssteun aan de gekozen inschrijver.

Zoals de verzoekende partij zelf erkent, wordt de gunning van een opdracht op basis van een overheidsopdrachtenprocedure in beginsel geacht een voldoende garantie te bieden opdat er geen sprake zou zijn van een bij artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie verboden steunmaatregel. Weliswaar moet de gunningsprocedure aan bepaalde kwaliteitsvereisten beantwoorden. De verzoekende partij maakt echter niet aannemelijk dat dit te dezen niet het geval zou zijn.

19. Het onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

20. In het tweede onderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat door verscheidene prijscriteria te gebruiken (de gunningscriteria 1 tot 6), elk met een verschillende weging, waarbij de waarde van de onderscheiden prestaties niet overeenstemt met de daaraan toegekende weging, die gunningscriteria niet noodzakelijk leiden tot de gunning van de opdracht aan de economisch meest voordelige offerte. De verzoekende partij voert met name aan dat een te laag gewicht is toegekend aan de forfaitaire prijzen voor de uit te voeren werken (gunningscriteria 2 tot 6). Volgens haar hebben inschrijvers er aldus belang bij om lage prijzen aan te bieden voor de prestaties die in aanmerking genomen worden voor de berekening van de scenario's onder gunningscriterium 1, en hebben zij dat belang niet voor de prestaties die in aanmerking genomen worden onder de gunningscriteria 2 tot 6. Aldus zou het systeem speculatie in de hand werken.

21. Volgens artikel 81, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 baseert de aanbestedende overheid de gunning van overheidsopdrachten op de economisch meest voordelige offerte.

Volgens artikel 81, § 2, kan de economisch meest voordelige offerte vastgesteld worden, zoals te dezen, 'rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitsverhouding die bepaald wordt op basis van de prijs of de kosten alsook criteria waaronder kwalitatieve, milieu- en/of sociale aspecten, die verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht' (artikel 81, § 2, eerste lid, 3°). De aldus bepaalde criteria mogen er niet toe leiden dat de aanbestedende overheid onbeperkte keuzevrijheid heeft (artikel 81, § 3, tweede lid).

Voor de overheidsopdrachten die, zoals te dezen, gelijk zijn aan of hoger dan de voor de Europese bekendmaking bepaalde bedragen, bepaalt artikel 81, § 4, eerste lid, dat de aanbestedende overheid in de opdrachtdocumenten het relatieve gewicht specificeert dat zij voor de bepaling van de economisch meest voordelige offerte aan elk van de gekozen criteria toekent, behalve wanneer dit uitsluitend op basis van de prijs wordt bepaald.

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 voordeligste offerte is. In de uitoefening van het hem opgedragen rechtmatigheidstoezicht mag de Raad van State de gehanteerde criteria desgevraagd wel op hun rechtmatigheid toetsen, meer bepaald nagaan of ze het bepalen van de economisch meest voordelige offerte wel mogelijk maken.

22. In beginsel is er geen verplichting om het relatieve gewicht van een gunningscriterium recht evenredig of pro rata te koppelen aan de waarde van de betrokken dienst. Als verschillende elementen van de prijs afzonderlijk worden vergeleken, en er bovendien aan de verschillende prijselementen een afzonderlijke weging wordt toegekend, mag er evenwel geen kennelijke onevenredigheid bestaan tussen het relatieve gewicht van elk prijselement en het vermoedelijke belang van de betrokken prestatie in het geheel van de prijsbepalende prestaties. Mocht dat wel het geval zijn, dan is het niet zeker dat de economisch meest gunstige offerte wordt aangewezen.

De prijselementen en de daaraan toegekende wegingen moeten dus in redelijkheid representatief zijn voor het geheel van de opdracht.

23. Te dezen is het prijscriterium opgesplitst in verschillende gunningscriteria, telkens met een verschillend relatief gewicht: de kosten van het verwerven van een theoretische mand uit een prijslijst (69 punten); de eenheidsprijs van de installatie van lijnen per lopende meter (3 punten); de forfaitaire kost van een sitesurvey (2 punten); de forfaitaire kost van interne bekabelingswerken (2 punten); de forfaitaire kost van externe bekabelingswerken (2 punten); de mandagkost van een consultant (2 punten).

De installatie van lijnen, de site survey, de interne bekabeling en de externe bekabeling worden in het bestek ondergebracht onder de noemer 'werken', zoals blijkt uit het tabblad 'Werken' dat door de inschrijvers ingevuld moet worden. De kosten voor die werken staan in totaal op 9 punten.

Zoals de Raad van State reeds bij het onderzoek van het eerste onderdeel overwoog, lijkt het onderdeel ‘werken’ slechts een beperkt aandeel uit te maken van de voorliggende overheidsopdracht, die immers in hoofdzaak betrekking heeft op een levering van diensten (zie overweging 17). Zoals de verwerende partij in haar nota terecht lijkt op te merken, kan de kostprijs van die werken bovendien beschouwd worden als een investering op langere termijn, aangezien eventueel nog aan te leggen lijnen nadien gevaloriseerd kunnen worden om diensten aan te bieden aan andere gebruikers.

