**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER**

**A R R E S T**

**nr. 257.133 van 25 juli 2023**
**in de zaak A. 239.497/XII-9388**

In zake: SUPERCOM LTD, vennootschap naar Israëlisch recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Maxime Vanderstraeten en Leana Derard
kantoor houdend te 1000 Brussel
Terhulpsesteenweg 120
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser, Hans Plancke, Daan Degrande en Gauthier Vlassenbroeck
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

ALLIED UNIVERSAL ELECTRONIC MONITORING INTERNATIONAL LTD, vennootschap naar Israëlisch recht (voorheen: ATTENTI ELECTRONIC MONITORING LTD)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Anthony Bochon
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 522, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van de vordering*

1. De vordering, ingesteld op 3 juli 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Vlaamse minister van Justitie en Handhaving, Omgeving, Energie en Toerisme van 16 juni 2023 om de “raamovereenkomst voor het verlenen van diensten die het

elektronisch toezicht van justitiabelen bewerkstelligen, inclusief het ter beschikking stellen van uitrustingen voor het elektronisch toezicht van justitiabelen en support ten aanzien van het Elektronisch Monitoring Systeem en de aangewende hardware en software aan ‘Attenti Electronic Monitoring Ltd’ te gunnen”.

*II. Verloop van de rechtspleging*

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 11 juli 2023 heeft de Allied Universal Electronic Monitoring International Ltd gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 juli 2023, om 11.00 uur.

Staatsraad Bruno Seutin heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Maxime Vanderstraeten en Leana Derard, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Barteld Schutysers, Gauthier Vlassenbroeck en Sophie-Charlotte Gysens, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Anthony Bochon, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

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

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

*III. Feiten*

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit voor een “raamovereenkomst voor het verlenen van diensten die het elektronisch toezicht van justitiabelen bewerkstelligen, inclusief het ter beschikking stellen van uitrustingen voor het elektronisch toezicht van justitiabelen en support ten aanzien van het Elektronisch Monitoring System en de aangewende hardware en software”. De opdracht wordt geplaatst met een concurrentiegerichte dialoog.

Het betreft een occasionele gezamenlijke opdracht namens en voor rekening van de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap. Het is de Vlaamse Gemeenschap die optreedt als aanbestedende overheid.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 19 november 2021 en in het Publicatieblad van de EU van 24 november 2021.

3.3. Er worden zes aanvragen tot deelneming ingediend. Vijf kandidaten worden geselecteerd en uitgenodigd voor een eerste dialoogfase. Na het afsluiten van de eerste dialoogfase beslist de verwerende partij op 24 mei 2022 om een tweede dialoogfase aan te vatten met drie overblijvende kandidaten, met name Attenti Electronic Monitoring Ltd, Buddi Ltd en SuperCom Ltd.

Na het afsluiten van de tweede dialoogfase worden deze drie kandidaten uitgenodigd om uiterlijk op 6 februari 2023 een offerte in te dienen aan de hand van de offerteleidraad die het uitvloeisel is van de dialoogfase.

De drie overblijvende kandidaten dienen elk een offerte in.

3.4. Op 17 mei 2023 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Wat het regelmatigheidsonderzoek betreft worden de drie offertes formeel regelmatig verklaard. Wat de materiële regelmatigheid betreft,

wordt er een rekenkundig nazicht verricht op de offertes, waarna de volgende totaalprijzen (btw niet inbegrepen) worden verkregen:

- Attenti Ltd 9.933.200,00 euro;
- SuperCom Ltd 17.066.752,97 euro;
- Buddi Ltd 22.389.045,00 euro.

Vervolgens gaat de verwerende partij over tot het prijzen- of kostenonderzoek. Uit het algemeen prijsonderzoek op basis van artikel 35 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘inzake de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: KB Plaatsing 2017) besluit zij dat ‘de prijzen die worden aangeboden aanvaardbaar en normaal zijn’ en er geen noodzaak is om een van de deelnemers te onderwerpen aan het bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen in de zin van artikel 36 KB Plaatsing 2017.

De drie offertes worden regelmatig bevonden en worden vervolgens getoetst aan de hand van de gunningscriteria. Die toetsing leidt tot de volgende samenvattende beoordelingstabel:

| | Score kost | Score kwaliteit | Totale Score |
|---|---|---|---|
| Attenti Ltd | 40 | 60 | 100 |
| Buddi Ltd | 0 | 59,27 | 59,27 |
| Supercom Ltd | 11,27 | 45,87 | 57,14 |

Er wordt vervolgens voorgesteld om de opdracht te gunnen aan Attenti Ltd.

3.5. Op 16 juni 2023 beslist de verwerende partij, verwijzend naar het gunningsverslag, om de opdracht te gunnen aan Attenti Ltd.

Dat is de bestreden beslissing.

3.6. Met een e-mail en een aangetekend schrijven van 16 juni 2023 geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij van de bestreden beslissing.

*IV. Tussenkomst*

4. Allied Universal Electronic Monitoring International Ltd blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

*V. Vertrouwelijkheid van de stukken*

5. Door alle partijen worden bepaalde stukken neergelegd als vertrouwelijk.

6. Er lijkt geen noodzaak te bestaan om niet in te gaan op de gevraagde vertrouwelijke behandeling van de betrokken stukken. In de huidige stand van het geding lijken er geen redenen te bestaan om de vertrouwelijkheid te lichten.

*VI. Schorsingsvoorwaarden*

7.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

7.2. *In casu* is evenwel ook 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: Wet Rechtsbescherming Overheidsopdrachten en Concessies) van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient *in casu* dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

*VII. Onderzoek van de middelen*

*A. Eerste middel*

*Uiteenzetting van het middel*

8. In haar eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 4, 66, 83 en 84 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: Wet Overheidsopdrachten 2016), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: “formelemotiveringswet”), artikel 5, 8º en 9º, Wet Rechtsbescherming Overheidsopdrachten en Concessies 2013, de artikelen 35, 36 en 76 KB Plaatsing 2017, de motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van niet-discriminatie en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

De verzoekende partij werkt het middel uit in twee middelonderdelen.

