RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 256.928 van 23 juni 2023
in de zaak A. 239.159/XII-9373

In zake: de NV SPIKES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wouter Moonen en Thomas Christiaens
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van Justitie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jürgen Vanpraet
kantoor houdend te 8820 Torhout
Oostendestraat 306a
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 24 mei 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de minister van Justitie van ongekende datum, op 9 mei 2023 ter kennis gebracht aan de verzoekende partij, waarbij de overheidsopdracht voor diensten, met als voorwerp ‘pseudonimiseringmodule & module automatische samenvatting en tagging ten behoeve van databank vonnissen en arresten’ toe te wijzen aan de bv Skyhaus en niet aan de nv Spikes.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 juni 2023.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Thomas Christiaens, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Jürgen Vanpraet, die voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit met als voorwerp “pseudonimiseringsmodule & module automatische samenvatting en tagging ten behoeve van databank vonnissen en arresten”.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

De opdracht wordt gegund met een mededingingsprocedure met onderhandelingen.

3.2. Acht kandidaten dienen een aanvraag tot deelneming in.

Drie kandidaten, waaronder de verzoekende partij, worden op 9 november 2022 geselecteerd om een offerte in te dienen.

3.3. Het bestek met referentie CDC2022.0416 is op de opdracht van toepassing.

Onder punt A.5, ‘Projectbeschrijving’, wordt het voorwerp als volgt omschreven:

> “De aanbesteding […] bestaat uit slechts 1 (één) perceel met 2 posten. Het betreft de ontwikkeling, het onderhoud en de ondersteuning van een pseudonimiseringmodule (post 1) en een module voor het automatisch samenvatten en taggen van documenten (post 2). Hierbij voorzien we verschillende onderdelen die in rekening moeten gebracht worden door de aanbieders. Deze worden beschreven onder punt C TECHNISCHE BEPALINGEN.”

Volgens het bestek zullen de pseudonimisering, samenvatting en tagging gebruikt worden voor het centraal register voor de beslissingen van de rechterlijke orde (zie artikel 782, § 4, van het Gerechtelijk Wetboek, ingevoegd bij de wet van 16 oktober 2022). Het is de bedoeling dat dit register tegen 1 december 2023 operationeel is.

Onder punt A.11.3, ‘Inhoud van de offerte’, wordt bepaald welke gegevens in de offerte opgenomen moeten worden:

> “- de globale prijzen per post voor de initiële opzet en ontwikkeling van de vereiste functionaliteit vermeld onder de beschrijving van deze posten in punt C;
> - de maandelijkse onderhouds- en operationele kost voor de functionaliteit vermeld onder de beschrijving van deze post in punt C, te rekenen vanaf het in gebruik nemen van de oplossing;
> - het totaalbedrag van de offerte in letters en in cijfers (excl. BTW);
> - het bedrag van de BTW;
> - het totaalbedrag van de offerte in letters en in cijfers (incl. BTW);
> - de hoedanigheid van de persoon of van de personen, naargelang het geval, die de offerte onderteken(t)en;
> - het volledige inschrijvingsnummer van de inschrijver bij de Kruispuntbank van de Ondernemingen (voor de Belgische inschrijvers).
>
> De inschrijvers voegen minimaal de volgende documenten toe bij hun offerte:
> - het offerteformulier (bijlage A);
> - alle documenten gevraagd in het raam van de gunningscriteria;
> - de statuten en alle andere nuttige documenten die de bevoegdheid van de ondergetekende(n) bewijzen.”

Punt A.12 bevat bepalingen in verband met het indienen van de offertes:

"Op straffe van nietigheid mogen de offertes alleen ingediend worden via e-tendering (https://eten.publicprocurement.be/) die de naleving waarborgt van de voorwaarden van artikel 14, § 7 van de Wet Overheidsopdrachten.
De inschrijvers worden erop gewezen dat het versturen van een offerte per e-mail niet aan deze voorwaarden voldoet en daarom niet toegestaan is.
De offerte kan noch per e-mail, noch op papier ingediend worden (met uitzondering van de BAFO).
[…]."

Onder punt A.13, dat betrekking heeft op 'Vragen met betrekking tot deze opdracht', wordt in verband met de communicatie tussen de verwerende partij en de inschrijvers onder meer het volgende bepaald:

"Tijdens de onderhandelingsfase kan de aanbestedende overheid aangeven dat bepaalde communicatie via email dient te verlopen. De communicatie wordt daarbij uitsluitend gericht aan het volgend e-mailadres DTP.Procurement@just.fgov.be. […]."

Onder punt A.16 worden de gunningscriteria bepaald:

"A.16. Criteria die zullen worden gehanteerd bij de evaluatie van de offertes
De regelmatige offertes van de geselecteerde inschrijvers zullen worden onderzocht in het kader van een aantal criteria. Deze criteria zullen worden gewogen om tot een eindklassement te komen.

A.16.1. Lijst van de gunningscriteria

	Criteria	Subcriteria	Weging voor elk subcriterium	Maximumscore
I	**Prijs**			**40**
II	**Kwaliteit van de vooropgestelde oplossing**			**40**
II.1	Voor post 1		25	
II.2	Voor post 2		15	
III	**Kwaliteit van de vooropgestelde oplossing voor de algemene vereisten**			**20**
III.1	Projectplan		5	
III.2	Timing en parallellisatie		10	
III.3	Organisatie support & services		5	

A.16.2. Methode om de meest voordelige offerte te bepalen
Criterium 1: Prijs (maximaal 40 punten)
De prijs van de opdracht zal worden geëvalueerd op basis van volgende formule: (Plaagste/Pofferte) x 40, waarbij Plaagste de prijs is van de offerte met de laagste prijs, en Pofferte de prijs is van de betreffende offerte.
Criterium 2: Kwaliteit van de vooropgestelde oplossing (maximaal 40 punten)
[…]

> Criterium 3: Kwaliteit van de vooropgestelde oplossing voor de algemene vereisten (maximaal 20 punten)
> Subcriterium III.1. Projectplan (maximaal 5 punten)
> […]
> Subcriterium III.2. Timing en parallellisatie (maximaal 10 punten)
> Het doel van dit criterium is het beoordelen van de vooropgestelde timing die de aanbieder denkt te kunnen behalen en hierbij te kijken naar welke elementen de aanbieder zal aanwenden om een tijdige oplevering te verzekeren, en welke elementen de aanbieder gebruikt om de benodigde tijd te reduceren, bvb door het aanwenden van verschillende teams die in parallel aan verschillende onderdelen van de applicatie werken […].
> Subcriterium III.3. Organisatie van support & services (maximaal 5 punten)
> […]."

Punt B.8, over de duurtijd van de opdracht, bepaalt het volgende:

> "De totale duurtijd van deze opdracht bedraagt 48 kalendermaanden. De duurtijd kan drie keer stilzwijgend verlengd worden met 12 kalendermaanden."

Onder punt C.3.3.2, 'Ontwikkelings- en testomgevingen', wordt onder meer het volgende bepaald:

> "De opdrachtnemer vervat de kosten voor de ontwikkelings- en testomgevingen (zoals bvb licentiekosten voor gebruikte libraries) in de kosten opgegeven voor de ontwikkeling. De kosten 'hosting en beheer' zoals vermeld in bijlage D [lees: punt D, dat bijlage A bevat] kunnen enkel aangerekend worden na de ingebruikstelling van de oplossing."

Bijlage A, waarvan sprake onder meer in de punten A.11.3 en C.3.3.2, is het offerteformulier.

Die bijlage bevat vooreerst een deel dat in de gunningsbeslissing een "toelichting" wordt genoemd. Die toelichting bestaat uit een reeks rubrieken waarin de inschrijver bepaalde prijzen en kosten moet opgeven. Er is ook een korte uitleg bij elk van die rubrieken. De in te vullen gegevens worden als volgt omschreven:

- In verband met post 1:
  - de prijs voor "het ontwikkelen / opzetten van de pseudonimisatiemodule"

  - “36 x de maandelijkse kost voor het hosten en beheren van de pseudonimisatiemodule, inclusief de algemene vereisten die toepasbaar zijn op alle posten zoals beschreven in hoofdstuk C.3”
- In verband met post 2:
  - de prijs voor “het ontwikkelen / opzetten van de module voor automatische samenvatting en tagging”
  - “36 x de maandelijkse kost voor het hosten en beheren van de module voor automatische samenvatting en tagging, inclusief de algemene vereisten die toepasbaar zijn op alle posten zoals beschreven in hoofdstuk C.3”
- In verband met de Azure credits die de FOD Justitie bij Microsoft moet aankopen:
  - het aantal Azure credits dat voorzien moet worden voor de ontwikkelomgeving
  - het aantal Azure credits dat voorzien moet worden voor de testomgeving
  - het aantal Azure credits dat voorzien moet worden “om de oplossing in de productieomgeving te kunnen opereren volgens de ingeschatte hoeveelheden vermeld in hoofdstuk C”
- “De globale prijs voor ontwikkeling” indien “alle posten”, dit wil zeggen posten 1 en 2, worden afgenomen:
  - prijs zonder btw
  - btw
  - prijs inclusief btw
- “De Globale maandelijkse kost voor hosten en beheren” indien “alle posten” afgenomen worden
  - prijs zonder btw
  - btw
  - prijs inclusief btw.

Dan volgt een overzichtstabel, onder het opschrift “Prijsoverzicht (per Eenheid)”, die eveneens ingevuld moet worden:

	Hoeveelheid		Eenheids-prijs excl btw	Totale prijs incl btw
Ontwikkeling van post 1	1	forfait		
Hosting en beheer van post 1	1	maanden		
Ontwikkeling van post 2	1	forfait		
Hosting en beheer van post 2	1	maanden		
Onderhoud van post 1	1	maanden		
Onderhoud van post 2	1	maanden		

3.4. Twee van de drie geselecteerde ondernemingen, met name de verzoekende partij en de bv Skyhaus, dienen een offerte in.

