

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 256.690 van 5 juni 2023
in de zaak A. 238.987/XII-9367**

In zake: de NV LAB9 PRO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie, Thomas Fiers en Jade Leenaert
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de HOGESCHOOL PXL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Laura Kempeneers
kantoor houdend te 3730 Hoeselt
Dorpsstraat 3 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV ECONOCOM PRODUCTS & SOLUTIONS BELUX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Mosselmans, Stef Feyen en Mathijs Van Haver
kantoor houdend te 1000 Brussel
Terhulpssteenweg 120
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 april 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 21 maart 2023 van Hogeschool PXL om de opdracht met als voorwerp ‘Leveren van laptops voor doorverkoop aan studenten, personeel en voor eigen gebruik’, perceel 3 (Apple Producten) te gunnen aan Econocom Products and

Solutions Belux nv en de impliciete beslissing om dit perceel van de opdracht niet aan verzoekende partij te gunnen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 9 mei 2023 heeft de nv Econocom Products & Solutions Belux gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 16 mei 2023.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Sofie Logie en Thomas Fiers, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Laura Kempeneers, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Mathijs Van Haver, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest andersluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor het ‘Leveren van laptops voor doorverkoop aan studenten, personeel en voor eigen gebruik’.

De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure.

De opdracht bestaat uit drie percelen, te dezen is enkel perceel 3 relevant, dat de levering van Apple producten betreft.

3.2. De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.3. Het bestek bepaalt dat voor perceel 3 de volgende gunningscriteria van toepassing zijn: ‘Kortingspercentage’ (80 punten), ‘Service’ (10 punten), ‘Alternatieve en/of bijkomende service en garantie’ (5 punten), en ‘Prijs alternatieve en/of bijkomende service en garantie’ (5 punten). De criteria worden beschreven als volgt:

“

1	Kortingspercentage	80
	Het kortingspercentage dat wordt aangeboden door de inschrijvers wordt in mindering gebracht op de prijs van de officiële prijslijst van Apple (de prijzen die gangbaar zijn in de Apple Store België). De regel van drie zal dan worden toegepast op de prijzen die bekomen worden na toepassing van het kortingspercentage op deze prijzen. De vergelijking zal gebeuren op basis van de evenredigheidsregel toegepast op de aangeboden kortingspercentages. Kortingspercentage Apple laptops (25 pt) Kortingspercentage Apple desktops (10 pt) Kortingspercentage Apple iPads (15 pt) Kortingspercentage Apple iPhones (5 pt) Kortingspercentage AppleCare (20 pt) Kortingspercentage Accessoires (5 pt)	
2	Service	10
	De beoordeling van het gunningscriterium ‘Service’ wordt nogmaals opgesplitst in vijf subgunningscriteria. Meer bepaald gaat het om de volgende 5: - Beschikbaarheid van een service center (openingsuren, locatie, ...). (2 punten) - Efficiënte herstellingsprocedure (Pick up & return, herstellingsperiode,). Er mogen geen additionele kosten worden weergegeven in de offerte voor optioneel snellere herstellingsperiodes. (3 punten) - Consignatiestock op basis van aantal toestellen dat wordt aangeboden in consignatie (terugname ongeopende toestellen). (1 punt) - Een webshop waar de Hogeschool PXL- en UHasselt-leden de kortingsproducten kunnen aankopen. De inschrijver beslist zelf hoever hij hierin kan of wil gaan. Het is wel de bedoeling dat zowel studenten als personeelsleden via de webshop kunnen aankopen. (3 punten) - De mogelijkheid om Build-To-Order toestellen te bestellen (bijvoorbeeld: QWERTY i.p.v. AZERTY). (1 punt) De beoordeling van deze subcriteria zal gebeuren aan de hand van volgende ordinale schaal in combinatie met een woordelijke motivering, waarbij er in totaal 10 punten zijn te behalen voor het criterium ‘Service’:	

	Zeer goed: 100% van de punten Goed: 75% van de punten Matig: 50% van de punten Zwak: 25% van de punten Slecht: 0% van de punten	
3	Alternatieve en/of bijkomende service en garantie.	5
	De leverancier geeft aan welke alternatieve en/of bijkomende service en garantie t.o.v. AppleCare Protection Plan wordt voorzien. Deze dient minstens een looptijd van 3 jaar te hebben. De beoordeling van dit criterium zal gebeuren aan de hand van volgende ordinale schaal in combinatie met een woordelijke motivering: Zeer goed: 100% van de punten Goed: 75% van de punten Matig: 50% van de punten Zwak: 25% van de punten Slecht: 0% van de punten	
4	Prijs alternatieve en/of bijkomende service en garantie	5
	Regel van drie; Score offerte = (prijs laagste offerte / prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs	

”

3.4. Twee inschrijvers dienen een offerte in voor perceel 3 van de opdracht, namelijk de verzoekende partij en de tussenkomende partij.

3.5. Op 23 maart 2023 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Voor perceel 3 worden de beide inschrijvers geselecteerd, hun offertes worden regelmatig bevonden zonder opmerkingen.