9.1. In een *eerste middelonderdeel* stelt de verzoekende partij dat de prijs aangeboden door de gekozen inschrijver – de tussenkomende partij –abnormaal laag, of op zijn minst schijnbaar abnormaal laag is en bijgevolg had moeten worden onderzocht overeenkomstig artikel 36 KB Plaatsing 2017.

In de toelichting bij het eerste middelonderdeel zet de verzoekende partij uiteen dat de prijs van de tussenkomende partij schijnbaar

abnormaal is, gelet op de raming en de prijzen van de andere inschrijvers, dat de verwerende partij het toepassingsgebied van artikel 36 KB Plaatsing 2017 heeft omzeild en kennelijke beoordelingsfouten heeft begaan. Zij levert een uitvoerige feitelijke kritiek op het algemeen prijsonderzoek zoals uiteengezet in het gunningsverslag en besluit dat de verwerende partij *in casu* minstens had moeten overgaan tot een bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen in de zin van artikel 36 KB Plaatsing 2017 op de offerte van de tussenkomende partij.

9.2. In een *tweede middelonderdeel* stelt de verzoekende partij dat de offerte van de tussenkomende partij niet voldoet aan de vereisten van de opdrachtdocumenten, minstens heeft de verwerende partij haar beslissing op dit punt niet afdoende gemotiveerd.

In de toelichting bij het tweede middelonderdeel zet de verzoekende partij uiteen dat uit het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij zelf twijfels had bij de conformiteit van de materialen die worden aangeboden door de tussenkomende partij, maar dit niet verder heeft onderzocht. Nochtans was er een verplichte demonstratie van het materiaal in het kader van de tweede dialoogfase, gelet op de twijfels die de verwerende partij formuleert in het gunningsverslag kan er enkel maar worden besloten dat ofwel geen demonstratie heeft plaatsgevonden, dan wel dat er een demonstratie is gebeurd door de tussenkomende partij met materiaal dat niet in de offerte wordt voorgesteld. In elk geval heeft de verwerende partij niet afdoende nagegaan of de offerte van de tussenkomende partij wel degelijk voldoet aan de vereisten van de opdrachtdocumenten. Wat de formelemotiveringsplicht betreft, kan het gunningsverslag, dat enkel ‘OK’ vermeldt wat betreft de conformiteit van het aangeboden materiaal, in elk geval niet volstaan.

*Beoordeling*

*a) Eerste middelonderdeel*

10. In het eerste middelonderdeel bekritiseert de verzoekende partij in essentie het prijs- en kostenonderzoek zoals dat werd uitgevoerd op de offerte van de gekozen inschrijver.

11. De regelgeving inzake overheidsopdrachten maakt een onderscheid tussen enerzijds het algemeen prijs- of kostenonderzoek dat de aanbestedende overheid in elk geval dient te voeren (artikel 35 KB Plaatsing 2017) en anderzijds een bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen (artikel 36 KB Plaatsing 2017), dat in beginsel enkel dient te worden gevoerd wanneer uit het algemeen prijs- of kostenonderzoek is gebleken dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken.

In het algemeen prijsonderzoek bedoeld in artikel 35 KB Plaatsing 2017, moet de aanbestedende overheid nagaan of de in de offertes aangeboden prijzen abnormaal lijken, met andere woorden of de ingediende offertes een aanwijzing bevatten dat deze abnormaal zouden kunnen zijn. Dat kan met name het geval zijn wanneer de in een offerte aangeboden prijs aanmerkelijk hoger of lager is dan de prijs van de andere offertes of dan de gebruikelijke marktprijs. In het kader van dit onderzoek kan de aanbestedende overheid, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, Wet Overheidsopdrachten 2016, de inschrijvers verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken. Indien de ingediende offertes geen aanwijzing van een abnormale prijs bevatten en de prijzen dus niet abnormaal hoog of laag lijken, mag de aanbestedende overheid doorgaan met de beoordeling van de inschrijvingen en de procedure tot gunning van de opdracht.

Indien daarentegen uit het prijsonderzoek overeenkomstig artikel 35 KB Plaatsing 2017 blijkt dat er prijzen worden aangeboden die wel abnormaal laag of hoog lijken, met andere woorden indien er wel aanwijzingen bestaan dat een offerte abnormaal hoog of laag zou kunnen zijn, moet de aanbestedende overheid met toepassing van artikel 36 KB Plaatsing 2017, die prijzen nader onderzoeken om zich ervan te vergewissen dat dit niet het geval is. Te dien einde moet zij de betrokken inschrijver overeenkomstig artikel 36, §§ 1 en 2, KB Plaatsing 2017 bevragen en hem de mogelijkheid bieden om uiteen te zetten waarom zijn prijzen volgens hem niet abnormaal hoog of laag zijn. Overeenkomstig artikel 36, § 3, KB Plaatsing 2017 moet de aanbestedende overheid de ontvangen verantwoordingen vervolgens beoordelen en bepalen of het betrokken totale offertebedrag of het bedrag van een of meer niet-verwaarloosbare

posten een abnormaal karakter vertoont, in welk geval zij de offerte moet weren omwille van de substantiële onregelmatigheid ervan.

Het doel van de regeling inzake de controle op abnormale prijzen is tweeledig. Enerzijds de bescherming van de aanbestedende dienst, door hem in staat te stellen zich ervan te vergewissen dat de door de inschrijvers geboden prijs het werkelijk mogelijk maakt om te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de opdrachtdocumenten en elke speculatie ten koste van de fundamentele belangen van de aanbestedende dienst en de overheidsgelden uit te sluiten. Anderzijds, de bescherming van de vereisten van een gezonde mededinging door te vermijden dat de aanbestedende dienst gedragingen zou goedkeuren die in strijd zijn met een gezonde mededinging en dat overheidsopdrachten uiteindelijk gegund zouden worden aan inschrijvers die spotprijzen hebben ingediend en die daardoor het normale spel van de mededinging hebben verstoord.