Wat meer bepaald gunningscriterium 2 betreft, dat betrekking heeft op de installatie van lijnen op het openbaar domein, merkt de verwerende partij in haar nota ook nog op dat sommige van de sites die het voorwerp uitmaken van de voorliggende opdracht al aangesloten zijn op het netwerk, dat het aantal aan te sluiten fysieke locaties in de loop van de uitvoering van de opdracht zal dalen, en dat het doel van de opdracht erin bestaat zoveel mogelijk synergieën te bereiken in gebouwen die door verscheidene federale instanties worden gebruikt. Zij leidt hieruit af dat dezelfde infrastructuur gebruikt kan worden voor verscheidene diensten op dezelfde site, en dat de werken voor de installatie van de lijnen dan ook maar één keer hoeft te gebeuren.

In het licht van die uitleg lijkt het niet kennelijk onredelijk om een relatief laag gewicht toe te kennen aan de gunningscriteria 2 tot 6, en in het bijzonder aan gunningscriterium 2.

In de ontwikkeling van het eerste onderdeel maakt de verzoekende partij bepaalde berekeningen om te komen tot de prijs van de werken per verbinding en per WAN, in elk van de scenario's die het voorwerp uitmaken van gunningscriterium 1. Zij leidt daaruit af dat de werken wel degelijk een substantieel deel van de opdracht uitmaken. Zoals de verwerende partij en de tussenkomende partij echter terecht lijken op te merken, zijn de berekeningen van de verzoekende partij gesteund op een aantal eigen veronderstellingen en aannames, zoals bijvoorbeeld het aantal lopende meters aan installatiewerken dat respectievelijk de verzoekende partij en de tussenkomende partij zullen moeten aanleggen, waarvoor geen verantwoording wordt gegeven. De tussenkomende partij wijst er voorts op dat de locaties waarvoor bestellingen in het kader van de

voorliggende raamovereenkomst geplaatst zullen worden, niet bekend zijn, zodat berekeningen op basis van de aan te leggen infrastructuurwerken in elk geval hypothetisch zijn. Gelet op die pertinente opmerkingen, kan de Raad van State er voorshands niet toe komen om aan te nemen dat de verzoekende partij met haar berekeningen de verantwoording van het lage gewicht voor de gunningscriteria 2 tot 6 onderuithaalt.

24. Met verwijzing naar een arrest van de Raad van State van 31 juli 2019, scrl Callens, Pirene, Theunissen & Co, nr. 245.257, voert de verzoekende partij aan dat het procedé dat erin bestaat forfaitaire prijzen te wege, ertoe leidt dat de economisch meest voordelige offerte met betrekking tot het criterium ‘prijs’ niet kan worden bepaald. Volgens de verzoekende partij voorzien de gunningscriteria 4 en 5 te dezen in de toekenning van een bepaald gewicht (van in totaal 4 punten) aan een forfaitaire prijs voor interne en externe bekabelingswerken op het private domein.

De verwerende partij erkent dat, in zoverre het gaat om forfaitaire posten, het forfaitaire bedrag noodzakelijkerwijze reeds rekening houdt met de waarde van de betrokken diensten, en dat er dus geen bijzonder gewicht meer toegekend kan worden aan het betrokken forfaitair bedrag, verschillend van dat van een ander forfaitair bedrag. De verwerende partij merkt voorts terecht op dat de Raad van State in het voornoemde arrest duidelijk gemaakt heeft dat die redenering niet opgaat voor eenheidsprijzen.

De gunningscriteria 4 en 5 hebben betrekking op de ‘forfaitaire kost’ voor interne respectievelijk externe bekabelingswerken op het private domein. Zoals de verwerende partij en de tussenkomende partij evenwel terecht lijken op te merken, gaat het te dezen om een opdracht tegen prijslijst, waarbij forfaitaire eenheidsprijzen worden opgegeven en waarbij die eenheidsprijzen tijdens de uitvoering van de werken worden vermenigvuldigd met de werkelijk uitgevoerde hoeveelheden. Aldus lijkt aangenomen te mogen worden dat het niet gaat om globale forfaits als bedoeld in het voornoemde arrest. Er lijkt dan ook geen principieel bezwaar te bestaan tegen het toekennen van een bepaald gewicht aan de betrokken kosten.

25. Nog met betrekking tot de gunningscriteria 4 en 5 oefent de verzoekende partij kritiek uit op het feit dat voor het plaatsen van bekabeling over welbepaalde, verschillende lengtes (voor de interne bekabeling: respectievelijk tussen 0 en 10 meter, tussen 11 en 50 meter, tussen 51 en 100 meter, en meer dan 100 meter; voor de externe bekabeling: respectievelijk tussen 0 en 1 meter, tussen 2 en 15 meter, tussen 16 en 50 meter, en meer dan 50 meter) aan de kostprijs toch telkens een zelfde gewicht (van 0,5 punt) wordt toegekend. Dit heeft volgens de verzoekende partij andermaal tot gevolg ‘dat 1 euro niet steeds dezelfde waarde heeft’, en dat de economisch meest voordelige offerte niet bepaald kan worden.

Het komt de Raad van State voor dat de kosten van bekabelingswerken deels vast zijn en deels variabel, dit wil zeggen afhankelijk van de lengte van de bekabeling. Dit betekent dat, naarmate de lengte van de bekabeling groter wordt, de gemiddelde prijs per lopende meter afneemt. Of anders gezegd, met eenzelfde bedrag per lopende meter kan een aannemer steeds verder geraken. Die vaststelling lijkt te verantwoorden dat voor verschillende lengtesegmenten eenzelfde gewicht aan de eenheidsprijs per lopende meter wordt toegekend. In elk geval maakt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aannemelijk dat dezelfde weging voor elk van de subgunningscriteria van de gunningscriteria 4 en 5 onredelijk is.