In het bijzonder wordt onder ‘prijs- of kostenonderzoek’ wat perceel 3 betreft gesteld:

“Alle ingediende offertes werden onderworpen aan een prijs-kostenonderzoek overeenkomstig het artikel 35-37 van het KB van 18 april 2017. Hieruit blijkt dat er geen aanwijzingen zijn van abnormale prijzen.”

De toetsing aan de gunningscriteria luidt als volgt:

Gunningscriterium nr. 1: Kortingspercentage Het kortingspercentage dat wordt aangeboden door de inschrijvers wordt in mindering gebracht op de prijs van de officiële prijslijst van Apple (de prijzen die gangbaar zijn in
--

de Apple Store België). De regel van drie zal dan worden toegepast op de prijzen die bekomen worden na toepassing van het kortingspercentage op deze prijzen. De vergelijking zal gebeuren op basis van de evenredigheidsregel toegepast op de geschatte hoeveelheden. Kortingspercentage Apple laptops (25 pt) Kortingspercentage Apple desktops (10 pt) Kortingspercentage Apple iPads (15 pt) Kortingspercentage Apple iPhones (5 pt) Kortingspercentage AppleCare (20 pt) Kortingspercentage Accessoires (5 pt)			
1	Econocom Products and Solutions Belux NV	Omwille van de commerciële belangen worden kortingspercentages niet kenbaar gemaakt	74,44
2	Lab9 Pro NV	Omwille van de commerciële belangen worden kortingspercentages niet kenbaar gemaakt	59,59
Gunningscriterium nr. 2: Service [...]			
2	Lab9 Pro NV	[...]	10
1	Econocom Products and Solutions Belux NV	[...]	8,25
Gunningscriterium nr. 3: Alternatieve en/of bijkomende service en garantie. [...]			
2	Lab9 Pro NV	[...]	5
1	Econocom Products and Solutions Belux NV	[...]	4
Gunningscriterium nr. 4: Prijs alternatieve en/of bijkomende service en garantie [...]			
1	Econocom Products and Solutions Belux NV	Omwille van de commerciële belangen worden kortingspercentages niet kenbaar gemaakt	5
2	Lab9 Pro NV	Omwille van de commerciële belangen worden kortingspercentages niet kenbaar gemaakt	5

Er wordt dan ook voorgesteld om perceel 3 van de opdracht te gunnen aan de nv Econocom Products and Solutions Belux.

3.6. Op 28 maart 2023 – doch verkeerd gedateerd op 21 maart 2023 – beslist de verwerende partij om perceel 3 van de opdracht te gunnen aan de nv Econocom Products and Solutions Belux.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

IV. Tussenkoms

4. De nv Econocom Products & Solutions Belux blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkomst ingewilligd.

V. Rechtspleging

5.1. De verzoekende partij dient enkele uren vóór de terechtzitting een pleitnota in.

5.2. De procedureregeling voorziet niet in de neerlegging van een dergelijke nota, noch werd erom gevraagd door de Raad van State of het Auditoraat. Er kan dan ook hoogstens ten titel van inlichting rekening mee worden gehouden, in zoverre ze de neerslag vormt van het pleidooi ter terechtzitting van de verzoekende partij.

Het bijkomend stuk 12 dat de verzoekende partij nog neerlegt op hetzelfde ogenblik, had op het eerste gezicht reeds bij het verzoekschrift kunnen worden gevoegd en dient bijgevolg uit het debat te worden geweerd.

VI. Rechtsmacht van de Raad van State

6. Volgens de tussenkomende partij rijst de vraag of de verwerende partij een administratieve overheid is in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, en bijgevolg, of de Raad te dezen rechtsmacht heeft.

7. Krachtens artikel 17, gelezen in samenhang met artikel 14, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, is de Raad van State bevoegd om de schorsing te bevelen van handelingen van administratieve overheden.

De verwerende partij werd opgericht bij het bijzonder decreet van 13 juli 2012 ‘houdende regeling van de bestuurlijke organisatie en werking

van twee fusiehogescholen', door een fusie tussen de XIOS Hogeschool Limburg en de Provinciale Hogeschool Limburg. Artikel 2, § 2, van dat bijzonder decreet bepaalt uitdrukkelijk dat '[d]e hogescholen [...] over publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid [beschikken]'

Deze vaststelling volstaat om te concluderen dat de exceptie van ontbreken van rechtsmacht niet ernstig is.

VII. Ontvankelijkheid van de vordering

8. De verzoekende partij vordert ook de schorsing van de uitvoering van de impliciete beslissing om de opdracht niet aan haar te gunnen.

9. Een verzoekende partij die de nietigverklaring vraagt of de schorsing van de tenuitvoerlegging vordert van een impliciete weigeringsbeslissing, moet aantonen dat er uitzonderlijke omstandigheden zijn die wijzen op een rechtsplicht om de opdracht aan haar te gunnen.

Geen van de middelen die de verzoekende partij te dezen aanvoert, lijkt op het eerste gezicht in te houden dat de verwerende partij na de schorsing geen andere rechtsgeldige keuze meer heeft dan de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

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

VIII. Vertrouwelijkheid van bepaalde stukken

10. De verzoekende partij, de verwerende partij en de tussenkomende partij leggen meerdere stukken neer als vertrouwelijk.