12.1. Uit de opdrachtdocumenten blijkt dat het totaalbedrag van de opdracht door de verwerende partij zelf initieel werd geraamd op 68.000.000 euro, btw niet inbegrepen.

In het gunningsverslag wordt het ramingsbedrag eerst bijgesteld naar 54,55 miljoen euro, btw inbegrepen, en vervolgens naar 30.750.000 euro, btw inbegrepen.

Er werden uiteindelijk drie offertes ingediend, voor volgende totaalprijzen (btw niet inbegrepen) na rekenkundig nazicht:

- Attenti Ltd 09.933.200,00 euro;
- SuperCom Ltd 17.066.752,97 euro;
- Buddi Ltd 22.389.045,00 euro.

12.2. In het gunningsverslag wordt een zeer uitvoerig en op het eerste gezicht bijzonder grondig algemeen prijs- of kostenonderzoek op basis van artikel 35 KB Plaatsing 2017 uitgevoerd. Daaruit wordt besloten dat ‘de prijzen die worden aangeboden aanvaardbaar en normaal zijn’ en er geen noodzaak is om een van de deelnemers te onderwerpen aan het bijzonder onderzoek naar abnormale

prijzen in de zin van artikel 36 KB Plaatsing 2017. Dat besluit wordt in essentie als volgt gemotiveerd:

- de eigen keuzes van de inschrijvers inzake technologie en manufacturing;
- het beperkt aantal offertes en het kleine karakter van de markt voor diensten en producten inzake elektronisch toezicht;
- het verschil in eenmalige transitievergoeding;
- het verschil in jaarlijkse platformvergoeding en het verschil in eenheidsprijzen.

Deze motiveringselementen worden elk in het gunningsverslag uitvoerig toegelicht.

12.3. Een aanbestedende overheid beschikt bij het voeren van een algemeen prijsonderzoek in beginsel over een aanzienlijke beoordelingsruimte. Het komt de Raad van State niet toe om een eigen beoordeling in de plaats te stellen van deze van de aanbestedende overheid. De Raad van State mag desgevraagd wel nagaan of de motieven op grond waarvan de bestreden beslissing tot het besluit komt dat er geen sprake is van abnormale prijzen, in aanmerking mogen worden genomen, wat onder meer vereist dat deze naar behoren zijn bewezen en dat daarbij de appreciatie van de aanbestedende overheid de perken van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten gaat.

De beoordelingsruimte van de aanbestedende overheid lijkt des te ruimer in een plaatsingsprocedure waarin onderhandelingen met de inschrijvers plaatsvinden en nog meer zo wanneer het gaat om een opdracht met een belangrijke component intellectuele diensten – zoals *in casu* – die voor een inschrijver een ruimere marge bij de prijszetting lijken te bieden dan bijvoorbeeld bij een aanneming van werken.

Ook niet-cijfermatige gegevens mogen worden betrokken bij het algemeen prijsonderzoek, dat lijkt des te meer het geval indien dat onderzoek betrekking heeft op de totaalprijs.

De aanbestedende overheid blijkt *in casu* in het prijsonderzoek zowel algemene niet-cijfermatige elementen te hebben betrokken, als een

cijfermatige analyse te hebben uitgevoerd van de hoofdcomponenten van de prijzen van de inschrijvers.

In elk geval lijken er, op zicht van het gunningsverslag en de overige stukken van het administratief dossier, geen redenen voorhanden om *prima facie* te besluiten dat de aanbestedende overheid ten onrechte over het voeren van een afdoend algemeen prijs- of kostenonderzoek heen gestapt zou zijn of dat zij dat onderzoek herleid zou hebben tot een loutere formaliteit. Integendeel lijkt de aanbestedende overheid op het eerste gezicht een nauwgezette controle van alle bedragen van elke offerte en een onderlinge prijsvergelijking van alle eenheids- en totaalprijzen van alle offertes te hebben uitgevoerd en de perken van haar aanzienlijke beoordelingsruimte bij het voeren van het prijsonderzoek niet te hebben overschreden.

13.1. In haar verzoekschrift voert de verzoekende partij een uitvoerige kritiek op het prijsonderzoek, waarbij diverse kritieken worden herhaald en elkaar lijken te overlappen, dan weer het middelonderdeel een andere inslag lijkt te geven dan initieel aangevoerd als kritiek op het prijsonderzoek.

In het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan die veelheid aan kritieken door Raad van State enkel worden onderzocht zoals hij zich na een eerste lezing ervan als voor onmiddellijk begrip vatbaar aandient.

13.2. In de eerste plaats wijst de verzoekende partij op het aanzienlijke verschil tussen de raming en de prijs van de offerte van de gekozen inschrijver, alsook op het prijsverschil tussen de offertes onderling. Volgens haar dient dit op zich reeds te leiden tot het besluit van de kennelijke abnormaliteit van de totaalprijs van de offerte van de gekozen inschrijver.

Het feit dat alle offertes ruimschoots onder het bedrag van de diverse ramingen blijken te liggen, lijkt *prima facie* de raming als referentiepunt bij het prijsonderzoek te elimineren, veeleer dan te nopen tot het besluit dat de offerte van de verzoekende partij, als laagste van de drie offertes, hoe dan ook door een abnormale totaalprijs zou zijn aangetast.

Wat betreft de onderlinge verhouding tussen de totale offerteprijzen, kan er niet om de vaststelling heen worden gegaan dat de totaalprijs van de offerte van de gekozen inschrijver inderdaad beduidend lager is dan deze van de twee overige inschrijvers. Dat is een vaststelling die een normaal zorgvuldige aanbestedende overheid op het eerste gezicht tot enige voorzichtigheid dient aan te zetten bij het prijs- of kostenonderzoek en die haar ertoe moet leiden dat onderzoek met de vereiste zorgvuldigheid te voeren.