26. Het onderdeel is niet ernstig.

Tweede middel

Ontvankelijkheid van het middel

27.1. De verwerende partij en de tussenkomende partij werpen op dat, in zoverre de verzoekende partij in het tweede middel bezwaren aanvoert tegen de aanvaarding door de verwerende partij van nulprijzen voorgesteld door de tussenkomende partij, de verzoekende partij een dergelijke grief thans niet meer op een ontvankelijke wijze kan aanvoeren. Voorafgaand aan het indienen van de offertes heeft de verzoekende partij immers zelf gevraagd of het toegelaten was om nulprijzen in te dienen, en na een bevestigend antwoord van de verwerende partij op die vragen, heeft zij in haar offerte zelf ook bepaalde nulprijzen opgegeven.

27.2. Noch het feit dat de verzoekende partij in de loop van de opdrachtprocedure gevraagd heeft of nulprijzen mogelijk zijn, noch het feit dat zij zelf nulprijzen heeft voorgesteld, lijken haar op het eerste gezicht het recht te ontnemen om op te komen tegen de aanvaarding van de nulprijzen voorgesteld door de tussenkommende partij.

De exceptie is niet ernstig.

Ernst van het middel

Uiteenzetting van het middel

28.1. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 33, 36, § 1, en 76, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, artikel 5, 9°, van de rechtsbeschermingswet,

“Doordat Belnet meent dat het totale bedrag van de door Telenet ingediende offerte niet abnormaal is en besluit dat de offerte van Telenet regelmatig is; En doordat uit de gemotiveerde gunningsbeslissing blijkt dat Telenet louter werd ondervraagd inzake de nulprijzen die zij heeft opgegeven voor de installatiekosten in twee scenario’s; En doordat de offerte van Telenet zelfs meer dan 50% goedkoper is dan de offerte van Proximus (en het prijsverschil in nominale waarde oploopt tot meer dan 5 miljoen euro),

Terwijl (eerste onderdeel) een aanbestedende overheid de offertes moet onderwerpen aan zorgvuldig uitgevoerd prijs-of kostenonderzoek dat een aanbestedende overheid moet toelaten om abnormaliteiten te detecteren; het prijsonderzoek moet gebeuren naar de door de inschrijvers aangeboden eenheidsprijzen en totaalprijzen; uit het gemotiveerd gunningsverslag van Belnet blijkt dat zij enkel onderzoek heeft gedaan naar de door deze onderneming aangeboden nulprijzen, maar geenszins naar diens erg afwijkende totaalprijzen, noch naar de nulprijzen voor de forfaitaire kosten voor interne bekabelingswerken,

En terwijl (tweede onderdeel) een aanbestedende overheid ertoe verplicht is een verzoek tot prijsverantwoording te richten naar de inschrijvers in geval van een ogenschijnlijk abnormaal hoge of lage prijs; zowel de eenheidsprijzen als de totaalprijzen het voorwerp dienen uit te maken van een verzoek tot prijsverantwoording; Belnet ondanks de zeer uiteenlopende

totaalprijzen (wat ook impliceert dat de eenheidsprijzen zeer uiteenlopend moeten zijn) geen verzoek tot prijsverantwoording heeft gericht naar Telenet bv,

En terwijl (derde onderdeel) een prijsverantwoording alleen maar kan worden aanvaard indien het vermoeden van abnormaliteit kan worden weerlegd; een aanbestedende overheid geenszins mag aanvaarden dat de prijs van één post wordt verdeeld over andere posten als prijsverantwoording, aangezien de offerte van deze inschrijver door de prijs van één post te verdelen over andere posten substantieel onregelmatig is; de offertes van de inschrijvers in dat geval immers niet meer vergelijkbaar zijn en een dergelijke werkwijze bovendien een concurrentievoordeel kan verschaffen aan deze inschrijver; Belnet de door Telenet bv verschaft prijsverantwoording zodoende niet mocht aanvaarden, aangezien hieruit is gebleken dat Telenet bv de installatiekosten heeft ondergebracht in andere posten, Zodat de bovenvermelde bepalingen werden geschonden”.

28.2. In de toelichting bij het eerste onderdeel licht de verzoekende partij toe dat de verwerende partij geen zorgvuldig algemeen prijsonderzoek heeft uitgevoerd. Uit de scores op de onderscheiden scenario's van het gunningscriterium 1 kan zij afleiden dat haar prijzen op die scenario's 1,5 tot zelfs 2,3 keer duurder zijn dan die van de tussenkomende partij. In nominale getallen gaat het om substantiële prijsverschillen. Uiteraard dienen dergelijke prijsverschillen als substantieel te worden beschouwd. Het staat aan de verwerende partij om aan te tonen dat zij naar de totaalprijs (voor de onderscheiden scenario's) van elke inschrijver een prijs- of kostenonderzoek heeft uitgevoerd. Uit het gunningsverslag blijkt niet dat een dergelijk onderzoek heeft plaatsgevonden, minstens niet op grond van welke motieven de verwerende partij tot de conclusie is gekomen dat de totaalprijs van de tussenkomende partij niet abnormaal is.