Beide inschrijvers worden met e-mails van 1 maart 2023 uitgenodigd voor een gesprek. In die e-mails wordt ook aangekondigd dat zij daarna tijd hebben tot 8 maart 2023 om een 'Best and final offer' (BAFO) in te dienen, te bezorgen op het e-mail adres DTP.Procurement@just.fgov.be.

In de e-mails van 1 maart 2023 worden ook een aantal verduidelijkingen verschaft in verband met het prijselement in de offerte:

> "o De 36 maanden onderhoud waarnaar verwezen wordt zijn de 3 jaren waarmee het contract verlengd kan worden. Aangezien het contract voor 4 jaar + 3 mogelijke jaren verlen[g]ing loopt zal er geen overlap zijn met de 24 maanden onderhoud die inbegrepen moeten zijn in de ontwikkelingskost.
> o Er dient 1 totale maandelijkse kost gegeven te worden die alles dekt, er hoeft geen onderscheid gemaakt te worden tussen onderhoudskosten, [(enkel) in de e-mail aan de gekozen inschrijver: beheer, hosting], licenties of helpdeskkosten.
> […]
> o Gelieve bijgevoegd Excel bestand hiervoor in te vullen in de oranje cellen."

Het bedoelde Excel-bestand ziet eruit als volgt:

	A	B
1	Ontwikkelingskosten post 1, inclusief onderhoud en support 24 maand na release.	
2	Totale maandelijkse kost voor onderhoud en support voor post 1	
3		
4	Ontwikkelingskosten post 2, inclusief onderhoud en support 24 maand na release.	
5	Totale maandelijkse kost voor onderhoud en support voor post 2	
6		
7	Totale inschatting van het project met abstractie van de eerste support periode	=B1+36*B2+B4+36*B5
8		
9	Inschattingen Azure omgeving	
10	Development omgeving	
11	Test omgeving	
12	Productie omgeving	
13		
14	Totale inschatting van de kost voor de aanbestedende overheid voor het project	=B7+84*B10+60*B11+60*B12
15		

De inschrijvers moeten de cellen B1, B2, B4, B5, B10, B11 en B12 invullen.

Bij een aantal cellen wordt een opmerking gemaakt. Bij de cellen A2 en A5 luidt die opmerking telkens als volgt : “Dit is de maximale kost die mag gefactureerd worden per maand tijdens de verlenging van het contract.” Bij cel A7 wordt opgemerkt: “Voor de prijsvergelijking maken we dus abstractie van de onderhoudskost die zal plaatsvinden tussen de 24 maanden na de release van de post en het einde van de eerste 48 maanden.”

Op 3 maart 2023 vindt met elk van de inschrijvers (afzonderlijk) een vergadering plaats.

De beide kandidaten dienen tijdig een BAFO in, inclusief het ingevulde Excel-bestand met de kosten voor de posten 1 en 2 en de onderscheiden ingeschatte kosten voor de Azure-omgeving. Met de in het bestand verwerkte prijsformules worden automatisch de totale aangeboden prijs voor het project, “met abstractie van de eerste support periode”, en de inschatting van de

totale kosten voor de verwerende partij (som van de totale prijs voor het project en het geheel van de kosten in verband met de Azure-omgeving) berekend. Voor de verzoekende partij komen de aldus berekende totale kosten op 2.772.912,91 euro, btw niet inbegrepen; voor de bv Skyhaus komt dat totaal op 2.814.799,00 euro.

3.5. De offertes worden onderworpen aan een onderzoek. De neerslag daarvan is terug te vinden in de gemotiveerde gunningsbeslissing.

Wat het prijsonderzoek betreft, wordt in de gunningsbeslissing het volgende overwogen:

> "V. Prijsonderzoek
> Uit de analyse van de oorspronkelijke offerte is gebleken dat er enige twijfel bleef rond de bedragen vermeld door de inschrijvers.
> Wanneer het om maandelijkse kostenposten ging, bleek namelijk dat de inschrijver Skyhaus een totaalprijs voor de volledige duur van de opdracht had opgegeven, terwijl de inschrijver Spikes een maandelijkse prijs bleek te hebben opgegeven. Bovendien kwamen de bedragen van Spikes in de overzichtstabel niet overeen met de bedragen in de toelichting die in het offerteformulier werd gegeven.
> Om alle twijfel rond de vermelde bedragen weg te nemen, werd de inschrijvers een verduidelijkte inventaris bezorgd in het kader van de onderhandelingen. Uit die inventaris blijkt duidelijk welke posten in aanmerking worden genomen voor de analyse van het criterium 'prijs' (in het bijzonder de 'Azure-credits', die niet door de opdrachtnemer van deze opdracht worden opgegeven of gefactureerd, maar wel deel uitmaken van de projectkosten).
> De BAFO's werden geanalyseerd.
> Tijdens die analyse heeft de administratie vastgesteld dat de formule voor het totaalbedrag van de offerte was gewijzigd in de offerte van de inschrijver Spikes.
> Daarom heeft de administratie de offerte verbeterd op grond van artikel 34 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren.
> Vervolgens werden de ingediende BAFO's gecontroleerd op het vlak van de prijs. De administratie heeft geen enkele onregelmatigheid vastgesteld."

Uit de gunningsbeslissing blijkt inderdaad dat, wat de offerte van de verzoekende partij betreft, het door haar opgegeven totaalbedrag van

2.772.912,91 euro (exclusief btw) werd verbeterd, en herleid tot 2.720.410,99 euro (exclusief btw). Er werd geen verbetering aangebracht in het totaalbedrag opgegeven door de bv Skyhaus.

Vervolgens worden de BAFO's beoordeeld op de gunningscriteria:

> "VI.1. SKYHAUS
> Met betrekking tot het criterium 'prijs':
> Met een totaalbedrag van de offerte van 2 814 799,00 euro exclusief btw, dus 3 405 906,79 euro inclusief btw, wordt de inschrijver een score toegekend (berekend aan de hand van de regel van drie) van 38,66 punten/40 punten.
> Met betrekking tot de twee criteria inzake kwaliteit:
> De jury is overgegaan tot de gunning van de punten volgens de hierboven omschreven richtlijnen. Naar aanleiding van de analyse van de offerte werd de inschrijver een score van 48,60 punten/60 punten toegekend.
> Totaal:
> De inschrijver behaalt een score van 87,26 punten/100 punten.
> VI.2. SPIKES
> Met betrekking tot het criterium 'prijs':
> Met een totaalbedrag van 2 720 410,99 euro exclusief btw, dus 3 291 697,30 euro inclusief btw, is de offerte van de inschrijver de laagste. Bijgevolg wordt hem een score van 40 punten/40 punten toegekend.
> Met betrekking tot de twee criteria inzake kwaliteit:
> De jury is overgegaan tot de gunning van de punten volgens de hierboven omschreven richtlijnen. Naar aanleiding van de analyse van de offerte werd de inschrijver een score van 45,20 punten/60 punten toegekend.
> Totaal:
> De inschrijver behaalt een score van 85,20 punten/100 punten."

Een motivering van de scores op de kwalitatieve gunningscriteria (criteria 2 en 3) is gevoegd als bijlage bij de beslissing.

De minister beslist ten slotte om de opdracht aan de bv Skyhaus te gunnen "voor een totaal gunningsbedrag van 3.017.971,00 €, d.w.z. 3.651.744,91 €".

Dit is de bestreden beslissing.

3.6. Met een aangetekende brief van 9 mei 2023 stelt de verwerende partij de verzoekende partij ervan in kennis dat haar offerte niet werd gekozen.

Daarop volgt een wisseling van e-mails tussen de verzoekende partij en de verwerende partij. De laatste e-mail is een e-mail van de verwerende partij van 23 mei 2023. Daarin geeft de verwerende partij nog een aantal verduidelijkingen in verband met de impact van de door de inschrijvers voorziene tijd die nodig is voor de inproductiestelling op de beoordeling van het gunningscriterium ‘Prijs’.

IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (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.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4 en 81 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 4 en 5 van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), de materiëlemotiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

De verzoekende partij voert aan dat de punten voor de offerte van de gekozen inschrijver op het criterium ‘Prijs’ werden toegekend op basis van een verkeerd bedrag. De bestreden beslissing vermeldt dat de opdracht wordt gegund voor een bedrag van 3.017.971 euro (exclusief btw), terwijl de punten voor het prijscriterium werden toegekend op basis van een bedrag van 2.814.799 euro (exclusief btw). Indien de score zou zijn toegekend op basis van het bedrag dat de bestreden beslissing vermeldt als bedrag waarvoor de opdracht gegund wordt, dan zou de quotering van de offerte van de gekozen inschrijver voor het gunningscriterium ‘Prijs’ veel lager zijn geweest (36,06/40), en zou de totaalscore van de offerte van de verzoekende partij hoger zijn dan die van de gekozen inschrijver (85,20 tegenover 84,66).

De verzoekende partij merkt op dat zij geen inzage heeft in de offerte van de gekozen inschrijver. Indien de Raad van State zou vaststellen dat uit het administratief dossier inderdaad blijkt dat de gekozen inschrijver in de ingevulde prijstabel bij de BAFO heeft ingeschreven aan een prijs van 3.017.971 euro, dan kan er geen twijfel over bestaan dat de verwerende partij de offerte van de gekozen inschrijver verkeerd heeft beoordeeld.