In dat verband dient erop te worden gewezen dat het enkele feit dat er prijsverschillen zijn vastgesteld, nog niet hoeft te betekenen dat er tussen de prijzen abnormaal lage of hoge prijzen zijn.

Het feit dat een inschrijver een offerte met een aanzienlijk lagere totaalprijs heeft ingediend dan de andere inschrijvers vormt inderdaad doorgaans een aanwijzing dat de totaalprijs wel eens abnormaal laag zou kunnen zijn, maar dat hoeft niet altijd zo te zijn. Het komt aan de aanbestedende overheid toe om dat te beoordelen, rekening houdend met de specifieke eigenheden van de betrokken opdracht.

Zoals reeds gesteld, lijkt de aanbestedende overheid *in casu* op het eerste gezicht een nauwgezet algemeen prijsonderzoek te hebben uitgevoerd, waarbij zij de perken van haar aanzienlijke beoordelingsruimte bij het voeren van dat prijsonderzoek niet lijkt te hebben overschreden.

Het loutere feit dat de offerte van de gekozen inschrijver de laagste is, lijkt aldus op zich genomen niet in te houden dat de verwerende partij had moeten besluiten tot de kennelijke abnormaliteit ervan, los van wat de uitkomst ook zou zijn van een algemeen prijsonderzoek.

13.3. Het standpunt dat de verwerende partij eigenlijk van oordeel was dat de totaalprijs van de gekozen inschrijver abnormaal laag was aangezien zij in het gunningsverslag een uitvoerig algemeen prijsonderzoek heeft verricht, is niet dienstig.

Zoals reeds gesteld, dient de aanbestedende overheid wanneer zij geconfronteerd wordt met een niet-onbelangrijk verschil in totaalprijzen tussen de ingediende offertes inderdaad een grondig algemeen prijsonderzoek te voeren, maar het loutere feit dat zij zulk grondig onderzoek heeft gevoerd, vormt op zich genomen geen indicatie van abnormaliteit. De uitkomst van een uitvoerig algemeen prijsonderzoek mag wel degelijk zijn dat er geen kennelijke abnormaliteit voorhanden is en zulks houdt op het eerste gezicht geen omzeilen van het toepassingsgebied van artikel 36 KB Plaatsing 2017 in.

13.4. De verzoekende partij verwerpt de verwijzing in het gunningsverslag naar de eigen keuzes van de inschrijvers inzake technologie en manufacturing als een stijlformule.

Evenwel is het zo dat ook niet-cijfermatige gegevens door de aanbestedende overheid mogen worden betrokken bij het algemeen prijsonderzoek.

De verzoekende partij lijkt niet te kunnen worden bijgevallen waar zij het gunningsverslag op dit punt wil wegzetten als een stijlformule. In het gunningsverslag wordt de algemene vaststelling inzake de keuzes van de inschrijvers inzake technologie en productie immers vervolgens nader onderbouwd, in het bijzonder wat de offerte van de gekozen inschrijver betreft, met een onderzoek naar zijn eenheidsprijzen, waarbij de aangehaalde elementen *in concreto* worden onderzocht.

De argumenten tot het tegendeel die de verzoekende partij in haar verzoekschrift aanvoert, overtuigen op het eerste gezicht niet van het tegendeel.

Dat de ontwikkeling van technologieën inzake elektronisch toezicht voor elke producent gelijkaardige kosten met zich zou meebrengen zodat hun marge inzake prijszetting beperkt is, is een loutere bewering die niet nader wordt onderbouwd. Er valt op het eerste gezicht alleszins niet uit te sluiten dat innovatie een aanzienlijk kostendrukkend effect kan hebben.

Dat opdrachten voor elektronisch toezicht doorgaans onderworpen zijn aan strenge reglementaire kaders in diverse landen, waarbij de inschrijvers zich moeten houden aan strenge vereisten en veeleisende opdrachtdocumenten en zij dus weinig marge inzake prijszetting hebben, is een weinig doeltreffend argument dat op het eerste gezicht niets zegt over het al dan niet afdoende karakter van het gevoerde prijsonderzoek.

Dat de verzoekende partij en de gekozen inschrijver allebei in Israël gevestigd zijn en dus allebei opereren onder gelijkaardige lokale omstandigheden en kosten, zodat hun kostenstructuur gelijkaardig zou moeten zijn, is evenmin doeltreffend. Dit gegeven lijkt alleszins op het eerste gezicht een verschil in prijszetting niet uit te sluiten. Overigens blijkt de gekozen inschrijver de te leveren producten niet in Israël te produceren.

13.5. In weerwil van wat de verzoekende partij opwerpt in haar verzoekschrift, lijkt het feit dat er slechts drie offertes werden ingediend voor de opdracht een element dat in aanmerking mag worden genomen door de aanbestedende overheid bij het algemeen prijsonderzoek om te besluiten dat het niet evident is om een lijn te trekken in de aangeboden prijzen en te besluiten tot de *prima facie* abnormaliteit van de laagste van de drie.

Ook de verwijzing naar het geringe aantal opdrachten dat wordt geplaatst voor diensten en leveringen inzake elektronisch toezicht, lijkt op zich genomen geen onrechtmatig motief. De kritiek tot het tegendeel in het verzoekschrift lijkt daarentegen de geldigheid van dat motief te bevestigen, nu de verzoekende partij kennelijk zelf in de periode 2019-2022 (vier jaar) slechts zes gelijkaardige opdrachten heeft kunnen terugvinden in het Publicatieblad van de EU.

Dat lijkt *prima facie* veeleer de stelling in het gunningsverslag te bevestigen dat het niet evident is voor de aanbestedende overheid om te vergelijken met gelijkaardige opdrachten in het buitenland.