In het kader van het eerste onderdeel van het eerste middel vraagt de verzoekende partij aan de Raad van State om de verwerende partij te bevelen om de kortingspercentages en de scores van de offertes voor de

subgunningscriteria van het eerste gunningscriterium ‘kortingspercentage’ kenbaar te maken (zie overweging 15.1).

De verwerende partij en de tussenkomende partij verzetten zich hiertegen.

11. De Raad acht het niet raadzaam om reeds in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid – en dus zonder diepgaand onderzoek – de vertrouwelijkheid te lichten van de als vertrouwelijk neergelegde stukken, aangezien niet kan worden uitgesloten dat deze stukken gegevens bevatten die onder het zakengeheim van de kandidaten of inschrijvers vallen. Het lichten van de vertrouwelijkheid van dergelijke stukken kan ingrijpende en niet omkeerbare gevolgen hebben voor het zakengeheim van de betrokken inschrijvers.

Hierbij dient te worden opgemerkt dat de verzoekende partij haar eigen offerte en bepaalde andere stukken waarin zij haar eigen kortingspercentages kenbaar maakt aan de Raad van State, als vertrouwelijk blijkt te hebben neergelegd, daarbij wijzend op het feit dat deze stukken “ontegensprekelijk bedrijfsgevoelige informatie en zakengeheimen [bevatten], zodat de openbaarmaking ervan nadelig zou kunnen zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van de verzoekende partij en de eerlijke mededinging tussen de ondernemingen in de toekomst zou kunnen schaden”, in het bijzonder gelet op het feit dat “de inschrijvers voor perceel 3 in diverse overheidsopdrachten elkaars concurrenten zijn voor hetzelfde voorwerp van opdracht”.

Te dezen blijkt de verzoekende partij voorts niet te zijn gehinderd bij het aanvoeren van middelen tegen de bestreden gunningsbeslissing door het feit dat de exacte kortingspercentages van de gekozen inschrijver vertrouwelijk zijn gebleven. Zij heeft integendeel in het eerste middel kunnen aanvoeren dat volgens haar de prijs – te dezen het kortingspercentage – van de gekozen inschrijver abnormaal laag is, wat zij afdoende heeft kunnen onderbouwen. Er blijkt niet hoe de kennisneming van de exacte cijfergegevens uit de offerte van de gekozen inschrijver haar te dezen nog meer baat zou kunnen brengen. Er blijkt ook niet hoe de niet-inzage in die cijfergegevens de verzoekende

partij te dezen een effectieve rechtsbescherming zou ontzeggen, noch afbreuk zou doen aan haar recht op een eerlijk proces.

12. In de huidige stand van het geding lijken er bijgevolg geen redenen om de vertrouwelijkheid te lichten van de offerte van de gekozen inschrijver of deze van de verzoekende partij, wat de daarin vermelde kortingspercentages betreft, noch om de scores van de offertes voor de subgunningscriteria van het eerste gunningscriterium ‘kortingspercentage’ kenbaar te maken.

IX. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

13. 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.

X. Onderzoek van het eerste en het tweede onderdeel van het eerste middel, samen genomen

Standpunt van de partijen

14. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van de artikelen 5, 83 en 84 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 35, 36 en 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), de artikelen 5 en 8 van de rechtsbeschermingswet, de artikelen VI.104 en VI.116 van het Wetboek economisch recht, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991

‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, het materiële motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij brengt het middel aan in vier onderdelen, als volgt samenvat:

“Eerste middelonderdeel: verwerende partij maakt ten onrechte de puntenscores voor de subgunningscriteria van het eerste gunningscriterium ‘Kortingspercentage’ niet kenbaar in het gunningsverslag – schending van de motiveringsplicht;

Tweede middelonderdeel: onzorgvuldig prijsonderzoek – schending van het materiële motiveringsbeginsel wat de vermelding in het gunningsverslag betreft dat er geen aanwijzingen zijn van abnormale prijzen;

Derde middelonderdeel: verkoop met verlies – mededingingsvertekenende handelingen;

Vierde middelonderdeel: aanbieding van accessoires die niet van Apple zijn.”

15. In een algemene toelichting bij het middel stelt de verzoekende partij dat zij geen kennis heeft van de door de verwerende partij toegekende scores voor de subgunningscriteria, noch van de door de gekozen inschrijver geboden kortingspercentages, maar dat zij op grond van de totaalscores voor het gunningscriterium ‘Kortingspercentage’ – de gekozen inschrijver scoort 74,44 punten en de verzoekende partij 59,59 punten – wel kan afleiden dat de gekozen inschrijver globaal gezien kortingspercentages heeft aangeboden die 20 % hoger liggen dan de door verzoekende partij aangeboden kortingspercentages. Nochtans is de verzoekende partij door Apple erkend als een Premium-partner, die evident betere aankooprijzen van Apple verkrijgt dan een Enterprise-partner zoals de gekozen inschrijver, zodat de verzoekende partij meer marge heeft om een hoger kortingspercentage aan te bieden.