Alleszins meent de verzoekende partij dat ook de formelemotiveringsplicht is geschonden, nu de bestreden beslissing geenszins motiveert waarom voor de beoordeling van de offerte op het gunningscriterium ‘Prijs’ het bedrag van 2.814.799 euro werd gehanteerd, en niet het bedrag van 3.017.971 euro.

Beoordeling

6. Uit de bestreden beslissing blijkt dat de verwerende partij voor de toekenning van de punten op het prijscriterium is uitgegaan van een door de gekozen inschrijver aangeboden prijs (exclusief btw) van 2.814.799,00 euro en van een door de verzoekende partij aangeboden prijs van 2.720.410,99 euro. Op basis van die bedragen behaalt de verzoekende partij de maximumscore van 40/40 op het prijscriterium en de gekozen inschrijver een score van 38,66/40.

Uit de bestreden beslissing blijkt voorts dat de opdracht aan de gekozen inschrijver wordt gegund voor een bedrag (exclusief btw) van 3.017.971,00 euro.

De verzoekende partij nodigt de Raad van State uit om te onderzoeken met welke prijs de gekozen inschrijver in de ingevulde prijstabel bij de BAFO heeft ingeschreven.

7. Uit het door de gekozen inschrijver bij de BAFO gevoegde Excel-bestand (cel B14) bij de BAFO blijkt, op het eerste gezicht, dat diens totaalprijs 2.814.799 euro bedraagt (exclusief btw).

Zoals de verwerende partij in de nota aangeeft, gaf de verzoekende partij in het door haar ingevulde Excel-bestand een totaalprijs op van 2.772.912,91 euro (exclusief btw). Uit de bestreden beslissing blijkt dat die totaalprijs van de verzoekende partij, in overeenstemming met artikel 34 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), werd verbeterd en verminderd tot een bedrag van 2.720.410,99 euro. Dit is het bedrag waarop de beoordeling van de offerte op het prijscriterium is gebeurd.

Op het eerste gezicht blijkt aldus uit het administratief dossier dat de punten op het prijscriterium voor beide inschrijvers werden toegekend op basis van de bedragen die zij zelf in de BAFO hebben opgegeven. De verwerende partij is, met name wat de offerte van de gekozen inschrijver betreft, terecht uitgegaan van een bedrag van 2.814.799 euro. In zoverre in het middel wordt gesuggereerd dat de verwerende partij is uitgegaan van een verkeerd bedrag, lijkt het middel feitelijke grondslag te missen.

Voorts blijkt uit het administratief dossier, op het eerste gezicht, dat beide inschrijvers op dezelfde wijze zijn behandeld, aangezien voor beide inschrijvers de totaalprijs, opgegeven in hun BAFO, in aanmerking is genomen als basis voor de berekening van de score op het prijscriterium.

8. Terecht voert de verzoekende partij aan dat er een verschil bestaat tussen het bedrag van de totaalprijs aangeboden in de BAFO van de gekozen inschrijver (2.814.799 euro) en het bedrag waaraan de opdracht aan die inschrijver is gegund (3.017.971 euro).

Noch in de bestreden beslissing noch in het administratief dossier is er enige verklaring te vinden die zou kunnen doen begrijpen hoe de verwerende partij aan het bedrag van 3.017.971 euro is geraakt. De Raad van State heeft zelf ook niet de formule kunnen reconstrueren die tot dat bedrag heeft geleid.

In haar nota legt de verwerende partij uit dat het bedrag waaraan de opdracht gegund wordt het bedrag is “dat in de begroting van de FOD Justitie gebudgetteerd moet worden”. Volgens de verwerende partij is er een verklaring voor het verschil tussen de door de gekozen inschrijver opgegeven prijs en de door de verwerende partij vastgestelde prijs. De eerstgenoemde prijs is, overeenkomstig de vereisten van het bestek, gebaseerd op een periode van (slechts) 36 maanden waarin kosten voor onderhoud en support aangerekend kunnen worden. Die 36 maanden stemmen overeen met de totale duurtijd waarmee de opdracht, initieel gegund voor 48 maanden, verlengd kan worden. Als een inschrijver een oplevering van respectievelijk post 1 en post 2 voorziet binnen een periode die minder bedraagt dan 24 maanden – wat te dezen voor beide inschrijvers het geval is –waarna een periode volgt van 24 maanden waarbinnen geen aparte kosten voor onderhoud en support aangerekend kunnen worden, dan zal die inschrijver reeds binnen de initiële periode van 48 maanden dergelijke kosten kunnen aanrekenen. De werkelijke periode van aanrekening van kosten zal dan meer bedragen dan 36 maanden, waardoor de werkelijke kost voor de aanbestedende overheid hoger is. Het is met die werkelijke kost dat voor het bepalen van het te budgetteren bedrag van de opdracht rekening is gehouden.

Die uitleg komt de Raad van State op het eerste gezicht aannemelijk voor.

Er blijft niettemin de vaststelling dat niet duidelijk gemaakt wordt hoe de verwerende partij tot het precieze bedrag van 3.017.971 euro is

gekomen. Op dit punt lijkt de bestreden beslissing door een motiveringsgebrek te zijn aangetast. Uit de uitleg van de verwerende partij lijkt echter te volgen dat het voornoemde bedrag geen gevolgen heeft gehad voor de beoordeling van de offertes. De verzoekende partij lijkt dan ook geen belang te hebben bij een grief in verband met de vaststelling van dat bedrag. Alleszins lijkt uit het administratief dossier, meer bepaald het bestek en de verduidelijking ervan, niet afgeleid te kunnen worden dat de verwerende partij bij de beoordeling van de prijs van de offerte van de gekozen inschrijver moest uitgaan van een ander offertebedrag dan het door die inschrijver opgegeven bedrag van 2.814.799 euro.

9. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

10. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4, 38, § 5, en 81, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 4 en 5 van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, de materiëlemotiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

De verzoekende partij voert aan:

- dat de verwerende partij de offertes op het gunningscriterium ‘Prijs’ heeft beoordeeld op een wijze die niet voorafgaand aan de opening van de offertes is vastgesteld maar die slechts naar aanleiding van de BAFO’s en zelfs later tot stand is gekomen;
- dat zij de offertes op het criterium ‘Prijs’ heeft beoordeeld op een wijze die een andere invulling geeft aan dit criterium dan aangekondigd in het bestek, waardoor zij dit criterium zelf heeft gewijzigd na ontvangst van de offertes;
- dat zelfs indien de beoordelingsmethodiek tijdig zou zijn vastgesteld en niet zou zijn gewijzigd, en zelfs indien ook de draagwijdte van het gunningscriterium ‘Prijs’ niet zou zijn gewijzigd, het nog steeds vaststaat dat dit gunningscriterium op een zodanige wijze wordt gehanteerd dat het niet toelaat de economisch meest voordelige offerte vast te stellen.

De verzoekende partij voert aan dat de bestreden beslissing bovendien niet motiveert waarom de verwerende partij de offertes op deze wijze heeft beoordeeld, en dat de verwerende partij de prijzen van de offertes alleszins op een kennelijk onzorgvuldige wijze met elkaar heeft vergeleken, daarbij geen rekening houdend met de werkelijke kosten die uit de offertes zouden voortvloeien.

11.1. In de toelichting bij het middel legt de verzoekende partij in de eerste plaats uit dat in het bestek geen specifieke of maximale termijn wordt opgelegd waarbinnen de inschrijvers een ingebruikname van de te ontwikkelen software moeten vooropstellen. Een kortere tijdspanne tot ingebruikname van de software leidt, enerzijds, tot een hogere score op het subgunningscriterium III.2, dat peilt naar de timing voor de oplevering, maar heeft, anderzijds, ook tot gevolg dat de periode van betalend onderhoud van de software, na de inbegrepen waarborgperiode van 24 maanden, sneller zal aanvatten en dus langer zal zijn dan de 36 maanden waarvan wordt uitgegaan bij het prijscriterium. Aldus, zo benadrukt de verzoekende partij, zal de prijs van het betalend onderhoud ook meer doorwegen in de werkelijke totale offerteprijs. Volgens haar dwong het bestek de inschrijvers om deze afweging op een doordachte wijze te maken in de offerte: “De inschrijver die een zo sterk mogelijke offerte [wilde indienen], kon bij voorkeur een zo snel mogelijke ingebruikname voorzien, én een zo laag mogelijke prijs aanbieden voor het betalend onderhoud. In die zin zou het bestek leiden tot offertes aan de best mogelijke prijs-kwaliteitverhouding.”

Volgens de verzoekende partij is de bestreden beslissing, in zoverre zij de offertes beoordeelt op het criterium ‘Prijs’, om verscheidene redenen onwettig.

11.2. In de eerste plaats heeft de verwerende partij in de uitnodiging van 1 maart 2023 tot het indienen van een BAFO, en dus na kennisname van de initiële offertes, verduidelijkt dat de 36 maanden onderhoud waarnaar verwezen wordt, de drie jaren zijn waarmee het contract verlengd kan worden, en dat er dus geen overlapping kan zijn met de 24 maanden onderhoud die inbegrepen moeten zijn in de ontwikkelingskost (en waarvoor dus geen aparte kosten aangerekend

kunnen worden). Nog later, in haar e-mail van 23 mei 2023, en dus na de kennisgeving van de bestreden beslissing, heeft zij uitgelegd dat zij werkt met een hypothetische tijdlijn bestaande uit een eerste periode van 24 maanden (van de aanvang van de opdracht tot aan de ingebruikname van de software), een volgende periode van 24 maanden (waarborgperiode), en ten slotte een periode van 36 maanden (periode van verlenging van de opdracht, waarin het betalend onderhoud loopt).