13.6. Wat de eenmalige vergoeding voor de transitieperiode betreft, lijkt het op het eerste gezicht een geldig en niet onnuttig motief dat het feit dat de

gekozen inschrijver de huidig opdrachtnemer is, hem toelaat een lagere transitievergoeding aan te rekenen. De opmerking van de verzoekende partij dat de lagere transitievergoeding op zich het prijsverschil niet verklaart, is niet dienstig. Immers dient dat motief te worden gelezen in het licht van het geheel van het prijsonderzoek en niet als een geïsoleerd motief.

13.7. In verband met de kritiek van de verzoekende partij op de vaststelling in het gunningsverslag dat het prijsverschil zich vooral situeert in de eenheidsprijs voor het toezichtmiddel ‘RF interactief’ kan op het volgende worden gewezen.

Wat betreft de vaststelling dat de gekozen inschrijver nieuwe technologie heeft ontwikkeld die kostenverlagend is, blijft het verzoekschrift beperkt tot vage kritieken die veeleer suggereren dan dat zij doeltreffend zijn. Alleszins lijkt het feit dat er nieuwe technologie wordt aangeboden door de gekozen inschrijver niet in te houden dat diens aanbod daardoor *ipso facto* duurder zou moeten uitvallen, zoals de verzoekende partij beweert.

Wat de vaststelling betreft dat de gekozen inschrijver heeft geïnvesteerd in het opstarten van productielijnen in een land met lage arbeidskosten, wat door de verzoekende partij wordt afgedaan als een kostennadeel veeleer dan een kostenvoordeel, lijkt die kritiek evenmin doeltreffend. Het betreft daarentegen op het eerste gezicht een element dat mee het prijsverschil kan verklaren. Het standpunt in het verzoekschrift dat de verzoekende partij in ondergeschikte orde ook een beroep zou doen op productie in een land met lage loonkosten, in zoverre de huidige productie in Israël door de verzoekende partij niet zou volstaan om te voldoen aan de vraag naar de betrokken apparatuur, bevestigt veeleer het verschil in huidige productiekosten tussen de verzoekende partij en de gekozen inschrijver als verklarende factor, veeleer dan dat het deze vaststelling in het gunningsverslag zou ondermijnen.

Wat de betere schaalbaarheid van het platform van de gekozen inschrijver betreft, doet de verzoekende partij gelden dat zij op dit punt ook een met de opdrachtdocumenten conforme oplossing heeft aangeboden, zodat dit punt op zich het prijsverschil tussen de offertes niet kan verklaren. Het feit evenwel dat

een inschrijver op een bepaald punt een bestekconforme oplossing heeft voorgesteld, lijkt op zich niet uit te sluiten dat een andere inschrijver een betere of goedkopere oplossing kan hebben ontwikkeld en aangeboden. Voor het overige dient ook dit deelmotief te worden gelezen in het licht van het geheel van de motivering.

Wat betreft de vaststelling in het gunningsverslag inzake de lokale partner van de gekozen inschrijver en de hoge kostenefficiëntie in hun bestaande samenwerking, ook dat lijkt op het eerste gezicht een motief dat geldig in aanmerking kan worden genomen om mee het verschil te verklaren. Het betoog tot het tegendeel – de lokale partner is onderworpen aan Belgische kostenstructuur en loonkosten – overtuigt niet van de onrechtmatigheid van dit motief.

13.8. Vervolgens bekritiseert de verzoekende partij in het verzoekschrift de werkwijze in het gunningsverslag waarbij de prijzen voor de jaarlijkse platformvergoeding en de eenheidsprijzen voor elf toezichtmiddelen zijn vergeleken. Volgens haar had de prijs van de jaarlijkse platformvergoeding niet mogen worden geïntegreerd in de eenheidsprijzen. Zij trekt dan ook haar eigen platformvergoeding af van de bedragen die in het gunningsverslag worden gehanteerd – zij gaat ervan uit dat haar eigen platformvergoeding richtinggevend is voor deze van de twee overige inschrijvers – om te besluiten dat de gekozen inschrijver eigenlijk zelfs negatieve eenheidsprijzen zou hebben opgegeven in zijn offerte voor de toezichtmiddelen RF basic en RF interactief.

Bij die kritiek blijkt de verzoekende partij evenwel uit het oog te verliezen dat haar eigen platformvergoeding bezwaarlijk kan worden gehanteerd als maatstaf om de wettigheid van het prijsonderzoek te beoordelen. De opdracht-documenten lieten inderdaad de keuze aan de inschrijvers om de platform-vergoeding apart aan te rekenen dan wel te ‘ventileren’ in hun eenheidsprijzen.

De aanbestedende overheid lijkt, gesteld voor het feit dat de ene inschrijver zijn platformvergoeding heeft opgenomen in de eenheidsprijzen en de twee anderen deze vergoeding apart hebben aangerekend, op het eerste gezicht niet ten onrechte te hebben mogen beslissen om een eenduidige prijsvergelijking mogelijk te maken de platformvergoedingen van de twee betrokken inschrijvers

alsnog te ventileren over hun eenheidsprijzen. Er zijn op het eerste gezicht geen redenen om aan te nemen dat de verwerende partij daarbij de eenheidsprijzen van de verzoekende partij of van de derde inschrijver Buddi onjuist zou hebben verhoogd, zodat de vergelijking niet geldig zou zijn verlopen.

Er is in elk geval geen reden om aan te nemen dat de verwerende partij, om een normaal zorgvuldig prijsonderzoek te voeren, de platform-vergoeding van de verzoekende partij zou hebben moeten 'ventileren' over de eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver. Dat lijkt *a fortiori* het geval wanneer die berekening, zoals de verzoekende partij zelf impliciet erkent, tot de *prima facie* tamelijk absurde conclusie leidt dat de gekozen inschrijver negatieve prijzen zou hebben voorgesteld.