Aangezien zij niet over de toegekende scores voor de subgunningscriteria van het gunningscriterium ‘Kortingspercentage’ of over de door de gekozen inschrijver aangeboden kortingspercentages beschikt, kan zij niet anders dan zich beperken tot het uitvoeren van enkele simulaties, die zij als

vertrouwelijk stuk (aangezien het ook de door de verzoekende partij aangeboden kortingspercentages bevat) bij haar verzoekschrift voegt. Uit deze simulaties blijkt telkens dat de gekozen inschrijver minstens voor één product een hogerkortingspercentage heeft aangeboden dan de korting die zij van Apple krijgt. De verzoekende partij geeft in haar verzoekschrift de kortingspercentages weer die, volgens haar, de gekozen inschrijver krijgt als Enterprise-partner.

15.1. In de toelichting bij het eerste onderdeel stelt de verzoekende partij dat in het gunningsverslag ten onrechte wordt gesteld dat de kortingspercentages omwille van de commerciële belangen niet kenbaar gemaakt kunnen worden. De kortingspercentages zijn immers te dezen een onderdeel van het gunningscriterium en dus van de beoordeling zelf. Door de kortingspercentages en de scores niet kenbaar te maken, kan de verzoekende partij niet nagaan of de beoordeling van dit criterium correct is gebeurd, en zijn bijgevolg de aangehaalde bepalingen en daaruit voortvloeiend de formele motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden.

De verzoekende partij verzoekt de Raad van State om de verwerende partij te bevelen om de kortingspercentages en de scores van de subgunningscriteria van het gunningscriterium ‘Kortingspercentages’ aan haar kenbaar te maken.

15.2. In de toelichting bij het tweede onderdeel stelt de verzoekende partij dat, gelet op het feit dat dezelfde producten van hetzelfde merk worden aangeboden en er toch een aanzienlijk prijsverschil is tussen de beide inschrijvers, de verwerende partij het prijs- en kostenonderzoek op zorgvuldige wijze had moeten voeren. Te dezen is de opdracht geplaatst met toepassing van de openbare procedure, zodat de uitzondering van artikel 36, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 niet geldt en de artikelen 36, §§ 2 tot 4 wel degelijk moeten worden nageleefd. Wanneer de verwerende partij vaststelt dat prijzen worden aangeboden die abnormaal laag lijken, is zij verplicht om een bevraging uit te voeren van die prijzen, waarbij de betrokken inschrijver schriftelijke verantwoording dient te geven.

Minstens moet uit het administratief dossier blijken op grond van welke motieven de verwerende partij van oordeel is dat de prijzen van de gekozen inschrijver niet abnormaal zijn. Bij gebreke daarvan is de formele motiveringsplicht geschonden.

Zonder kennis te hebben van het administratief dossier, betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij hoe dan ook, gelet op de aanzienlijke verschillen in de opgegeven kortingspercentages, nadere onderzoeksdaden diende te stellen en niet zomaar in het gunningsverslag mocht besluiten dat “er geen aanwijzingen zijn van abnormale prijzen”. De verwerende partij had zich als zorgvuldig handelende overheid en minstens op grond van artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 over het aanzienlijk prijsverschil vragen moeten stellen, en een prijsverantwoording voor de blijkbaar abnormaal lage prijzen moeten stellen aan de gekozen inschrijver.

Aangezien de motivering dat “er geen aanwijzingen zijn van abnormale prijzen” onjuist is, is ook het materiële motiveringsbeginsel geschonden.

16. In haar nota weerlegt de verwerende partij het eerste en het tweede onderdeel als volgt.

16.1. Wat het eerste onderdeel betreft, zet de verwerende partij uiteen dat zij ervoor koos om niet te vergelijken op basis van een totale offerteprijs, maar wel om op productniveau de kortingspercentages/de verkregen productprijzen na toepassing van de kortingspercentages met elkaar te vergelijken. De subcriteria worden louter ingevoegd om ervoor te zorgen dat de prijs voor producten die meer worden aangekocht zwaarder doorweegt dan de prijs voor producten die minder vaak worden aangekocht, en ze vertonen aldus meer gelijkenissen met het systeem van eenheidsprijzen met vermoedelijke hoeveelheden in plaats van met subcriteria in de eigenlijke betekenis van het woord. De weging is eerder bedoeld om het verschil in de te bestellen hoeveelheden van ieder product te weerspiegelen.

Dit neemt volgens de verwerende partij niet weg dat de toegekende kortingspercentages op Appleproducten of de verkregen productprijzen na toepassing van de kortingspercentages zelf nog steeds eenheidsprijzen uitmaken, die vertrouwelijk dienen te worden behandeld. Het meedelen van de kortingspercentages zou in strijd geweest zijn met artikel 10 van de rechtsbeschermingswet. Het niet kenbaar maken van de kortingspercentages en de scores, overeenkomstig deze bepaling, leidt niet tot een gebrek in de formele motivering nu aannemelijk is dat de openbaarmaking ervan de commerciële belangen van de gekozen inschrijver had kunnen schaden. Het gegeven dat te dezen de vergelijking van de kortingspercentages/prijzen gebeurde op productniveau (lees: eenheidsprijsniveau), en dit onderdeel uitmaakt van de beoordeling, doet daaraan geen afbreuk.