Aldus blijkt de verwerende partij de impact van de aangeboden maandelijkse eenheidsprijs voor het onderhoud van de software op de totaalprijs van de offerte in belangrijke mate te neutraliseren. Wie een ingebruikname van de software op zes maanden voorziet, zal immers voor eenzelfde periode van 36 maanden in betalend onderhoud moeten voorzien als wie pas na 24 maanden een ingebruikname voorziet. De inschrijver die een hogere prijs voor het onderhoud aanbiedt zal aldus, in vergelijking met de inschrijver die daarvoor een lagere prijs aanbiedt, bevoordeeld worden. “Zijn duurder onderhoud zal immers gedurende minder maanden doorwegen.”

De verzoekende partij heeft een ingebruikname van de software voorzien op circa zes maanden. Uit het schrijven van de verwerende partij van 23 mei 2023 leidt zij af dat ook de gekozen inschrijver een ingebruikname binnen zes maanden voorziet. De verzoekende partij herhaalt dat zij geen inzage heeft in de offerteprijzen van de gekozen inschrijver, maar zij gaat redelijkerwijze ervan uit, gelet op de beschrijving van diens offerte in de beoordeling onder het gunningscriterium ‘Kwaliteit van de vooropgestelde oplossing’, dat hij een gevoelig hogere eenheidsprijs voor het maandelijks onderhoud van de modules moet hebben aangeboden. De verzoekende partij meent dan ook dat de “plotse wending in de beoordeling van het gunningscriterium ‘prijs’ tot een onmiskenbaar voordeel voor de gekozen inschrijver [leidt]. Door als uitgangspunt te nemen dat beide inschrijvers 24 maanden nodig zouden hebben om tot ingebruikname van de modules te komen (wat ingaat tegen de offertes), wordt over een totale looptijd van 7 jaar de periode van betalend onderhoud ingekort met 18 maanden. […] Ervan uitgaande dat de onderhoudsprijs van de gekozen inschrijver duurder is dan de onderhoudsprijs van de verzoekende partij, betekent dit een behandeling in het voordeel van de gekozen inschrijver”. Die handelwijze

leidt er immers toe dat het puntenverschil tussen de verzoekende partij, die de goedkoopste offerte heeft aangeboden, en de gekozen inschrijver kunstmatig is verkleind.

Het gelijkheidsbeginsel is aldus geschonden.

11.3. De verzoekende partij voert voorts aan dat de methodiek voor het beoordelen van de gunningscriteria moet worden vastgesteld vóór de opening van de offertes. Te dezen heeft de verwerende partij de beoordelingsmethodiek voor het gunningscriterium ‘Prijs’ pas voor het eerst vastgesteld – of minstens nog substantieel gewijzigd – na ontvangst van de initiële offertes, en op een zodanige wijze dat de offerte van de gekozen inschrijver gunstiger kon worden beoordeeld. Onder het mom van een “verduidelijking” werden op 1 maart 2023 immers een aantal “nieuwe” uitgangspunten bezorgd.

Die werkwijze houdt ook een schending in van artikel 38, § 5, van de wet overheidsopdrachten 2016. Daarin wordt bepaald dat het niet toegelaten is om te onderhandelen over de gunningscriteria.

11.4. “Zelfs indien uit de omschrijving van de gunningscriteria in het bestek reeds moest worden afgeleid dat de verwerende partij in de beoordeling van de offertes zou uitgaan van een ingebruikname van de software na 24 maanden, zodat er binnen de maximale looptijd van de opdracht slechts 3 jaren aan betalend onderhoud in rekening worden gebracht”, leidt het gunningscriterium ‘Prijs’ volgens de verzoekende partij niet tot aanduiding van de offerte met de beste prijs-kwaliteitverhouding.

De verzoekende partij benadrukt dat de gunningscriteria en hun weging relevant en proportioneel dienen te zijn ten opzichte van de economisch meest voordelige offerte. De toepassing van het prijscriterium mag niet tot gevolg hebben dat de selectie van bepaalde eenheidsprijzen het voorwerp van de opdracht niet weerspiegelt. Te dezen manipuleert de verwerende partij de inhoud van het gunningscriterium ‘Prijs’ door onvoldoende rekening te houden met de kostprijs voor het onderhoud van de modules. Op basis van de ingediende offertes is het nochtans klaar en duidelijk dat die kostprijs beduidend zal doorwegen op de totale kost van de opdracht.

11.5. De verzoekende partij voert aan dat in elk geval de formelemotiveringsplicht is geschonden, nu “er geen enkel valabel motief voorhanden [is], noch uitgedrukt in de bestreden beslissing, waarom de verwerende partij de offertes op deze wijze zou hebben moeten beoordelen m.b.t. het gunningscriterium ‘Prijs’. In de gunningsbeslissing zelf wordt er op geen enkele wijze toelichting gegeven bij de wijze waarop het gunningscriterium ‘Prijs’ is beoordeeld. De reden waarom de verwerende partij het nodig zou hebben geacht om uit te gaan van een ingebruikname van de modules na 24 maanden, blijkt nergens in de gunningsbeslissing”.

11.6. Ten slotte betwist de verzoekende partij dat de *post factum*, in de e-mail van 23 mei 2023, meegedeelde motieven pertinent of valabel zijn. In dat schrijven stelt de verwerende partij dat zij gekozen heeft voor een “aanpak van gelijkschakeling”, “om de impact van vervroegde inproductiestelling op de prijs, te milderen”. Volgens de verzoekende partij is er geen enkele reden op grond waarvan de verwerende partij de impact van vervroegde inproductiestelling op de prijs zou hebben moeten milderen. Het bestek liet integendeel een zekere ruimte aan de inschrijvers om zelf een geplande ingebruikname in te schatten, “wetende dat dit een invloed zou hebben op het tijdsverloop en dus op de looptijd van het betalend onderhoud”. Door het reduceren van de impact van vervroegde inproductiestelling ontneemt de verwerende partij aan de verzoekende partij het economisch voordeel dat deze heeft trachten te creëren ten opzichte van offertes die in een duurder onderhoud voorzien.

In het schrijven van 23 mei 2023 stelt de verwerende partij ook dat zij voor alle inschrijvers in eenzelfde periode van 36 maanden voor betalend onderhoud voorzag omdat “steeds rekening dient gehouden (te worden) met potentiële vertragingen in de loop van een project”. De verzoekende partij betwist dat de verwerende partij genoodzaakt zou zijn “om nu alvast vertragingen in te calculeren”. Voor zover zich tijdens de uitvoering van de opdracht een vertraging zou voordoen, kan dit volgens haar worden opgevangen door toepassing van de boetes of maatregelen bepaald in de “*service level agreement*” (SLA) of het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’.

11.7. Ten slotte voert de verzoekende partij aan dat het zorgvuldigheidsbeginsel is geschonden. De verwerende partij heeft de offertes op een verkeerde wijze beoordeeld, door abstractie te maken van de werkelijke kost die uit de offertes zou volgen en dus door onvoldoende rekening te houden met alle relevante feiten en omstandigheden die aan de gunningsbeslissing ten grondslag zouden moeten liggen.

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het middel

12. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van het middel op, afgeleid uit het gebrek aan belang in hoofde van de verzoekende partij.

Zij voert aan dat, zelfs indien de redenering van de verzoekende partij gevolgd zou worden, dit nog steeds niet tot gevolg zou hebben dat deze meer punten op haar offerte zou krijgen dan de gekozen inschrijver. Ter ondersteuning van haar exceptie legt de verwerende partij vertrouwelijk een Excel-bestand voor, waarin het prijscriterium beoordeeld wordt uitgaande van een ingebruikname van de software – van de beide inschrijvers – zes maanden na de start van de opdracht, zoals de verzoekende partij in haar verzoekschrift doet. De gekozen inschrijver zou dan weliswaar minder punten halen op het gunningscriterium ‘Prijs’, maar het puntenverschil met de verzoekende partij zou nog steeds overbrugd worden door haar betere scores op de beide criteria kwaliteit.

13. Het is te dezen niet nodig nader in te gaan op deze exceptie. Zoals uit het hiernavolgend onderzoek zal blijken, is het middel immers in elk geval niet ernstig.

Ernst van het middel

14. Alvorens in te gaan op het middel, herinnert de Raad van State aan de bepalingen van het bestek in verband met het gunningscriterium ‘Prijs’.

Onder punt A.16.2 wordt bepaald dat de “prijs van de opdracht” zal worden geëvalueerd volgens een formule waarbij de offerte met de laagste prijs het maximum van de punten scoort (40/40) en overige offertes een score behalen op basis van de verhouding van hun prijs tot de prijs van de laagste offerte.

Bijlage A bij het bestek bevat het offerteformulier. Die bijlage bestaat uit twee onderdelen, die beide ingevuld moeten worden. Het eerste onderdeel bestaat uit een reeks rubrieken, waaronder per post een rubriek voor het “ontwikkelen/opzetten” van de betrokken module en een rubriek voor “36 x de maandelijkse kost voor het hosten en beheren” van de betrokken module. Het tweede onderdeel bestaat uit een verkort “Prijsoverzicht”, waarbij per post afzonderlijke rubrieken voorkomen voor “Hosting en beheer”, enerzijds, en “Onderhoud”, anderzijds. In de gunningsbeslissing wordt het eerste onderdeel een “toelichting” genoemd, en het tweede onderdeel een “overzichtstabel”.