Waar de verzoekende partij vervolgens uitgaat van een naar eigen zeggen 'meer conservatieve benadering' en zij alsnog positieve eenheidsprijzen toeschrijft aan de offerte van de gekozen inschrijver, maar dan welk zulke lage eenheidsprijzen dat deze hem volgens de verzoekende partij niet zouden toelaten om kostendekkend te werken, kan erop worden gewezen dat de verzoekende partij in dit verband niet afdoende op begrijpelijke wijze uiteenzet hoe zij tot de door haar naar voren geschoven eenheidsprijzen komt. Die kritiek lijkt op dit punt op het eerste gezicht veeleer op onnauwkeurige berekeningen te berusten, zodat zij in elk geval geen geldige basis lijkt te kunnen bieden om tot de schorsing van de uitvoering van de bestreden gunningsbeslissing over te gaan.

13.9. Waar de verzoekende partij de vermelding in het gunnings-verslag bekritiseert dat er geen rapporten bestaan van Electronics Watch dat de "lage lonen fabrikant" van de gekozen inschrijver de lokale milieu- en arbeidswetgeving niet zou naleven, lijkt ook dit één deelmotief te betreffen dat moet worden gelezen in het licht van het geheel van het gunningsverslag. Dat Electronics Watch geen exhaustieve zekerheid biedt, doet weinig ter zake. In elk geval blijkt er op het eerste gezicht niet dat er een rechtsplicht zou bestaan voor de aanbestedende overheid om in het kader van een algemeen prijsonderzoek ter plaatse te gaan en zelf de arbeids- en milieuomstandigheden in een lage lonen land te verifiëren.

13.10. Het standpunt in het gunningsverslag dat de gekozen inschrijver over schaalvoordelen zou kunnen beschikken die groter zijn dan deze van de verzoekende partij, wordt door de verzoekende partij verworpen als een niet-gestaafde bewering. In haar nota wijst de verwerende partij, op het eerste gezicht niet ten onrechte, op stukken uit het administratief dossier waaruit blijkt dat waar de verzoekende partij wereldwijd zo'n vier- à vijfduizend personen met een enkelband monitort, de gekozen inschrijver daarentegen wereldwijd meer dan 80.000 personen opvolgt. Dat lijkt een aanzienlijk schaalverschil, dat *prima facie* dienstig kan worden betrokken in een algemeen prijsonderzoek.

13.11. Ten slotte bekritiseert de verzoekende partij nog het motief in het gunningsverslag dat de tussenkomende partij *in casu* bewust voor een lage prijszetting heeft gekozen.

In haar nota wijst de verwerende partij ook in dat verband niet ten onrechte naar stukken uit het administratief dossier waaruit blijkt dat de gekozen inschrijver reeds tijdens de dialoogfase te kennen had gegeven te vrezen dat de verzoekende partij als prijsbreker zou optreden en de gekozen inschrijver aldus reeds van bij het begin van de plaatsingsprocedure voornemens was om bijzonder competitief te zijn in zijn prijszetting.

Er blijkt dan ook niet dat dit motief ten onrechte in het prijsonderzoek werd betrokken

14. Gelet op het voorgaande, is er geen grond om te besluiten dat de verwerende partij niet kon volstaan met het algemeen prijsonderzoek zoals gevoerd en daarentegen had moeten overgaan tot een bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen in de zin van artikel 36 KB Plaatsing 2017.

15. Het eerste middelonderdeel is hoe dan ook niet ernstig.

*b) Tweede middelonderdeel*

16. In een *tweede middelonderdeel* bekritiseert de verzoekende partij in essentie het regelmatigheidsonderzoek zoals dat werd uitgevoerd op de offerte van de gekozen inschrijver.

17.1. In dit middelonderdeel haalt de verzoekende partij twee zinnen aan uit de toetsing van de offerte van de gekozen inschrijver aan de hand van het gunningscriterium ‘kwaliteit’, om vervolgens daaruit af te leiden dat de aanbestedende overheid eigenlijk twijfels had over de conformiteit van de offerte van de gekozen inschrijver met de opdrachtdocumenten. Het gaat om volgende vermeldingen:

- “De kwaliteit van de voorgestelde toezichtmaterialen wordt als uitstekend beschouwd, onder voorbehoud dat de door Attenti voorgestelde nieuwe productlijn in de praktijk conform de vooropgestelde specificaties en op betrouwbare wijze zal functioneren.”

- “Op het vlak van de interactie tussen de materialen en de justitiabele blijken de voorgestelde toezichtmaterialen kleiner en lichter te zijn dan de huidige modellen.”

17.2. De hiervóór aangehaalde vermeldingen uit het gunningsverslag dienen vooreerst te worden gelezen als deel van een toetsing en bespreking van de offerte van de gekozen inschrijver overheen twee bladzijden aan de hand van het subcriterium ‘de specificaties van het systeem, betrouwbaarheid en continuïteit’ van het gunningscriterium ‘kwaliteit’. Deze zinnen verwijderen uit hun context en als geïsoleerde opmerkingen bekritiseren is geen dienstige werkwijze.

De voormelde toetsing is in zijn geheel beschouwd in elk geval positief en bevat geen andere elementen waaruit *prima facie* dient te worden afgeleid dat de verwerende partij te dezen eigenlijk tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver had moeten besluiten.

17.3. Voorts lijken de hiervóór aangehaalde vermeldingen te moeten worden gelezen in het licht van het feit dat de gekozen inschrijver ook de huidig

opdrachtnemer is en de aanbestedende overheid dus bij uitstek zijn huidig aanbod in het kader van de lopende opdracht kan vergelijken met wat hij thans aanbiedt in het kader van de nieuwe opdracht. Dat de aanbestedende overheid daarbij uitdrukt dat het in enige mate onzeker is of het nieuwe materiaal even goed zal functioneren als het oude materiaal, is niet meer dan een evidentie.

Dat het nieuwe materiaal kleiner en lichter lijkt dan het huidige materiaal, wordt vermeld bij de toetsing van de interactie tussen de materialen en de justitiabele en lijkt dus niet als een nadeel of een onzeker element te zijn bedoeld, maar juist veeleer als een voordeel, dit is als minder oncomfortabel om te dragen door de justitiabele dan het oude materiaal.