28.3. In de toelichting bij het tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat, gelet op de zeer grote prijsverschillen tussen de totaalprijzen voor de scenario's en aangezien de totaalprijzen het resultaat zijn van de opgegeven prijzen in de prijscatalogus, de verwerende partij de tussenkomende partij op grond van artikel 36, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 had moeten bevragen over de totaalprijzen voor de scenario's en de onderliggende eenheidsprijzen. Mochten de opgegeven eenheidsprijzen niet abnormaal laag zijn, dan zou het kunnen dat de tussenkomende partij de prijzen voor de scenario's niet correct heeft berekend en geen rekening heeft gehouden met prijscomponenten die daarin begrepen moesten

zijn. De verzoekende partij wijst erop dat volgens het bestek de volgende prijscomponenten in aanmerking genomen moesten worden: de verbindingen, de ‘CPE’ [*customer premises equipment*], de ‘QoS’ [*quality of service*], de ‘SLA’ [*service level agreement*] en de reporting. Zij verzoekt de Raad van State om na te gaan of de bovenstaande elementen, en in het bijzonder de ‘CPE’, wel degelijk zijn betrokken in de berekeningen van de verschillende scenario’s in de offerte van de tussenkomende partij.

Voorts voert de verzoekende partij aan dat uit het gunningsverslag afgeleid zou kunnen worden dat de tussenkomende partij een nulprijs heeft aangeboden voor de forfaitaire kost voor interne bekabelingswerken. Die werken maken het voorwerp uit van het gunningscriterium 4, en in het gunningsverslag wordt daarover gesteld: “Om het toepassen van de vermelde formule voor berekening van de score toe te laten, werd de waarde die deze kandidaat heeft opgegeven, herleid naar ‘1’.” Mocht de tussenkomende partij inderdaad een nulprijs hebben aangeboden, dan heeft de verwerende partij kennelijk onredelijk en onzorgvuldig gehandeld door hiervoor geen prijsverantwoording te vragen.

Ten slotte voert de verzoekende partij aan dat, in de hypothese dat de tussenkomende partij bevraagd werd over de totaalprijzen, de formele motiveringsplicht is geschonden, doordat in het gunningsverslag met geen woord gerept wordt over die prijsbevraging en of de door de tussenkomende partij verschaftte verantwoording.

28.4. In de toelichting bij het derde onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij de prijsverantwoording van de tussenkomende partij in verband met haar nulprijzen voor de installatiekosten bij contracten van drie of vijf jaar heeft aanvaard op basis van een motief dat in rechte niet aanvaardbaar is. De tussenkomende partij heeft verklaard dat zij de bedoelde installatiekosten heeft opgenomen in de maandelijkse betalingen, hetgeen betekent dat de klanten de installatiekosten niet afzonderlijk moeten betalen. De verwerende partij heeft in het bestek echter expliciet gevraagd om in het tabblad ‘pricing scenario’s’ van de inventaris de prijs voor de set-up op te nemen. De verwerende partij mocht geen prijsopgave aanvaarden die van het bestek afwijkt. Bovendien

heeft het onderbrengen van de installatiekosten onder een andere post tot gevolg dat de offertes op het punt van die kosten niet meer vergeleken kunnen worden. Ten slotte levert de door de tussenkommende partij gevolgde handelwijze haar een discriminerend voordeel op. De duur van de opvolgende opdrachten kan immers maandelijks verlengd worden, met een maximum van zes maanden. Daardoor zal de tussenkommende partij bijkomend kunnen factureren voor een bedrag waarin de installatiekosten zijn ondergebracht.

De verzoekende partij gaat ook nog in op de verantwoording die, blijkens het gunningsverslag, door de tussenkommende partij is gegeven. Zij betwist dat het zou gaan om verwaarloosbare kosten. In haar offerte varieert het aandeel van de installatiekosten van 11 à 15 % voor de driejarige contracten tot 6 à 9 % voor de vijfjarige contracten.

Beoordeling

29. Inzake het prijzenonderzoek bepaalt artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016:

“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”.

Ter uitvoering van die bepaling voorziet artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 in een algemeen prijs- of kostenonderzoek:

“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 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 voorziet voorts in een bijzonder onderzoek. De paragrafen 1 tot 3 luiden als volgt:

“§ 1. 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. [...]

§ 2. Bij de prijzen- of kostenbevraging verzoekt de aanbestedende overheid de inschrijver om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de abnormaal geachte prijs of kost te verstrekken binnen een termijn van twaalf dagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt. [...]

De inschrijver draagt de bewijslast van de verzending van de verantwoording.

De verantwoording houdt met name verband met :

1° de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;

2° de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten;

3° de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;

4° de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver.

In het kader van de in het eerste lid bedoelde prijzen- of kostenbevraging verzoekt de aanbestedende overheid de inschrijver om de schriftelijke verantwoordingen over te maken inzake de eerbiediging van de verplichtingen bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de wet, die van toepassing zijn in de domeinen van het sociaal, arbeids- en milieurecht, met inbegrip van de verplichtingen die van toepassing zijn op het vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid.

De aanbestedende overheid is er echter niet toe gehouden om verantwoordingen te vragen voor prijzen voor verwaarloosbare posten.

Zo nodig ondervraagt de aanbestedende overheid de inschrijver opnieuw. Dit gebeurt schriftelijk. In dit geval kan de termijn van twaalf dagen worden ingekort.

§ 3. De aanbestedende overheid beoordeelt de ontvangen verantwoordingen en :

1° stelt ofwel vast dat het bedrag van een of meer niet-verwaarloosbare posten een abnormaal karakter vertoont en weert de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;

2° ofwel, stelt vast dat het totale offertebedrag een abnormaal karakter vertoont en weert de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;

3° ofwel, motiveert in de gunningsbeslissing dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont.