De bepalingen van het bestek moeten als een geheel gelezen worden. De bepaling onder punt A.16.2, volgens welke het gunningscriterium ‘Prijs’ uitgaat van de “prijs van de opdracht”, moet dan ook gelezen worden in het licht van de vermeldingen die in bijlage A voorkomen. Aldus lijkt uit de bepalingen inzake het gunningscriterium ‘Prijs’, in het bijzonder uit de vermeldingen in de toelichting bij de overzichtstabel, te volgen dat voor de beoordeling van de offertes op het criterium ‘Prijs’ voor alle inschrijvers geldt dat zij de kosten voor “hosten en beheer” moeten opgeven die zij gedurende een eenvormige periode van 36 maanden zullen aanrekenen.

15. De verzoekende partij voert aan, ten eerste, dat de beoordelingsmethodiek, en zelfs de draagwijdte zelf van het gunningscriterium ‘Prijs’, zijn gewijzigd nadat de offertes zijn geopend. Zij verwijst hiervoor naar de e-mails van de verwerende partij van 1 maart 2023 aan elk van de inschrijvers. Volgens de verzoekende partij zijn de daarin vervatte “verduidelijkingen” meer dan eenvoudige verduidelijkingen.

In verband met het in aanmerking nemen van de kosten voor “hosten en beheer” en “onderhoud” zijn de in de bedoelde e-mails vervatte “verduidelijkingen” van tweeërlei aard.

Enerzijds wordt gesteld dat “de 36 maanden onderhoud waarnaar verwezen wordt […] de 3 jaren [zijn] waarmee het contract verlengd kan worden”. Daaraan wordt toegevoegd dat, “aangezien het contract voor 4 jaar + 3 mogelijke jaren verlen[g]ing loopt”, er “geen overlap [zal] zijn met de 24 maanden onderhoud die inbegrepen moeten zijn in de ontwikkelingskost”. Met die precisering lijkt de verwerende partij duidelijk te maken dat er een onderscheid is tussen de 24 maanden waarvoor géén aparte onderhoudskosten aangerekend kunnen worden – die kosten maken volgens punt C.3.3.2 van het bestek deel uit van de kosten voor de ontwikkeling van de module, ook al worden ze gegeneerd tijdens de waarborgtermijn, na de oplevering van de betrokken module – en de 36 maanden waarvoor wél aparte onderhoudskosten aangerekend kunnen worden. Impliciet blijkt uit die verduidelijking ook dat uitgegaan wordt van een eenvormige termijn voor ontwikkeling van de module van 24 maanden, aangezien de termijn voor ontwikkeling van de module en de waarborgtermijn van 24 maanden volledig gelegen zijn in de initiële duurtijd van het contract van 4 jaar of 48 maanden.

Anderzijds wordt gesteld dat “1 totale maandelijkse kost gegeven [dient] te worden, die alles dekt”. Er hoeft met andere woorden geen onderscheid gemaakt te worden tussen onderhoudskosten, beheer, hosting, licenties of helpdeskkosten. Met die precisering lijkt de verwerende partij de dubbelzinnigheid op te lossen ontstaan door het feit dat in de toelichting in bijlage A sprake is van “het hosten en beheren” en in de overzichtstabel “hosting en beheer” en “onderhoud” als afzonderlijke rubrieken voorkomen.

De voornoemde verduidelijkingen komen tot uiting in een Excel-bestand dat bij de e-mails is gevoegd, en dat de inschrijvers moeten invullen en bij hun BAFO voegen. In haar nota voert de verwerende partij aan dat uit het Excel-bestand met name het volgende blijkt:

"- Uit de formule in cel B7 blijkt dat voor het berekenen van de totale prijs de maandelijks[e] kost voor onderhoud en support voor post 1 (cel B2) en post 2 (cel B5) telkens vermenigvuldigd moet worden met 36 […].
- Uit de opmerkingen bij [cellen] A2 en A5 (maandelijkse kost voor onderhoud en support voor resp. post 1 en post 2) blijkt dat de inschrijver de maximale kost dient te vermelden die gefactureerd mag worden tijdens de verlenging van het contract [met] 36 maanden.
- Uit de opmerking bij cel A7 blijkt dat voor de prijsvergelijking abstractie gemaakt wordt van de onderhoudskost die zal plaatsvinden tussen de 24 maanden na de release van de post en het einde van de eerste 48 maanden."

Die beschrijving lijkt inderdaad overeen te stemmen met wat uit het Excel-bestand afgeleid kan worden.

16. Het komt de Raad van State op het eerste gezicht voor dat de verwerende partij met de verduidelijkingen in haar e-mails van 1 maart 2023 noch de draagwijdte van het gunningscriterium 'Prijs' noch de beoordelingsmethode voor dat criterium heeft gewijzigd. Dat er voor de berekening van de kostprijs voor "onderhoud en support" slechts rekening gehouden zou worden met een termijn van 36 maanden, bleek immers reeds uit het bestek, zoals hiervoor is overwogen (overweging 14). De verduidelijking dat abstractie gemaakt wordt van onderhoudskosten die misschien, ten gevolge van een snellere oplevering dan na een periode van 24 maanden, al tijdens de initiële periode van 48 maanden apart aangerekend kunnen worden, lijkt geen wijziging in te houden van de essentie van de in het bestek vervatte regeling.

De bijkomende toelichting die de verwerende partij in haar e-mail van 23 mei 2023 aan de verzoekende partij verstrekt heeft, dateert van na de bestreden gunningsbeslissing. Ze lijkt een bijkomende uitleg te geven voor de door de verwerende partij gehanteerde aanpak, maar niets wezenlijks toe te voegen aan de eerder gegeven toelichting.

Voorshands is de Raad van State dan ook van oordeel dat het middel, in zoverre daarin aangevoerd wordt dat het gunningscriterium 'Prijs' of de methode voor de beoordeling van dat criterium gewijzigd zijn na de opening van de offertes, feitelijke grondslag mist.

17. De verzoekende partij voert aan, ten tweede, dat het gunningscriterium ‘Prijs’, door in verband met de kosten voor onderhoud slechts rekening te houden met een periode van 36 maanden waarin die kosten aangerekend kunnen worden, onwettig is.

18. De verwerende partij voert hiertegen vooreerst aan dat de verzoekende partij heeft nagelaten haar grieven in verband met het gunningscriterium ‘Prijs’ op te werpen in de loop van de opdrachtprocedure. De verzoekende partij zou haar kritiek op het bestek of op de verduidelijkingen in de e-mails van 1 maart 2023 niet voor het eerst kunnen uitoefenen in de procedure voor de Raad van State.

Zoals de verzoekende partij ter terechtzitting repliceert, mogen onrechtmatigheden die een inschrijver aan een bestekbepaling verwijt, in beginsel nog op ontvankelijke wijze worden aangevoerd tegen latere beslissingen in het kader van een plaatsingsprocedure. Het is de verzoekende partij in beginsel dan ook toegestaan om onrechtmatigheden die zij aan het bestek verwijt, op ontvankelijke wijze in te roepen tegen de latere gunningsbeslissing.

De stelling van de verwerende partij dat de verzoekende partij onzorgvuldig zou hebben gehandeld door niet tijdens de onderhandelingsprocedure opmerkingen te hebben gemaakt over de berekening van de totale prijs, wordt voorshands niet bijgevallen. Met de verzoekende partij kan aangenomen worden dat zij zich pas na ontvangst van de verduidelijkingen vervat in het e-mailbericht van 23 mei 2023 ten volle bewust is geworden van de implicaties van de toegepaste beoordelingswijze.

19. Ter verantwoording van de werkwijze vastgesteld in het bestek voor de berekening van de prijs die in aanmerking wordt genomen voor de beoordeling van de offertes, verwijst de verwerende partij in haar nota naar haar bedoeling “om de inschrijvers met elkaar te kunnen vergelijken op basis van eenzelfde objectief en vooraf transparant vastgesteld criterium”. Zij legt uit dat het “niet mogelijk [is] om op voorhand bij de aanvang van de uitvoering van de opdracht, laat staan op het ogenblik van het vaststellen van het bestek, te weten hoeveel maanden support en onderhoud er in werkelijkheid nodig [zullen] zijn

bovenop de waarborgperiode van 24 maanden". De werkelijke duur van de periode waarin kosten voor support en onderhoud aangerekend kunnen worden hangt immers af van een aantal factoren, waaronder – maar niet uitsluitend – "de timing die de inschrijver zelf voorstelt voor de ontwikkeling van de posten 1 en 2".

Het is volgens de verwerende partij precies "om een objectief en eenduidig criterium te hebben dat de inschrijvers op voet van gelijkheid kan vergelijken", dat in het bestek bepaald werd dat de maandelijkse prijs voor onderhoud en support vermenigvuldigd zou worden met 36 en dat het criterium 'Prijs' op die basis beoordeeld zou worden.

In haar e-mail van 23 mei 2023 aan de verzoekende partij heeft de verwerende partij het ook reeds gehad over de bedoeling "om de impact van vervroegde in productiestelling op de prijs, te milderen, gezien er steeds rekening dient gehouden [te worden] met potentiële vertragingen in de loop van een project". Zij merkte daarbij op dat te dezen voor beide inschrijvers geldt dat zij een inproductiestelling voorzien "binnen de eerste 6 maanden na opstart". De beoordeling van de offertes op het criterium 'Prijs' is dus "op vergelijkbare basis gebeurd voor beide inschrijvers".

20. 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).

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 op hun rechtmatigheid toetsen, meer bepaald nagaan of ze wel het rechtens vereiste verband met het voorwerp van de opdracht vertonen, en of ze het bepalen van de economisch meest voordelige offerte wel mogelijk maken.