17.4. Waar de verzoekende partij in het middel de vrees uit dat er geen demo zou hebben plaatsgevonden van het materiaal van de gekozen inschrijver, volgt uit de nota van de verwerende partij dat die bewering op het eerste gezicht feitelijke grondslag blijkt te missen, omdat er wel meerdere demo's werden gehouden door de gekozen inschrijver.

17.5. Het argument van de verzoekende partij dat de formele motivering inzake het regelmatigheidsonderzoek niet zou volstaan, dient evenzeer te worden verworpen. Nu de betrokken vermeldingen niet dienen te worden gelezen als indicaties dat er zich regelmatigheidsproblemen stellen met de offerte van de gekozen inschrijver, mocht de verwerende partij op het eerste gezicht besluiten dat de regelmatigheid van die offerte in orde was en mocht het gunningsverslag op dat vlak dan ook beperkt blijven tot een loutere vermelding 'OK'.

18. Uit wat voorafgaat volgt, dat er op het eerste gezicht geen reden is om te besluiten dat de verwerende partij had moeten besluiten tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver en deze offerte als nietig uit de plaatsingsprocedure had moeten verwijderen.

19. Het tweede middelonderdeel is hoe dan ook niet ernstig.

20. Het eerste middel is hoe dan ook niet ernstig.

*B. Tweede middel*

*Uiteenzetting van het middel*

21.1. In het tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 4, 5, 43 en 81 Wet Overheidsopdrachten 2016, het motiveringsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van niet-discriminatie en het proportionaliteitsbeginsel.

Volgens de verzoekende partij neutraliseert de bestreden beslissing niet de inherente voordelen van de huidige opdrachtnemer, terwijl volgens de rechtspraak van het Gerecht van de EU het principe van de gelijkheid tussen de inschrijvers vereist dat dit voordeel geneutraliseerd moet worden wanneer dit technisch mogelijk is, economisch aanvaardbaar is en de rechten van de huidige opdrachtnemer niet schendt.

21.2. In de toelichting bij het middel zet de verzoekende partij uiteen dat de tussenkomende partij de huidige opdrachtnemer is en dus voordelen geniet ten aanzien van andere inschrijvers op de opdracht. Dat wordt ook door de verwerende partij erkend in het gunningsverslag, meer bepaald wat betreft de eenmalige vergoeding voor de transitie en het feit dat de tussenkomende partij de Belgische markt voor elektronische toezichtmiddelen optimaal kan inschatten en dus minder risicomarge bij zijn prijszetting dient te hanteren.

In de opdrachtdocumenten wordt het voordeel van de huidige opdrachtnemer nog versterkt: één van de componenten van het gunningscriterium ‘kost’ betreft de eenmalige transitievergoeding bij het opstarten van de uitvoering van de opdracht, wat in het voordeel van de tussenkomende partij speelt. Ook bij het gunningscriterium ‘kwaliteit’ wordt in het subcriterium ‘dienstverlening’ rekening gehouden met de kwaliteit van het voorgestelde transitieplan. Bij de toetsing van dat subcriterium wordt de offerte van de tussenkomende partij positief geëvalueerd en deze van de verzoekende partij veeleer negatief, er is dus een impact op de beoordeling.

Meer in het algemeen beschikt de tussenkomende partij als huidig opdrachtnemer over veel meer informatie over de opdracht dan de overige kandidaten, welk informatievoordeel de tussenkomende partij heeft toegelaten een offerte in te dienen die beter aansluit op de wensen van de aanbestedende overheid. De opdrachtdocumenten zijn veeleer summier en bevatten bijvoorbeeld geen informatie over stockbeheer. Ook wat betreft de interface en integratie met het SISET-1 systeem van de verwerende partij beschikt de tussenkomende partij over een aanzienlijk voordeel. Ook op dit punt hadden de overige inschrijvers beter geïnformeerd moeten worden.

Deze voordelen dienden volgens de verzoekende partij te worden geneutraliseerd, des te meer nu het gaat om ongerechtvaardigde voordelen: de huidige opdracht werd door de gebrekkige handelwijze van de verwerende partij bij het doorlopen van de opeenvolgende plaatsingsprocedures voor de voorliggende nieuwe opdracht al met zeven jaar verlengd, volledig buiten het wettelijk kader om. Volgens de verzoekende partij zou de Inspectie van Financiën daarover bijzonder kritisch zijn geweest. Zij verzoekt om de adviezen van de Inspectie van Financiën over deze kwestie op te vragen. Voorts werd het gunningscriterium ‘kost’ geëvalueerd overheen vijf jaar in plaats van negen jaar, wat een vertekenend effect heeft op het belang van de eenmalige transitievergoeding. Het is bovendien tegenstrijdig om enerzijds een duurtijd van negen jaar te bepalen en anderzijds de kosten over vijf jaar te evalueren. Hier ligt een schending voor van artikel 43, § 2, Wet Overheidsopdrachten 2016, nu enerzijds een langere termijn van negen jaar wordt bepaald dan de in de wet voorziene termijn van vier jaar voor een raamovereenkomst, om de investeringen te laten renderen, terwijl anderzijds de kosten over slechts vijf jaar worden geëvalueerd.

*Beoordeling*

22.1. De verzoekende partij steunt het tweede middel in zijn kern op één overweging uit een arrest van het Gerecht van de EU van 28 juni 2018, T-211/17, inzake *Amplexor Luxembourg / Commissie*.

In dat verband lijkt het passend om vooreerst erop te wijzen dat dat arrest van het Gerecht van de EU werd gewezen in het kader van een louter interne EU-aangelegenheid (de plaatsing van een opdracht door een EU instelling). Er blijkt niet dat aan het betrokken arrest dezelfde draagwijdte moet worden toegekend als aan een arrest van het Hof van Justitie zelf in het kader van een prejudicieel contentieux, waarbij de conclusies van het Hof zich als bindend aan de Raad van State opleggen.