De aanbestedende overheid wijst de offerte eveneens af wanneer zij heeft vastgesteld dat het totale offertebedrag abnormaal laag is omdat de offerte niet voldoet aan de in artikel 7, eerste lid, van de wet, bedoelde verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal- of arbeidsrecht

omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is. Wanneer de offerte niet voldoet aan de verplichtingen op het gebied van het federaal sociaal- of het arbeidsrecht, deelt de aanbestedende overheid dit mee overeenkomstig paragraaf 5, tweede lid.
[...]"

Eerste en tweede onderdeel

30. In het eerste onderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat de verwerende partij geen, of minstens geen zorgvuldig onderzoek heeft gedaan naar de erg afwijkende totaalprijzen van de tussenkomenende partij, noch naar haar nulprijzen voor de forfaitaire kosten voor interne bekabelingswerken.

In het tweede onderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat de verwerende partij heeft nagelaten om aan de tussenkomenende partij een verantwoording te vragen voor de voornoemde totaalprijzen en nulprijzen voor de forfaitaire kosten voor interne bekabelingswerken.

Beide onderdelen worden hierna samen behandeld.

31. In het verslag van nazicht van de offertes wordt gesteld dat “de aanbestedende overheid de door Telenet vastgestelde prijzen [heeft] geverifieerd”.

Uit de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, die de Raad van State heeft kunnen inzien, waaronder een ‘compliance check’ document, blijkt dat de verwerende partij, bij een eerste evaluatie van de offertes, een prijs- en kostenonderzoek heeft verricht. In het kader van dat onderzoek heeft de verwerende partij op 3 juni 2022 zowel de verzoekende partij als de tussenkomenende partij om verduidelijkingen gevraagd over verscheidene onderdelen van hun respectieve offertes, met inbegrip van vragen over sommige aangeboden prijzen. Zoals de verwerende partij in haar nota aangeeft, hadden de tot de tussenkomenende partij gerichte vragen onder meer betrekking op de installatiekosten voor de verbindingen, de set-up kosten bij contracten met een termijn van drie of vijf jaar, en de prijzen in het kader van de ‘centrale interconnect’.

Op basis van het onderzoek van de offertes en de door de inschrijvers verschaftte antwoorden op de vragen heeft de verwerende partij vervolgens beoordeeld in hoeverre de offertes verenigbaar waren met het bestek. Over de vraag in hoeverre zij de inschrijvers moest verzoeken om een verantwoording omtrent prijzen die abnormaal hoog of abnormaal leken, heeft zij een extern juridisch advies ingewonnen, dat haar op 12 oktober 2022 bezorgd werd. Met betrekking tot de prijzen die haar abnormaal leken heeft zij dan op 28 oktober 2022, met toepassing van artikel 36, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, een prijsverantwoording gevraagd. Voor de tussenkomende partij had die bevraging betrekking op de installatiekosten (set-up kosten) die werden voorgesteld voor de opdrachten met een looptijd van meer dan drie jaar. De beoordeling van het specifieke antwoord op deze bevraging maakt het voorwerp uit van het derde onderdeel van dit middel. Over andere prijzen is de tussenkomende partij niet bevraagd.

Totaalprijzen

32. In zoverre in het eerste en het tweede onderdeel wordt aangevoerd dat er geen onderzoek zou zijn gevoerd naar de ‘totaalprijzen’ van de tussenkomende partij, blijkt uit de toelichting bij die onderdelen dat de verzoekende partij de totaalprijzen voor de onderscheiden scenario’s bedoelt.

In dit verband moet vooreerst opgemerkt worden dat de verwerende partij in haar nota erkent dat die prijzen vrij sterk uit elkaar liggen. Zij heeft niettemin geoordeeld dat er geen sprake was van abnormale prijzen, en met name niet van abnormaal lage prijzen in hoofde van de tussenkomende partij.

Uit de stukken van het administratief dossier, en meer bepaald uit een op 30 mei 2022 gecontroleerde opgave van de prijzen van de tussenkomende partij voor de negen scenario’s, blijkt dat de verwerende partij uitdrukkelijk heeft geverifieerd of de eenheidsprijzen die de tussenkomende partij in de onderscheiden scenario’s heeft opgegeven, overeenkwamen met de eenheidsprijzen opgegeven in de prijslijst. Zij heeft daarbij geen discrepanties vastgesteld. Zoals zij in haar nota aangeeft, lijkt hieruit meteen ook te volgen dat zij heeft nagegaan of alle prijscomponenten, in het bijzonder de verbindingen, de

‘CPE’, de ‘QoS’, de ‘SLA’ en de reporting, wel degelijk zijn opgenomen in de berekening van de prijzen van de onderscheiden scenario’s.

De prijsbevraging van 28 oktober 2022 lijkt geen betrekking te hebben op de totaalprijzen in de onderscheiden scenario’s. Te dezen heeft de verwerende partij evenwel, na ontvangst van het antwoord van de tussenkomende partij van 17 november 2022 op de prijsbevraging in verband met de nulprijzen voor de set-up kosten voor de opdrachten met een looptijd van meer dan drie jaar, geoordeeld dat de prijzen van de tussenkomende partij, ook in hun totaliteit, marktconform waren. Dit blijkt uitdrukkelijk uit een wisseling van interne mails van 17 en 18 november 2022. Het gaat om vertrouwelijke stukken, die de Raad van State heeft kunnen inzien. Bijgevolg kon de verwerende partij beslissen, zoals ook uit die mails blijkt, zij het eerder impliciet, dat het niet nodig was, in het licht van de informatie waarover de verwerende partij beschikte, om alsnog een bevraging te doen naar de totaalprijzen voor de scenario’s.