21. Te dezen zal het werkelijk te betalen bedrag van de kosten voor onderhoud en support afhangen van de snelheid waarmee de respectieve modules ontwikkeld worden. Wordt een module bijvoorbeeld reeds opgeleverd na 6 maanden (hypothese 1), en wordt ervan uitgegaan dat de totale duur van de opdracht zeven jaar of 84 maanden bedraagt, dan zal de opdrachtnemer de kosten voor onderhoud en support aanrekenen van de 31ste tot en met de 84ste maand, dit wil zeggen gedurende 54 maanden. Wordt een module daarentegen pas opgeleverd na 24 maanden (hypothese 2), dan zullen de bedoelde kosten slechts aangerekend worden van de 49ste tot en met de 84ste maand, dit wil zeggen gedurende 36 maanden. Te dezen heeft de verwerende partij in het bestek ervoor geopteerd om, ongeacht de effectief door de inschrijvers voorgestelde termijnen voor de ontwikkeling van de modules, uit te gaan van een ontwikkelingstermijn voor de twee modules van 24 maanden, waarbij in de ontwikkelingskosten de kosten voor “onderhoud en support 24 maand na release” inbegrepen moeten zijn, en ook uit te gaan van 36 maanden maandelijkse onderhoudskosten, dit zijn de drie jaren waarmee het contract verlengd kan worden (hypothese 2). Hierbij dient te worden opgemerkt dat die verlenging niet noodzakelijk zal plaatsvinden.

Zoals hiervoor is opgemerkt (overweging 19), verantwoordt de verwerende partij de parameters van 24 maanden ontwikkeling, inclusief 24 maanden onderhoud na de ingebruikname, en 36 maanden betalend onderhoud door haar bedoeling om een “objectief en eenduidig criterium” te hanteren, waarmee zij de offertes “op voet van gelijkheid” met elkaar kan vergelijken. Net zoals de kostprijs per maand een objectieve en voor de inschrijvers gelijke maatstaf zou zijn voor de vaststelling van de kost die zij voor onderhoud en support aanrekenen, zo is dat ook het geval met de totale kostprijs voor een periode van 36 maanden. Aan de keuze voor een dergelijke periode lijkt aldus op zich niet te kunnen worden verweten dat ze onredelijk zou zijn.

Op het eerste gezicht lijkt er ook geen schending te zijn van het gelijkheidsbeginsel, gehuldigd in onder meer artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016.

22. De verzoekende partij voert evenwel aan dat het bestek, door geen specifieke of maximumtermijn voor de ingebruikname van de software op te leggen en door te voorzien in het aanrekenen van de onderhoudskosten na afloop van de termijn voor ontwikkeling, gevolgd door de waarborgtermijn van 24 maanden, de inschrijvers dwong om een afweging te maken tussen een snelle ontwikkeling en ingebruikname van de software (waardoor de onderhoudskosten meer zouden doorwegen in de totale offerteprijs, hetgeen een reden zou kunnen zijn om de onderhoudsprijs relatief laag te houden) of een ontwikkeling op een langere termijn (waardoor de onderhoudskosten minder zouden doorwegen in de totale offerteprijs). Het gehanteerde prijscriterium, meer specifiek de gelijkschakeling op 36 maanden, zou de impact van de aangeboden maandelijkse eenheidsprijs voor het onderhoud op de totale offerteprijs neutraliseren. Dit zou dan resulteren in een bevoordeling van inschrijvers met een hoge onderhoudsprijs, zoals de gekozen inschrijver, en dus finaal in de keuze voor een offerte die niet noodzakelijk de economisch meest voordelige is.

De verwerende partij lijkt hierop evenwel terecht te antwoorden dat het bestek een duidelijk onderscheid maakt tussen het criterium ‘Prijs’ en het subcriterium ‘Timing en parallellisatie’ van het criterium ‘Kwaliteit van de vooropgestelde oplossing voor de algemene vereisten’, en dat een gunstige beoordeling op het subcriterium ‘Timing en parallellisatie’ niet leidt tot een minder gunstige score op het criterium ‘Prijs’, of omgekeerd.

Met de verwerende partij lijkt dan ook aangenomen te kunnen worden dat de “afweging” waarover de verzoekende partij het heeft, een afweging is die zij zelf gemaakt heeft, maar die niet het noodzakelijke gevolg was van het bestek.

Er lijkt bijgevolg geen sprake te zijn van een “neutralisering” van hogere onderhoudskosten, ten nadele van de verzoekende partij.

23. Er blijft nog de grief te onderzoeken dat de verwerende partij, door een “eenvormige” periode van 36 maanden in aanmerking te nemen voor de berekening van de onderhoudskosten, de opdracht niet zou hebben gegund aan de economisch meest voordelige offerte, zoals voorgeschreven bij artikel 81, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016.

Te dezen heeft de verwerende partij in het bestek bepaald dat de offertes beoordeeld zouden worden op basis van criteria in verband met de prijs, daarin begrepen de aan te rekenen maandelijkse onderhoudskosten (na ontwikkeling), buiten de waarborgtermijn van 24 maanden, en met de kwaliteit van de te leveren dienst.

De verzoekende partij lijkt ervan uit te gaan dat, indien te dezen voor de beoordeling van het prijscriterium maandelijkse kosten in rekening gebracht worden voor een periode die korter blijkt dan de periode waarin die kosten in werkelijkheid, tijdens de uitvoering van de opdracht, aangerekend zullen worden, die kosten onvoldoende zwaar doorwegen in de quotering op het prijscriterium. Aldus zou het niet mogelijk zijn om de economisch meest voordelige offerte aan te wijzen.

De verzoekende partij lijkt hierbij echter uit het oog te verliezen dat, op het ogenblik dat de gunningscriteria in het bestek worden vastgesteld, er nog geen zekerheid is over de tijd die de inschrijvers nodig zullen hebben voor de ontwikkeling van de modules, en dus ook niet over het aantal maanden dat zij vanaf de ingebruikname onderhoudskosten zullen kunnen aanrekenen. Het is op dat ogenblik ook nog niet zeker of de duur van de opdracht beperkt zal blijven tot 48 maanden, dan wel of die verlengd zal worden tot 84 maanden. Om bij de prijsvergelijking rekening te kunnen houden met de prijs van het onderhoud en de ondersteuning van de modules na de ontwikkeling ervan, wat ook behoort tot het voorwerp van de opdracht (zie punt A.5 van het bestek), is de verwerende partij te dezen in het bestek uitgegaan van een vermoedelijke periode van 36 maanden betalend onderhoud en support na oplevering. Zoals hiervoor al is opgemerkt, heeft zij aldus geopteerd voor een objectieve en voor elke inschrijver gelijke periode (zie overweging 21).

Dat de verwerende partij een andere periode had kunnen vaststellen, betekent niet dat de in het bestek bepaalde periode de grenzen van haar beoordelingsruimte te buiten gaat.

Het loutere feit dat de aldus vastgestelde periode van 36 maanden niet noodzakelijk zal overeenstemmen, en zelfs waarschijnlijk niet zal overeenstemmen, met de werkelijke periode gedurende welke maandelijkse onderhoudskosten aangerekend zullen worden, betekent niet dat het gekozen prijscriterium niet toelaat de economisch meest voordelige offerte te kiezen,.

Artikel 81 van de wet overheidsopdrachten 2016 lijkt dan ook niet geschonden te zijn.

24. De verzoekende partij voert aan, ten derde, dat in de gunningsbeslissing niet formeel gemotiveerd wordt waarom de verwerende partij uitgaat van een ingebruikname van de modules 24 maanden na de start van de opdracht. De verwerende partij zou ook onzorgvuldig gehandeld hebben door bij de beoordeling van de offertes abstractie te maken van de werkelijke onderhoudskosten.

Zoals uit het voorgaande blijkt, wordt voorshands aangenomen dat de verwerende partij de bepalingen van het bestek, geïnterpreteerd in de hiervoor besproken zin (overweging 14), eenvoudig heeft toegepast. In die omstandigheden kan moeilijk aangenomen worden dat zij bijkomend diende te motiveren waarom zij dat zo heeft gedaan. Evenmin lijkt haar verweten te kunnen worden onzorgvuldig te hebben gehandeld.

25. Gelet op het voorgaande is het middel, daargelaten of het ontvankelijk is, in elk geval niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

26. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4 en 14 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 42 en 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de formele- en materiëlemotiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

In een eerste onderdeel voert zij in essentie aan dat de verwerende partij het e-Tenderingplatform weliswaar heeft gebruikt voor het opvragen van de eerste offertes, maar dat zij de inschrijvers vervolgens heeft gevraagd een BAFO in te dienen per e-mail. Aldus heeft de verwerende partij de verplichting tot het gebruik van het e-Tenderingplatform, zoals deze voortvloeit uit artikel 14, §§ 1 en 7, van de wet overheidsopdrachten 2016, miskend.

In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat, doordat het e-Tenderingplatform niet is gebruikt voor het indienen van de BAFO's, de opdracht is gegund op basis van finale offertes die niet overeenkomstig artikel 42, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 globaal werden ondertekend met een gekwalificeerde elektronische handtekening op het indieningsrapport. De door de verwerende partij vooropgestelde wijze van indiening, met een e-mail, maakt een dergelijke ondertekening immers onmogelijk. Alleszins is het niet duidelijk of en in welke mate de BAFO van de gekozen inschrijver correct werd ondertekend.

27. In de toelichting bij het eerste onderdeel wijst de verzoekende partij erop dat de verwerende partij de inschrijvers op 1 maart 2023 heeft uitgenodigd om hun BAFO te bezorgen op een welbepaald e-mailadres.