In zoverre de verzoekende partij stelt dat zij door de zogenaamde gebrekkige motivering onmogelijk kan nagaan of de beoordeling van het gunningscriterium ‘Kortingspercentage’ correct is gebeurd, wijst de verwerende partij erop dat de Raad van State wel in de mogelijkheid is om dit te controleren. Zij verwijst naar de vertrouwelijk neergelegde “beoordelingstabel” voor perceel 3, waarbij in één tabblad de regel van drie/evenredigheidsregel werd toegepast op de productprijzen verkregen na toepassing van de kortingspercentages, en in het andere tabblad de regel van drie/evenredigheidsregel toegepast werd op de kortingspercentages zelf. Er werd rekening gehouden met de score die verkregen werd na toepassing van deze laatste oefening, zoals voorgeschreven in het bestek waarin uitdrukkelijk wordt gesteld: “De vergelijking zal gebeuren op basis van de evenredigheidsregel toegepast op de aangeboden kortingspercentages”. Uit de betrokken tabbladen blijkt dat met toepassing van elk van beide oefeningen de gekozen inschrijver steeds met aanzienlijke voorsprong als best gerangschikte inschrijver naar voren komt.

16.2. Wat het tweede onderdeel betreft, stelt de verwerende partij dat de verzoekende partij in dit onderdeel lijkt te insinueren dat zij inlichtingen over de prijzen had moeten vragen overeenkomstig artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, of een bijzonder prijsonderzoek had moeten uitvoeren en dus een prijsverantwoording had moeten vragen in de zin van artikel 36 van dit besluit. Zij

benadrukt dat zij over een aanzienlijke beoordelingsmarge beschikt in het kader van het prijsonderzoek en dan meer specifiek wanneer zij beoordeelt of er al dan niet sprake is van schijnbaar abnormale prijzen. De door de verzoekende partij aangevoerde redenen zijn volgens haar niet van aard om aan te tonen dat een bijzonder prijsonderzoek moest worden uitgevoerd.

Zo wijst de verzoekende partij op een aanzienlijk prijsverschil tussen beide offertes, maar zij heeft enkel zicht op de toegekende scores op het gunningscriterium ‘Kortingspercentage’, welke scores inderdaad sterk verschillen van elkaar. De verwerende partij zet uiteen dat de toegekende (en op voorhand bekendgemaakte) wegingen aan ieder subcriterium of ieder kortingspercentage van een bepaald product evident ook een aanzienlijke invloed hebben op het verschil tussen de scores, alsook de verschillen tussen de prijzen zelf per product, die reeds voortvloeien uit de officiële prijslijst van Apple. Een hoger kortingspercentage op een goedkoper product zal immers minder effect hebben op de totale prijs (als meerdere producten samen besteld worden) dan eenzelfde kortingspercentage op een duurder product (zoals de laptop zelf). Aan de hand van de voornoemde beoordelingstabel kan worden vastgesteld dat de uiteindelijke prijsverschillen (na toepassing van de kortingspercentages) tussen de beide inschrijvers, wanneer de prijszetting van al de producten samen (de som) wordt bekeken zonder rekening te houden met de weging per subcriterium, helemaal niet zo groot zijn. Om die reden was het volgens de verwerende partij alvast niet noodzakelijk om een verregaander prijsonderzoek uit te voeren en was er geen indicatie van schijnbaar abnormale prijzen. Zelfs als er sprake zou zijn van een aanzienlijk prijsverschil, dan heeft dit overigens nog steeds weinig te betekenen aangezien er slechts twee inschrijvers waren voor perceel 3, waardoor het prijsverschil tussen de offertes op zich moeilijk een indicatie kan vormen voor schijnbaar abnormale prijzen. De verwerende partij kan dan ook niet verweten worden dat haar prijsonderzoek onzorgvuldig zou zijn geweest of dat zij de grenzen van haar beoordelingsmarge te buiten zou zijn gegaan.

Wat het onderscheid tussen een Premium-partner en een Enterprise-partner van Apple betreft, stelt de verwerende partij dat de verzoekende partij uitgaat van zogenaamde evidenties die op geen enkele wijze kunnen worden

afgetoetst. Hoewel de correctheid van de kortingspercentages voor Enterprise-partners, vermeld in het verzoekschrift, niet bewezen is, merkt de verwerende partij voor de volledigheid op dat de door de gekozen inschrijver aangeboden kortingspercentages voor alle producten op één na, onder deze kortingspercentages blijven. Het ene welbepaald product waarvoor toch een hogere korting werd gegeven, betreft een product dat enkel samen met een laptop besteld wordt. De verwerende partij geeft formeel te kennen dat zij bij de vergelijking van de prijzen in het kader van het prijsonderzoek gekeken heeft naar de prijs voor het betrokken product met de hogere korting en de prijs voor de laptop samen en dat hierbij bleek dat de prijzen voor dit pakket bij de beide inschrijvers helemaal niet zo ver uit elkaar lagen. De prijszetting van de gekozen inschrijver diende aldus niet als schijnbaar abnormaal te worden bestempeld.