In zoverre het eerste onderdeel uitgaat van de veronderstelling dat er geen prijs- of kostenonderzoek werd verricht naar de afwijkende totaalprijzen, mist het feitelijke grondslag.

33. In het tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat, omwille van de “enorme” verschillen tussen de totaalprijzen van de scenario’s, de verwerende partij een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door de tussenkomende partij niet te bevragen over haar totaalprijzen en de onderliggende eenheidsprijzen.

Zoals hiervoor is opgemerkt, heeft de verwerende partij een algemeen prijsonderzoek uitgevoerd, ook wat de totaalprijzen betreft (overweging 32). De aanbestedende overheid beschikt in het kader van een dergelijk prijsonderzoek, als bedoeld in artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, over een aanzienlijke beoordelingsruimte om alsdan al dan niet over te gaan tot een bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen, als bedoeld in artikel 36 van het voornoemde besluit. Weliswaar vormt het feit dat de gekozen inschrijver een offerte heeft ingediend met een aanzienlijk lagere totaalprijs dan de als tweede gerangschikte inschrijver, 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 als bedoeld in artikel 36, § 1, van het voornoemde besluit. Dit hoeft echter niet altijd zo te zijn.

Te dezen heeft de verwerende partij geoordeeld, op basis van de informatie waarover zij beschikte, dat de door de tussenkomende partij aangeboden totaalprijzen als marktconform beschouwd kunnen worden (zie overweging 32). Door in die omstandigheden niet meer over te gaan tot een bevraging van de tussenkomende partij over die prijzen, lijkt zij niet kennelijk onredelijk gehandeld te hebben.

34. Het eerste en het tweede onderdeel doen de vraag rijzen of de verwerende partij in redelijkheid heeft kunnen oordelen dat de totaalprijzen van de tussenkomende partij in de onderscheiden scenario's niet abnormaal zijn.

In het kader van het algemeen prijs- of kostenonderzoek beschikt de aanbestedende overheid over een aanzienlijke beoordelingsruimte om vast te stellen of de prijzen abnormaal lijken of integendeel niet abnormaal zijn.

Zoals hiervoor is overwogen, is de conclusie van de verwerende partij dat er geen sprake was van abnormale totaalprijzen mede gesteund op het antwoord van de tussenkomende partij van 17 november 2022 op de prijsbevraging in verband met de installatiekosten die zij heeft aangeboden voor opdrachten met een looptijd van meer dan drie jaar (overweging 32). In haar nota licht de verwerende partij in dit verband toe “dat de grondigheid waarmee Telenet haar prijsverantwoording heeft benaarstigd, heeft toegelaten om met afdoende zekerheid vast te stellen dat haar prijzen realistisch waren, de prijsopbouw economisch verantwoord was en er geen sprake is geweest van speculatie of manipulatie”. Zoals uit het verslag van nazicht blijkt, heeft de tussenkomende partij “verschillende documenten overgelegd betreffende soortgelijke opdrachten die voor andere aanbestedende diensten zijn uitgevoerd (waarbij dezelfde prijsstellingsmethode is gebruikt), alsmede certificaten van goede uitrusting”, enerzijds, en heeft zij gewezen op “haar unieke positie in de telecommunicatiesector”, die haar in staat stelde om “relatief competitieve prijzen aan te bieden”. Het antwoord van de tussenkomende partij blijkt aldus op veel

meer in te gaan dan de enkele prijs voor de set-up kosten bij contracten met een termijn van drie of vijf jaar.

In haar toelichting bij het derde onderdeel van het middel voert de verzoekende partij aan dat het niet duidelijk is waarom de vermeend ‘unieke positie’ van de tussenkomende partij in de telecommunicatiesector haar in staat zou stellen lagere prijzen aan te bieden. Dienaangaande licht de verwerende partij in haar nota toe, binnen de grenzen van wat mogelijk is onder de vertrouwelijkheid van de prijsverantwoording van de tussenkomende partij, dat deze partij in haar prijsverantwoording haar positie in de telecommunicatiesector heeft beschreven met verwijzing naar een geruststellende solvabiliteitspositie, de onderwerping aan een controle als beursgenoteerd bedrijf en banden met een grote buitenlandse ondernemingsgroep. De Raad van State stelt vast dat die beschrijving inderdaad steun vindt in het antwoord van de tussenkomende partij van 17 november 2022. Anders dan de verzoekende partij aanvoert, lijken de aangehaalde kenmerken wel van aard te zijn om, samen met andere elementen, een verklaring te kunnen bieden voor het niveau van de prijzen die door de tussenkomende partij zijn aangeboden. In dit verband kan verwezen worden naar artikel 36, § 2, derde lid, 2°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, op grond waarvan “uitzonderlijke gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten”, in aanmerking genomen kunnen worden voor de verantwoording van de prijzen of kosten. Dit neemt niet weg dat, zoals de tussenkomende partij bij de bespreking van het derde onderdeel aanvoert, de ‘unieke positie’ slechts één van de argumenten is, en eigenlijk te beschouwen is als een overtollig motief.