Voorts verklaart zij haar belang bij dit onderdeel door erop te wijzen dat, doordat de BAFO's ingediend werden per e-mail, zij onmogelijk kan "verifiëren of beide inschrijvers dezelfde informatie hebben verkregen (onder meer over de beoordeling van het gunningscriterium 'prijs') voorafgaand aan indiening van de BAFO. Daarnaast is het voor de verzoekende partij niet duidelijk of de gekozen inschrijver even veel (of beter: even weinig) tijd kreeg om een BAFO voor te bereiden en in te dienen".

Ten slotte staat het volgens de verzoekende partij ook vast dat de verwerende partij noch in de bestreden beslissing, noch elders motiveert “waarom zij van mening zou zijn dat de BAFO’s niet via e-Tendering moesten worden ingediend”. In elk geval bestaat er voor het indienen van de BAFO’s per e-mail geen aanwijsbare reden of pertinent of draagkrachtig motief.

28. In de toelichting bij het tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij, door de inschrijvers op te dragen om hun BAFO met een e-mail in te dienen, die inschrijvers niet in de mogelijkheid heeft gesteld om de BAFO te ondertekenen in overeenstemming met de vereisten van artikel 42 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Volgens die bepaling moeten minstens de initiële offerte en de definitieve offerte worden ondertekend aan de hand van een elektronische, gekwalificeerde handtekening, geplaatst op het indieningsrapport in e-Tendering.

Zij verantwoordt haar belang bij dit onderdeel door erop te wijzen dat de vaststelling dat de BAFO’s niet overeenkomstig artikel 42 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 zijn ondertekend, betekent dat beide offertes met toepassing van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 substantieel onregelmatig moesten worden verklaard. Een heraanbesteding of minstens een herneming van de opdracht vóór het indienen van de BAFO zou zich dan opdringen. In beide gevallen zou de verzoekende partij een nieuwe kans op gunning van de opdracht krijgen.

Beoordeling

Eerste onderdeel

29. Artikel 14, §§ 1-3 en 7, van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt als volgt:

> “§ 1. De communicatie en de informatie-uitwisseling tussen de aanbesteder en de ondernemers, met inbegrip van de in paragraaf 7 bedoelde elektronische indiening en ontvangst van de offertes dient, in alle fasen van de plaatsingsprocedure plaats te vinden met behulp van

elektronische communicatiemiddelen, tenzij in de in paragrafen 2 tot 4 bedoelde gevallen.
Onverminderd paragraaf 5, moeten de voor communicatie langs elektronische weg te gebruiken instrumenten en middelen en de technische kenmerken daarvan niet-discriminerend en algemeen beschikbaar zijn alsmede interoperabel met algemeen gebruikte ICT en mogen de toegang van ondernemers tot de plaatsingsprocedure niet beperken.
§ 2. Niettegenstaande paragraaf 1, eerste lid, is de aanbesteder niet verplicht het gebruik van elektronische communicatiemiddelen voor te schrijven :
1° wanneer wegens de gespecialiseerde aard van de overheidsopdracht, voor het gebruik van elektronische communicatiemiddelen niet algemeen beschikbare gespecialiseerde instrumenten, middelen of bestandsformaten nodig zijn of wanneer de benodigde instrumenten, middelen of bestandsformaten niet ondersteund worden door algemeen beschikbare toepassingen;
2° wanneer de applicaties voor ondersteuning van de bestandformaten die geschikt zijn voor de omschrijving van de offertes bestandsformaten gebruiken die niet door andere open of algemeen beschikbare toepassingen kunnen worden verwerkt, of onderworpen zijn aan een eigendomsgebonden licentieregeling en niet door de aanbesteder als downloads of gebruik op afstand beschikbaar kunnen worden gesteld;
3° wanneer voor het gebruik van elektronische communicatiemiddelen gespecialiseerde kantoorapparatuur nodig is waarover de aanbesteders doorgaans niet beschikken;
4° wanneer voor de opdrachtdocumenten de indiening is vereist van fysieke of schaalmodellen die niet langs elektronische weg kunnen worden verzonden;
5° wanneer het een overheidsopdracht betreft die wordt geplaatst door middel van onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking of oproep tot mededinging en waarvan de geraamde waarde lager is dan de drempel voor de Europese bekendmaking.
De aanbesteder die, omwille van een in het eerste lid, 1° tot 4°, vermelde reden, het gebruik van andere dan elektronische communicatiemiddelen vereist of toelaat, geeft hiervan de redenen op in de in het artikel 164, §§ 1 en 2, bedoelde informatie.
Mededelingen waarvoor op grond van deze paragraaf geen elektronische communicatiemiddelen worden gebruikt, gebeuren per post of via een andere geschikte vervoerder, dan wel door een combinatie van post of een andere geschikte vervoerder enerzijds en elektronische communicatiemiddelen anderzijds.
§ 3. Niettegenstaande paragraaf 1, eerste lid, is de aanbesteder niet verplicht het gebruik van elektronische communicatiemiddelen voor te schrijven, voor zover het gebruik van andere dan elektronische communicatiemiddelen nodig is, hetzij vanwege een inbreuk op de beveiliging van die elektronische communicatiemiddelen, hetzij voor de bescherming van de bijzonder gevoelige aard van de informatie waarvoor

een dermate hoog beschermingsniveau nodig is dat dit niveau niet afdoende kan worden verzekerd via elektronische instrumenten en middelen die algemeen beschikbaar zijn voor de ondernemers of hun via alternatieve toegangsmiddelen in de zin van paragraaf 5 ter beschikking kunnen worden gesteld.

Een aanbesteder die, omwille van de in het eerste lid vermelde reden, het gebruik van andere dan elektronische communicatiemiddelen vereist of toelaat, geeft hiervan de redenen op in de in het artikel 164, §§ 1 en 2, bedoelde informatie.

[…]

§ 7. De gebruikte instrumenten en middelen voor de elektronische ontvangst van offertes, aanvragen tot deelneming en plannen en ontwerpen bij prijsvragen, hierna de 'elektronische platformen' genoemd, moeten door passende technische voorzieningen en procedures ten minste de waarborg bieden dat :

1° het exacte tijdstip en de exacte datum van ontvangst van de offertes, van de aanvragen tot deelneming, van de overlegging van de plannen en ontwerpen precies kunnen worden vastgesteld;

2° redelijkerwijs kan worden verzekerd dat niemand vóór de opgegeven uiterste data toegang kan hebben tot de op grond van onderhavige eisen verstrekte informatie;

3° alleen de gemachtigde personen de data voor openbaarmaking van de ontvangen gegevens kunnen vaststellen of wijzigen;

4° tijdens de verschillende fasen van de plaatsing, de uitvoering of van de prijsvraag alleen de gemachtigde personen toegang hebben tot de verstrekte gegevens of tot een gedeelte daarvan;

5° alleen de gemachtigde personen toegang tot de verstrekte gegevens kunnen geven, en dit slechts na de opgegeven datum;

6° de met toepassing van de onderhavige eisen ontvangen en geopende gegevens slechts toegankelijk blijven voor de tot inzage gemachtigde personen;

7° bij een inbreuk op de bepalingen onder 2°, 3°, 4°, 5° of 6° bedoelde toegangsverboden of -voorwaarden, of een poging daartoe, redelijkerwijs kan worden gewaarborgd dat de inbreuk of de poging daartoe zonder problemen kan worden opgespoord.

De belanghebbende partijen moeten bovendien kunnen beschikken over gegevens betreffende de specificaties voor de elektronische indiening van offertes en aanvragen tot deelneming, inclusief encryptie en tijdstempeldiensten.

Deze paragraaf is niet van toepassing in de gevallen bedoeld in de paragrafen 2 en 3.

De Koning bepaalt de nadere bijkomende materiële en procedurele regels die van toepassing zijn op de elektronische platformen, met inbegrip van de vereiste veiligheidsniveaus voor het gebruik van de elektronische communicatiemiddelen die in de verschillende fasen van de specifieke plaatsingsprocedure worden gebruikt. Dit niveau moet in verhouding staan tot de risico's."

30. De verwerende partij voert in hoofdorde aan dat uit artikel 14, § 7, van de wet overheidsopdrachten 2016 geen verplichting voortvloeit om voor de indiening van BAFO's gebruik te maken van een "elektronisch platform" als e-Tendering. Artikel 14, § 1, zou immers toelaten om voor elke communicatie en informatie-uitwisseling tussen de aanbestedende overheid en ondernemers, met inbegrip van de indiening van een BAFO, gebruik te maken van "elektronische communicatiemiddelen", waartoe onder meer communicatie via e-mails behoort. In elk geval heeft artikel 14, § 7, het enkel over de elektronische ontvangst van "offertes", waarmee enkel de initiële offertes zouden zijn bedoeld, en niet de BAFO's.

De Raad van State is op het eerste gezicht niet overtuigd door dit betoog over de interpretatie van deze bepaling. Artikel 14, § 1, lijkt een algemene draagwijdte te hebben, en vereisten op te leggen voor alle elektronische communicatiemiddelen, met inbegrip van die welke in paragraaf 7 zijn bedoeld. Artikel 14, § 7, lijkt daarnaast "specifieke verplichtingen" te bevatten voor de indiening en de ontvangst van offertes (zie memorie van toelichting bij het ontwerp dat geleid heeft tot de wet overheidsopdrachten 2016, *Parl.St.* Kamer 2015-2016, nr. 54-1541/001, 35-36).

Die lezing lijkt bevestigd te worden door artikel 22, lid 6, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, waarvan artikel 14 van de wet overheidsopdrachten 2016 de omzetting vormt. Volgens dat artikel 22, lid 6, dat overeenstemt met artikel 14, § 7, van de wet, "zijn de volgende regels van toepassing op instrumenten en middelen voor elektronische toezending en ontvangst van inschrijvingen […]". Die bepaling lijkt in dwingende termen te zijn gesteld ("zijn […] van toepassing").