Uit de voornoemde beoordelingstabel blijkt dat de verwerende partij zowel de kortingspercentages als de prijszetting na toepassing van de kortingspercentages van beide inschrijvers met elkaar heeft vergeleken, en dat zij ook een vergelijking heeft gemaakt met de kortingspercentages van haar huidige leverancier van Apple producten. Van enige schending van de aangevoerde bepalingen of van het zorgvuldigheidsbeginsel is bijgevolg geen sprake. Er was geen reden om een nader prijsonderzoek uit te voeren, laat staan dat er reden was om de offerte van de gekozen inschrijver substantieel onregelmatig te verklaren.

17. De tussenkommende partij stelt in het verzoekschrift tot tussenkomst voorafgaandelijk dat de stelling dat de verzoekende partij als een Premium-partner “evident betere aankooprijzen van Apple [verkrijgt]” dan een Enterprise-partner, feitelijk onjuist is; dat het onderscheid gelegen is in het doelpubliek, namelijk de consumenten versus de ondernemingen. Zij stelt dat een leverancier van Apple ook nog andere kortingen krijgt, en dat leveranciers vrij zijn om ook zelf bijkomende kortingen te verstrekken aan hun cliënteel.

17.1. Wat het eerste onderdeel betreft, stelt de tussenkommende partij dat de verzoekende partij geen belang heeft bij de vraag om kennis te krijgen van de kortingspercentages en scores, aangezien zij zelf erkent dat de kortingspercentages per product bedrijfsgevoelige informatie en zakengeheimen

bevatten. Zij vervolgt dat de producten moeten worden beschouwd als items van een inventaris, waarvoor effectief prijzen dienen te worden gegeven. Het betreft een opdracht tegen prijslijst, waarbij de hoeveelheden slechts vermoedelijk zijn. De specifieke productprijzen vormen bij uitstek zakengeheimen of minstens bedrijfsgevoelige gegevens die vertrouwelijk moeten worden gehouden.

17.2. Wat het tweede onderdeel betreft, stelt de tussenkommende partij dat een aanbestedende overheid de betrokken inschrijver slechts dient te verzoeken om een prijsverantwoording als uit het prijs- of kostenonderzoek blijkt dat schijnbaar abnormale prijzen zijn geboden. Aangezien er slechts twee inschrijvers waren voor perceel 3, vormt het prijsverschil tussen de offertes op zich alvast geen indicatie van een schijnbaar abnormale prijs. Voorts missen de vermeende prijsgevolgen van het onderscheid tussen een Premium-partner en een Enterprise-partner feitelijke grondslag, minstens kan niet van een aanbestedende overheid worden verwacht dat zij met dit onderscheid rekening houdt tijdens het prijsonderzoek.

Volgens de tussenkommende partij vermocht de verwerende partij te dezen bij haar prijsonderzoek te steunen op de (door haar) gekende marktprijzen, en in het bijzonder een vergelijking te maken met de (thans lopende) overheidsopdracht met een gelijkaardig voorwerp. Uit de vergelijking tussen de offerte van de tussenkommende partij en de gehanteerde kortingspercentages van de huidige leverancier, blijkt dat er voor bepaalde productcategorieën door deze laatste in 2021 een nog hoger kortingspercentage werd geboden. De verzoekende partij heeft overigens ook aan die vorige overheidsopdracht deelgenomen en op dat ogenblik geen bezwaar geformuleerd, wat de ernst van het belang bij dit middelonderdeel relativeert, en waaruit volgt dat de aanbestedende overheid van oordeel kon zijn dat er te dezen geen schijnbaar abnormale prijzen voorliggen.

De tussenkommende vervolgt dat het niet aan haar toekomt om zich uit te spreken over de zorgvuldigheid waarmee het prijsonderzoek is benaarstigd of over de vraag of het administratief dossier sporen bevat van het prijsonderzoek. Zij stelt in elk geval wel vast dat de verwerende partij evidente redenen had om te besluiten dat er te dezen geen schijnbaar abnormale prijzen

werden geboden. Louter ter informatie en ten overvloede, heeft de tussenkomen de partij een ‘nota offertestrategie’ opgesteld, toegevoegd als vertrouwelijk stuk, waarmee wordt verduidelijkt dat er geen sprake kan zijn van schijnbaar abnormale prijzen. De prijsopbouw van haar offerte is logisch en afgestemd op de informatie die de aanbestedende overheid op transparante wijze ter beschikking stelde in het bestek.

Beoordeling

18. Artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt:

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

Artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

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

Artikel 36, §§ 1 en 2, van het voormelde koninklijk besluit luidt onder meer:

“§ 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 [...].”

19. De Raad van State mag, voor de toetsing van de beoordeling van de motieven van een aanbestedende overheid om prijzen al dan niet als abnormaal te beschouwen en om al dan niet een prijsverantwoording te vragen, zijn eigen beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur. Een aanbestedende overheid beschikt immers in het kader van het algemeen prijsonderzoek over een beoordelingsruimte om al dan niet over te gaan tot een bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen. Het komt de Raad van State enkel toe om desgevraagd na te gaan of de betrokken motieven van dat onderzoek naar behoren zijn bewezen en of de beoordeling van het bestuur de perken van de redelijkheid en de zorgvuldigheid niet te buiten is gegaan.