Mede gelet op het feit dat er te dezen slechts twee inschrijvers zijn, hetgeen in beginsel geen evident uitgangspunt lijkt om de ene of de andere offerte te bestempelen als behept met een abnormale prijs, lijkt de verwerende partij op grond van alle aangehaalde omstandigheden in redelijkheid te hebben kunnen besluiten dat de totaalprijzen van de tussenkomende partij niet als abnormaal laag dienen te worden beschouwd.

Nulprijzen voor de interne bekabelingswerken

35. In zoverre wordt aangevoerd dat er geen onderzoek zou zijn gevoerd naar de nulprijzen voor de interne bekabelingswerken, spitst de verzoekende partij haar kritiek toe op het feit dat de verwerende partij daarover geen verantwoording heeft gevraagd aan de tussenkomende partij. Die kritiek wordt ontwikkeld in verband met het tweede onderdeel van het middel.

Alvorens in te gaan op de door de verzoekende partij ingeroepen grief, herinnert de Raad van State eraan dat de voorliggende opdracht er een is voor de levering van diensten. De daarmee gepaard gaande werken zijn daaraan accessoir.

Te dezen gaat het om bekabelingswerken binnen de aansluitlocatie zelf. Uit de vragen en antwoorden blijkt dat de verwerende partij zou aanvaarden dat daarvoor een nulprijs werd aangeboden. Volgens de verwerende partij is het aanleggen van een dergelijke bekabeling eerder uitzonderlijk. Volgens de tussenkomende partij is het binnen de sector gebruikelijk om voor dergelijke werken een nulprijs aan te bieden.

Beide partijen voeren voorts aan dat de forfaitaire kosten voor interne bekabelingswerken verwaarloosbare posten uitmaken. Zij wijzen op de prijzen die de verzoekende partij zelf, volgens de gegevens opgenomen in haar verzoekschrift, voor de interne bekabelingswerken heeft opgegeven: 140,00 euro voor het plaatsen van een bekabeling tussen 0 en 10 lopende meter, 840,00 euro voor het plaatsen van een bekabeling tussen 11 en 50 lopende meter, en 1.575,00 euro voor het plaatsen van een bekabeling tussen 51 en 100 lopende meter. Volgens de verwerende partij komt dit neer op een gemiddelde prijs van 851,67 euro, “wat minder dan 0,002 % uitmaakt van de maximale geraamde waarde van de opdracht”.

Zonder dat het voor de Raad van State nodig is zich uit te spreken over wat precies het aandeel is van de kost voor de interne bekabelingswerken in het geheel van de kosten, maken de verwerende partij en de tussenkomende partij voorshands aannemelijk dat het gaat om verwaarloosbare

posten, in de zin van artikel 36, § 2, vijfde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. De verzoekende partij toont in elk geval niet aan dat die kwalificatie kennelijk onredelijk zou zijn.

Op grond van de voornoemde bepaling hoefde de verwerende partij geen prijsverantwoording te vragen voor de betrokken punten.

Formele motivering

36. In zoverre in de twee onderdelen een schending van de formele motiveringsplicht wordt aangevoerd, herinnert de Raad van State eraan dat, als de aanbestedende overheid van oordeel is dat een voorgestelde prijs niet abnormaal lijkt, zij het onderzoek met betrekking tot die prijs niet dient te motiveren in de gunningsbeslissing of het gunningsverslag. Het is dan voldoende dat uit het administratief dossier blijkt dat er wel degelijk een onderzoek is geweest naar de normaliteit van die prijs.

Nu de verwerende partij te dezen tot de conclusie is gekomen dat noch de door de tussenkomen partij voorgestelde totaalprijzen in de negen scenario's, noch haar nulprijs voor de interne bekabelingswerken abnormaal lage prijzen zijn, was zij derhalve niet verplicht om dat oordeel formeel te motiveren. Van een schending van de formele motiveringsplicht lijkt voorshands dan ook geen sprake te zijn.

Conclusie

37. Het eerste en het tweede onderdeel zijn niet ernstig.

Derde onderdeel

38. In het derde onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij de prijsverantwoording die door de tussenkomen partij is gegeven met betrekking tot haar nulprijzen voor de installatiekosten voor opdrachten met een duurtijd van drie of vijf jaar niet had mogen aanvaarden.

Alvorens in te gaan op de specifieke grieven ter zake van de verzoekende partij, past het eraan te herinneren dat een aanbestedende overheid bij de toepassing van artikel 36, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 in beginsel beschikt over een beoordelingsruimte om de in het kader van de toepassing van die bepaling gegeven prijsverantwoording al dan niet te aanvaarden. De Raad van State mag zich, gesteld voor de toetsing van een dergelijke beoordeling, niet in de plaats stellen van het bestuur en zelf de beoordeling van de prijsverantwoording overdoen. Het komt hem enkel toe om desgevraagd de beoordeling op haar rechtmatigheid te toetsen.

39. In het verslag van nazicht worden de redenen vermeld op grond waarvan de verwerende partij besluit om de prijsverantwoording door de tussenkomen de partij te aanvaarden en dus te concluderen dat de aangeboden nulprijzen niet abnormaal zijn. De verwerende partij merkt vooreerst op dat, tenzij in het bestek anders is bepaald, een inschrijver vrij de prijsmethode kan bepalen, met inbegrip van de wijze van toerekening van de verschillende kosten. Te dezen heeft de tussenkomen de partij ervoor gekozen om de installatiekosten in de contracten van drie of vijf jaar maandelijks uit te smeren, en dus niet in één keer te laten betalen door de aanbestedende overheden die aan de raamovereenkomst deelnemen. Die prijsstellingsmethode heeft geen enkele invloed op het totale bedrag van de inschrijving “in de zin van abnormaliteit”. Zij verstoort ook de vergelijking tussen de offertes niet, aangezien er voor de installatiekosten of de maandelijks terugkerende kosten geen afzonderlijk gunningscriterium of subgunningscriterium is.