Artikel 14, § 7, van de wet maakt voorts geen onderscheid tussen initiële offertes en latere offertes.

Volledigheidshalve moet nog opgemerkt worden dat artikel 14, § 7, tweede lid, wel voorziet in uitzonderingen op de in die paragraaf

bedoelde verplichtingen, maar dat geen van die uitzonderingen van toepassing is op de voorliggende opdracht.

Aldus lijkt, op het eerste gezicht, het gebruik van het platform e-Tendering te dezen wel verplicht geweest te zijn, niet enkel voor de indiening van de initiële offertes, maar ook voor de indiening van de BAFO's.

De Raad van State acht het evenwel niet nodig om dieper op deze kwestie in te gaan, nu het onderdeel in elk geval om de hierna ontwikkelde redenen niet ernstig is.

31. De verwerende partij werpt subsidiair op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar grief.

In dit verband herinnert de Raad van State vooreerst aan de context waarin de uitnodiging tot het indienen van BAFO's via e-mail plaatsvond.

Toen de verwerende partij in haar e-mail van 1 maart 2023 de inschrijvers uitnodigde om hun BAFO via e-mail in te dienen, maakte zij toepassing van een uitzondering bepaald in punt A.12 van het bestek. Volgens die bepaling mogen de offertes alleen ingediend worden via e-Tendering, en "noch per e-mail, noch op papier", maar geldt dit laatste verbod "met uitzondering van de BAFO". Het e-mailadres waarnaar de BAFO's gestuurd moesten worden, was het adres dat ook vermeld is in punt A.13 van het bestek. Volgens die bepaling kan de verwerende partij tijdens de onderhandelingsfase aangeven dat bepaalde communicatie via e-mail dient te verlopen.

Ingaand op de uitnodiging van de verwerende partij hebben zowel de gekozen inschrijver als de verzoekende partij vervolgens via e-mail hun BAFO ingediend.

De verzoekende partij heeft geen bezwaar gemaakt tegen de uitzondering bepaald in punt A.12 van het bestek. Zij heeft evenmin bezwaar gemaakt tegen de toepassing die daarvan gemaakt werd in de uitnodiging van

1 maart 2023. Zij ontwikkelt haar kritiek op het gebruik van e-mails voor het eerst in haar verzoekschrift.

Nu de verzoekende partij zelf gebruikgemaakt heeft van de mogelijkheid om een BAFO via e-mail in te dienen, valt op het eerste gezicht moeilijk in te zien welk belang zij zou kunnen doen gelden bij een grief tegen het feit dat dergelijke mogelijkheid werd geboden.

32. De verzoekende partij situeert haar belang in de eventualiteit dat zij benadeeld zou kunnen zijn door de werkwijze van de verwerende partij. Zij zou met name niet kunnen nagaan of beide inschrijvers dezelfde informatie hebben verkregen voorafgaand aan de indiening van hun BAFO, en of beide inschrijvers evenveel tijd hebben gekregen om een BAFO voor te bereiden en in te dienen. Uit het administratief dossier blijkt echter dat de vrees van de verzoekende partij feitelijke grondslag mist. Zowel de verzoekende partij als de gekozen inschrijver hebben een e-mailbericht ontvangen op 1 maart 2023, respectievelijk om 10.25 uur en 13.35 uur, waarin zij worden uitgenodigd om per e-mail een finale offerte te bezorgen, uiterlijk op 8 maart 2023, respectievelijk om 10.00 uur en 13.30 uur. Uit beide e-mails blijkt, op het eerste gezicht, dat beide inschrijvers dezelfde toelichting hebben ontvangen in verband met het prijselement van de onderhoudskosten.

Voor het overige stelt de Raad van State vast dat de wijze van indienen van de BAFO's geen invloed lijkt te hebben kunnen uitoefenen op de beoordeling van de offertes.

Aldus lijkt de in het onderdeel bekritiseerde onregelmatigheid aan de verzoekende partij geen waarborg te hebben ontnomen, noch een invloed te hebben kunnen uitoefenen op de draagwijdte van de bestreden beslissing. Met toepassing van artikel 14, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State lijkt die onregelmatigheid dan ook niet te kunnen leiden tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing. Evenmin lijkt zij dan te kunnen leiden tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van die beslissing.

33. Uit het voorgaande volgt dat het onderdeel niet ontvankelijk lijkt bij gebrek aan belang. Het is dan ook niet ernstig.

Tweede onderdeel

34. De artikelen 41 tot 43 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luiden als volgt:

> "Art. 41. Dit hoofdstuk bevat de regels inzake de elektronische handtekeningen en de communicatiemiddelen en is van toepassing bij alle plaatsingsprocedures waarbij gebruik wordt gemaakt van de in artikel 14, § 7, van de wet bedoelde elektronische platformen.
> Art. 42. § 1. […]
> § 2. In het kader van een niet-openbare procedure, een mededingingsprocedure met onderhandeling, een concurrentiegerichte dialoog en een innovatiepartnerschap, is de individuele handtekening van de kandidaat, wat betreft de aanvraag tot deelneming, niet vereist. Dit is evenmin het geval, wanneer dit voorgelegd moet worden, voor het UEA. Beide voormelde documenten kunnen niettemin, op het ogenblik van het opladen op het elektronisch platform bedoeld in artikel 14, § 7, van de wet, op een globale manier getekend worden op het indieningsrapport dat samen gaat met de aanvraag tot deelneming. Als de ondernemer van deze mogelijkheid geen gebruik maakt, moet het UEA, wanneer dit voorgelegd moet worden, opnieuw worden bijgevoegd en globaal ondertekend naar aanleiding van het in het tweede lid bedoelde indieningsrapport.
> Wanneer in een volgende fase offertes en hun bijlagen worden ingediend in één van de in het eerste lid bedoelde procedures, wordt evenmin een individuele handtekening vereist op het ogenblik van het opladen op het elektronisch platform bedoeld in artikel 14, § 7, van de wet. Deze documenten worden op een globale manier getekend op het erbij horende indieningsrapport.
> In het kader van de mededingingsprocedure met onderhandeling en het innovatiepartnerschap, moeten evenwel alleen de indieningsrapporten die betrekking hebben op de initiële offerte en de definitieve offerte ondertekend zijn.
> § 3. […].
> Art. 43. § 1. Behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten, moet het in artikel 42 bedoelde indieningsrapport ondertekend worden door middel van een gekwalificeerde elektronische handtekening.
> §§ 2-3. […]"

35. Zoals de verwerende partij terecht benadrukt, is artikel 42 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, ingevolge artikel 41 van datzelfde besluit,

slechts van toepassing “bij alle plaatsingsprocedures waarbij gebruik wordt gemaakt van de in artikel 14, § 7, van de wet bedoelde elektronische platformen”. Het vereiste in verband met de globale ondertekening op het indieningsrapport (artikel 42), net zoals het vereiste in verband met de gekwalificeerde elektronische handtekening (artikel 43), geldt dus enkel wanneer gebruikgemaakt wordt van een elektronisch platform.

Voor de indiening van de BAFO’s werd te dezen geen gebruik gemaakt van een elektronisch platform, maar werd er gecommuniceerd via e-mail. Zoals de verzoekende partij aanvoert, volgt uit de aard van de zaak dat bij een dergelijke communicatie geen ondertekening mogelijk is die beantwoordt aan de vereisten van de artikelen 42 en 43.

Hiervoor werd evenwel geoordeeld dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar grief dat de communicatie via e-mail onrechtmatig zou zijn (overwegingen 31-32). Om dezelfde redenen lijkt zij evenmin belang te hebben bij haar grief dat de definitieve offertes niet werden ondertekend door middel van een elektronische, gekwalificeerde handtekening, geplaatst op een indieningsrapport in e-Tendering.

36. In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat de bestreden beslissing niet formeel motiveert of en in welke mate de BAFO van de gekozen inschrijver is ondertekend door de juiste persoon, en of en in welke mate dit gegeven is onderzocht, lijkt deze kritiek feitelijke grondslag te missen.

Zo vermeldt de bestreden beslissing onder het opschrift ‘Administratief onderzoek van de offertes’, in verband met de initiële offertes, dat de geldigheid van de handtekeningen werd onderzocht. Daarbij werd onder meer vastgesteld dat de persoon die het indieningsrapport namens de gekozen inschrijver heeft ondertekend, daartoe de vertegenwoordigingsbevoegdheid had. Onder het opschrift ‘Analyse van de regelmatigheid van de offertes’ vermeldt de bestreden beslissing dat de regelmatigheid van de offertes werd onderzocht en dat geen onregelmatigheid werd vastgesteld.

Zowel de BAFO van de gekozen inschrijver als die van de verzoekende partij, die via e-mail ingediend werden, blijken digitaal ondertekend

te zijn. De persoon die voor de gekozen inschrijver de BAFO heeft ondertekend, blijkt dezelfde te zijn als degene die de initiële offerte heeft ondertekend. Zoals hierboven opgemerkt, werd voor die persoon het bewijs van zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid neergelegd.

Aldus lijkt de BAFO van de gekozen inschrijver wel degelijk ingediend te zijn door een daartoe bevoegd persoon. Nu er daarover geen probleem bleek te rijzen, moest die vaststelling niet het voorwerp uitmaken van een formele motivering in de bestreden beslissing.

37. Het onderdeel is niet ernstig.

VI. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Paul Lemmens, kamervoorzitter,
bijgestaan door
Greta Scheveneels, griffier.

De griffier	De voorzitter
Greta Scheveneels	**Paul Lemmens**