Een aanbestedende overheid, die met naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel wil handelen, is er wel toe gehouden om de regelmatigheid van een offerte na te gaan, en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat.

Indien een aanbestedende overheid in het kader van een eerste prijsonderzoek met toepassing van artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 tot de vaststelling komt dat er geen schijnbaar abnormale prijzen zijn, rust er op haar op het eerste gezicht geen formelemotiveringsplicht omtrent dit gevoerde prijsonderzoek in het gunningsverslag of de bestreden beslissing. De motieven op grond waarvan een aanbestedende overheid van oordeel is dat de aangeboden prijzen niet abnormaal zijn, dienen echter in principe impliciet dan wel expliciet uit de stukken van het dossier te blijken, zodat deze aan de voormelde toetsing door de Raad van State kunnen worden onderworpen.

20. In zoverre de verzoekende partij een schending van de formele motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel aanvoert op grond dat in de bestreden beslissing noch de kortingspercentages voor de subgunningscriteria noch de toegekende scores hiervoor worden meegedeeld, wordt verwezen naar de beoordeling onder ‘VIII. *Vertrouwelijkheid van de stukken*’ (overwegingen 10 tot 12). Het niet kenbaar maken leidt niet tot een gebrek in de formele motivering nu

aannemelijk is dat de openbaarmaking ervan de commerciële belangen van de gekozen inschrijver had kunnen schaden.

Deze grief en de vraag om de betreffende kortingspercentages en scores kenbaar te maken, wordt bijgevolg verworpen.

21. De verzoekende partij leidt uit de totale scores voor het gunningscriterium ‘Kortingspercentages’ af dat de gekozen inschrijver kortingspercentages heeft aangeboden die “globaal gezien” 20 % hoger liggen dan de door verzoekende partij aangeboden kortingspercentages.

Uit de vier simulaties die de verzoekende partij als vertrouwelijk stuk neerlegt en die de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt dat zij hieruit inderdaad heeft kunnen afleiden dat de gekozen inschrijver minstens voor één product een (veel) hoger kortingspercentage heeft aangeboden dan de korting die de verzoekende partij van Apple krijgt. Haar stelling dat Premium-partners sowieso hogere kortingen zouden krijgen van Apple dan Enterprise-partners, lijkt zij ter terechtzitting te relativiseren. Zij stelt ernaar te hebben verwezen omdat dit de door de gekozen inschrijver aangeboden kortingen “des te straffer” zou maken.

22. Te dezen voegt de verwerende partij in het administratief dossier een Excel document ‘Beoordeling aanbesteding Apple materialen’ bij, omvattende twee tabbladen, vertrouwelijk stuk dat de Raad van State heeft kunnen inzien. Volgens de verwerende partij blijkt uit dit rekenblad dat zij geen schijnbaar abnormale prijzen heeft vastgesteld.

22.1. Op het ene Excel tabblad worden de punten weergegeven door de regel van drie toe te passen op de kortingspercentages zelf. Het zijn die punten die in het gunningsverslag worden weergegeven (59,59 tegenover 74,44). Per product wordt in de desbetreffende rij naast elkaar gezet: de “hoogste korting”, en vervolgens “% korting”, “score” in % en “punten” van de verzoekende partij, en “% korting”, “score” in % en “punten” van de gekozen inschrijver. Onder “interne opmerkingen” staan de “kortingen 2022-2023” van de huidige leverancier vermeld.

Reeds op het eerste gezicht valt op dat het kortingspercentage dat de gekozen inschrijver heeft aangeboden voor één welbepaald product, veel hoger is dan de korting die de verzoekende partij aanbiedt en de korting die de huidige leverancier voor de lopende opdracht 2022-2023 heeft aangeboden.

22.2. Op het andere Excel tabblad worden de punten weergegeven door de regel van drie toe te passen op de productprijzen na toepassing van de kortingspercentages. Het puntenverschil tussen de beide inschrijvers is daardoor minder groot. Zoals de verwerende partij evenwel zelf stelt, heeft zij voor de puntentoekenning niet op deze berekeningswijze gesteund, gelet op het voorschrift in het bestek dat de evenredigheidsregel wordt toegepast op de aangeboden kortingspercentages. Er kan bijgevolg met dit tabblad verder geen rekening worden gehouden.

23. In het voornoemde Excel tabblad staat op het eerste gezicht louter een weergave van de berekening van de punten voor het gunningscriterium ‘Kortingspercentages’ door toepassing van de regel van drie op de door de inschrijvers geboden kortingspercentages, zoals omschreven in het bestek.

Een dergelijke puntenberekening voor een prijscriterium lijkt op het eerste gezicht op zich niet te kunnen worden beschouwd als een algemeen prijsonderzoek waartoe de overheid op grond van artikel 84 van de wet en artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, in ieder geval verplicht is. Weliswaar geeft de verwerende partij in dat document in de rechterbovenhoek ook de kortingspercentages van de huidige leverancier weer, doch wat het ene welbepaald product betreft, ligt dit percentage in de buurt van het percentage aangeboden door de verzoekende partij.