40. In zoverre in het derde onderdeel wordt aangevoerd dat het aanbieden van een nulprijs voor de installatiekosten strijdig zou zijn met het bestek, lijkt met de verwerende partij aangenomen te kunnen worden dat het bestek noch uitdrukkelijk, noch impliciet, een dergelijk verbod inhoudt.

In de vragen en antwoorden is door de verwerende partij trouwens uitdrukkelijk bevestigd dat nulprijzen mogelijk zijn. Het feit dat zij niet uitdrukkelijk stelde dat nulprijzen voor de thans bedoelde installatiekosten (set-up kosten) mogelijk zijn, doet aan die vaststelling geen afbreuk.

41. In zoverre wordt aangevoerd dat het onderbrengen van de installatiekosten onder een andere post tot gevolg zou hebben dat de offertes op het punt van die kosten niet meer vergeleken kunnen worden, wordt in het verslag van nazicht uitdrukkelijk overwogen dat de door de tussenkomende partij gevolgde handelwijze geen enkele invloed heeft op het totale bedrag van haar offerte: “Uit de toelichting van Telenet (die overeenstemt met de werkelijkheid) blijkt immers dat, zelfs indien de installatiekosten afzonderlijk worden gefactureerd, deze kosten gewoon van de maandelijks terugkerende kosten zouden worden afgetrokken en dus in het totaalbedrag van de offerte zouden worden opgenomen.” In haar nota licht de verwerende partij nader toe dat de installatiekosten een eerste kost zijn waartoe een opdrachtnemer gehouden is. Het verdisconteren van deze kosten onder de maandelijks vergoedingen betekent dat de tussenkomende partij de facto een deel van deze installatiekosten prefinanciert, maar de vergoeding ervan verhaalt in de maandelijks afrekeningen.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij in redelijkheid lijkt te hebben kunnen aannemen dat het uitsplitsen van de installatiekosten over de opeenvolgende maandelijks afrekeningen geen impact heeft op de totaalkosten van de scenario's bedoeld in gunningscriterium 1. Uit de interne e-mails van 17 en 18 november 2022, die de Raad van State, zoals gezegd, heeft kunnen inkijken, blijkt dat de verwerende partij een herberekening van de door de tussenkomende partij opgegeven totaalprijzen voor de contracten van drie of vijf jaar heeft uitgevoerd, waarbij zij uitgegaan is van de prijs voor de set-up kosten die de tussenkomende partij als zodanig heeft opgegeven voor de contracten van één jaar. Zij heeft daarbij voor de set-up kosten de nulprijzen vervangen door het totaal van de installatiekosten, en voor de maandelijks weerkerende kosten de opgegeven bedragen verminderd met het aandeel van de installatiekosten. Aldus heeft zij zich ervan vergewist dat de door de tussenkomende partij gevolgde handelwijze effectief geen impact heeft op de door haar aangeboden totaalprijzen in de scenario's met contracten voor drie of vijf jaar.

Nu er, zoals opgemerkt in het verslag van nazicht, geen afzonderlijke subgunningscriteria zijn voor de set-up kosten en de maandelijks weerkerende kosten, wat met zich brengt dat die twee soorten kosten niet

afzonderlijk beoordeeld dienen te worden, lijkt ook aangenomen te kunnen worden dat de bedoelde handelwijze de vergelijkbaarheid van de offertes te dezen niet in het gedrang brengt.

42. In zoverre wordt aangevoerd dat het opnemen van de installatiekosten in de maandelijks te betalen bedragen aan de tussenkomen­de partij een ongeoorloofd voordeel zou opleveren, kan met de verwerende partij worden opgemerkt dat de mogelijkheid om de deelopdrachten die voortvloeien uit de voorliggende opdracht tot zes maand te verlengen, aan alle inschrijvers bekend was. De tussenkomen­de partij kon ervoor opteren om haar prijzen te moduleren, rekening houdend onder meer met de mogelijkheid dat de deelopdrachten verlengd zouden worden. Het lijkt dan ook niet onredelijk om hieruit af te leiden dat er geen sprake is van een ongeoorloofd voordeel.

43. In zoverre wordt aangevoerd dat de tussenkomen­de partij in haar verantwoording ten onrechte zou hebben betoogd dat het gaat om verwaarloosbare kosten, volstaat het om op te merken, zoals overigens de verzoekende partij zelf doet, dat de verwerende partij niet op dat argument gesteund heeft om de prijsverantwoording van de tussenkomen­de partij te aanvaarden.

44. Het derde onderdeel is niet ernstig.

VIII. Besluit

45. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

IX. Kosten

46. Met een verzoekschrift ingediend op 21 februari 2023 heeft de verzoekende partij een beroep tot nietigverklaring ingesteld tegen de bestreden beslissing. Het is passend, gelet op het verdere procedureverloop, de kosten van de voorliggende procedure, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv Telenet tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van tweeëntwintig februari tweeduizend drieëntwintig, 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