Uit deze tabel of elders in het dossier blijken in ieder geval niet de redenen die de verwerende partij zou kunnen hebben aangenomen om te oordelen dat, ondanks het in het oog springen van een hoog percentage voor een welbepaald product, dit percentage toch geen schijnbaar abnormaal karakter zou vertonen.

24. De verwerende partij merkt in haar nota zelf op dat “de door de gekozen inschrijver aangeboden kortingspercentages voor alle producten op één na, onder deze kortingspercentages blijven”, en erkent aldus dat voor één specifiek product de gekozen inschrijver een hoger kortingspercentage heeft aangeboden.

In zoverre de verwerende partij alsdan in haar nota argumenteert dat het welbepaald product waarvoor het kortingspercentage van de gekozen inschrijver inderdaad hoger lag, een product is dat “enkel samen met een laptop wordt besteld”, en de prijzen van de beide inschrijvers “voor dit pakket” niet zo ver uit elkaar lagen, dient te worden vastgesteld dat deze argumentatie op het eerste gezicht geen steun vindt in het administratief dossier. Het lijkt dan ook te gaan om een motivering *post factum*.

Voorts argumenteert de verwerende partij dat de uiteindelijke prijsverschillen, na toepassing van de kortingspercentages, wanneer de prijszetting van al de producten samen wordt bekeken zonder rekening te houden met de weging per subcriterium, helemaal niet zo groot zijn. Daartegenover staat dat in het bestek de kortingspercentages per product nu eenmaal wel als afzonderlijke subgunningscriteria worden gehanteerd en dat rekening dient te worden gehouden met de wegingen die aan de subgunningscriteria worden toegekend. Zoals de verwerende partij zelf in haar nota stelt, hebben die “toegekende (en op voorhand bekendgemaakte) wegingen aan ieder subcriterium of ieder kortingspercentage van een bepaald product [...] evident ook een aanzienlijke invloed op het verschil in de scores”.

De verzoekende partij wijst ter terechtzitting in dit verband op een aantal elementen waarvan op het eerste gezicht kan worden aangenomen dat zij aanleiding hadden dienen te geven tot een (meer uitgebreid) prijzenonderzoek.

Zo wijst zij erop dat een welbepaald product – zij leidt uit de nota af dat het product enkel ‘Apple Care’ kan betreffen – op 20 punten staat (tegenover het product Laptop dat op 25 punten staat) en de verwerende partij bijgevolg ervan uitgaat dat dit product relatief veel zal worden afgenomen. Uit de

vertrouwelijke ‘nota offertestrategie’ die de tussenkomende partij ter informatie bezorgt, en die de Raad van State kan inzien en bij haar beoordeling betrekken, blijkt daarentegen dat deze partij ervan uitgaat dat dit product net niet veel zal worden afgenomen. De verzoekende partij stelt dan ook, op het eerste gezicht niet onterecht, dat het niet aan een inschrijver toekomt om door zijn speling met prijzen op producten in te gaan tegen de wegingscoëfficiënten van de gunningscriteria die zijn bepaald in functie van de vermoedelijke hoeveelheden die van het product zullen worden afgenomen. Zij lijkt ook een punt te hebben, waar zij erop wijst dat indien de verwerende partij van plan was Apple Care (op 20 punten) steeds samen met een laptop (op 25 punten) te kopen, zij dit als één subgunningscriterium had moeten opnemen.

25. Uit het feit dat de verzoekende partij bij de vorige overheidsopdracht in 2021 geen bezwaar heeft geformuleerd bij nog hogere kortingspercentages voor bepaalde productcategorieën, kan niet worden afgeleid, zoals de tussenkomende partij doet, dat de verwerende partij van oordeel mocht zijn dat er te dezen geen schijnbaar abnormale prijzen voorliggen. Die hogere percentages betreffen in ieder geval niet het welbepaald product dat te dezen ter discussie staat.

In zoverre de verwerende partij en de tussenkomende partij ten slotte nog betogen dat zelfs ingeval een aanzienlijk prijsverschil wordt vastgesteld, dit nog steeds weinig te betekenen heeft aangezien er slechts twee inschrijvers waren voor perceel 3, stelt de Raad vast (zie overweging 23) dat in de voornoemde tabel ook de kortingspercentages van de huidige leverancier (gekozen bij de gunning van de overheidsopdracht 2021) worden vermeld, en dat deze eerder de aanwijzing van een abnormaal hoog kortingspercentage aangeboden door de gekozen inschrijver voor dat welbepaald product lijken te bevestigen.

XI. Besluit

26. Het eerste middel en het tweede onderdeel van het eerste middel zijn in de besproken mate ernstig. Die conclusie verantwoordt dat de schorsing bij

uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden gunningsbeslissing wordt bevolen.

XII. Kosten

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Econocom Products & Solutions Belux tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 28 maart 2023 van Hogeschool PXL om de opdracht met als voorwerp ‘Leveren van laptops voor doorverkoop aan studenten, personeel en voor eigen gebruik’, perceel 3 (Apple Producten), te gunnen aan de nv Econocom Products and Solutions Belux.

3. De Raad van State verwierpt de vordering voor het overige.

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

Patricia De Somere,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Patricia De Somere