Daarnaast dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij het betrokken arrest van het Gerecht van de EU overigens selectief citeert. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert, volgt uit het voormelde arrest geen stringente plicht voor de aanbestedende overheid tot het volledig neutraliseren van elk denkbaar voordeel in hoofde van de huidige opdrachtnemer. In tegendeel is er slechts sprake van ‘enige neutralisatie van mogelijke voordelen’, ‘maar alleen voor zover deze neutralisatie technisch gemakkelijk uitvoerbaar is, economisch aanvaardbaar is en de rechten van de betreffende contractant niet schendt’.

Vanzelfsprekend mag de aanbestedende overheid de huidige opdrachtnemer geen ongerechtvaardigd voordeel verschaffen bij de plaatsing van een nieuwe opdracht en mag zij de andere inschrijvers niet bewust benadelen, maar niet elk inherent *de facto* voordeel voor de huidige opdrachtnemer dient als een mededingingsverstorende situatie te worden beschouwd. Er lijkt een onderscheid te moeten worden gemaakt tussen het natuurlijk ‘inherent’ voordeel van een huidig opdrachtnemer, dat vooral betrekking lijkt te hebben op de kennis en ervaring die hij heeft opgedaan bij de uitvoering van de huidige opdracht, en een eventueel ongeoorloofd voordeel, dat *prima facie* vooral lijkt voort te vloeien uit de wijze waarop de aanbestedende overheid de plaatsingsprocedure voor de nieuwe opdracht inricht.

De aanbestedende overheid mag de toegang tot de opdracht voor andere inschrijvers dan de huidige opdrachtnemer niet actief bemoeilijken en dient zoveel als mogelijk een gelijk speelveld voor hen te creëren, maar die uit het gelijkheidsbeginsel en de mededinging als grondslag van het overheidsopdrachtenrecht voortvloeiende plicht dient op het eerste gezicht te worden geïnterpreteerd

binnen de handelwijze van een normaal zorgvuldige, binnen de perken van de redelijkheid handelende aanbestedende overheid.

22.2. Voorts lijkt er op het eerste gezicht ook rekening te moeten worden gehouden met het voorwerp van de lopende opdracht en het voorwerp van de nieuwe opdracht om te bepalen in welke mate de huidige opdrachtnemer een eventueel buitensporig voordeel geniet, dat door de aanbestedende overheid op een of andere wijze gecompenseerd dient te worden.

In dat verband doet de verwerende partij op het eerste gezicht niet ten onrechte uitvoerig gelden in haar nota dat de huidige opdracht geenszins een loutere kopie is van de eerdere opdracht, maar daarentegen substantieel verder gaat dan wat binnen de eerdere opdracht het geval was en op meerdere vlakken aanzienlijk complexer is wat het elektronisch toezicht betreft. De vorige opdracht betrof in essentie louter de huur van enkelbanden; de nieuwe opdracht strekt tot het verkrijgen van *end-to-end* dienstverlening inzake elektronisch toezicht die veel verder gaat. De stukken van het administratief dossier lijken dit op het eerste gezicht te bevestigen, minstens niet te weerspreken.

Gelet op die vaststelling blijkt er niet dat de verwerende partij te dezen reeds vanaf het begin had moeten besluiten dat er in hoofde van de huidige opdrachtnemer wel eens een buitensporig voordeel zou kunnen bestaan.

22.3. Wat het inrichten van de plaatsingsprocedure voor de nieuwe opdracht door de aanbestedende overheid betreft, lijkt er op het eerste gezicht niet te moeten worden besloten dat de verwerende partij bewuste belemmeringen in het leven heeft geroepen voor andere inschrijvers dan de huidige opdrachtnemer om een valabele offerte in te dienen.

Zij blijkt in tegendeel te hebben gekozen voor de plaatsings-procedure van de concurrentiegerichte dialoog, waarbij de aanbestedende overheid in samenspraak met de in de opdracht geïnteresseerde ondernemingen nagaat en bepaalt met welke middelen het best in haar behoeften kan worden voorzien. Tijdens deze dialoog kan zij met de deelnemers aan de dialoog alle aspecten van de opdracht bespreken (art. 39, § 3, Wet Overheidsopdrachten 2016). Het is pas nadat

de aanbestedende overheid de dialoog heeft afgesloten dat zij iedere deelnemer verzoekt hun definitieve offerte op basis van de tijdens de dialoog voorgelegde en gespecificeerde oplossing of oplossingen in te dienen (art. 39, § 6, Wet Overheidsopdrachten 2016). Die open en bij uitstek transparante plaatsings-procedure lijkt *prima facie* uitermate geschikt om een kader te scheppen waarbinnen andere ondernemingen dan de huidige opdrachtnemer een valabele offerte kunnen indienen.

Er blijkt niet dat de verwerende partij te dezen de dialoogfase bijvoorbeeld buitensporig kort zou hebben gehouden en om op die manier reële inspraak onmogelijk te maken. Integendeel blijkt er een dialoog tussen de aanbestedende overheid en de kandidaten in twee fasen te zijn gevoerd over een jaar (februari 2022 – februari 2023), met daarin meerdere momenten van overleg en meerdere demonstraties.

Voorts lijkt de verwerende partij te kunnen worden bijgevallen, waar zij doet gelden dat zij van bij de aanvang alle relevante informatie over de opdracht aan alle geïnteresseerde ondernemingen ter beschikking heeft gesteld, wat er op het eerste gezicht toe leidt het inherent kennis- en informatievoordeel van de huidige opdrachtnemer zoveel mogelijk te temperen.

De uiteindelijke termijn om een offerte in te dienen voor de opdracht bedroeg twee maanden (van 6 december 2022 tot 6 februari 2023), wat voldoende lang lijkt om alle kandidaten toe te laten een geschikte offerte in te dienen. Minstens blijkt niet dat de indieningstermijn zodanig kort zou zijn bepaald dat enkel de huidige opdrachtnemer kan worden geacht een valabele offerte te hebben kunnen opstellen binnen die tijd.

In het algemeen blijkt er dus op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij de randvoorwaarden van de plaatsingsprocedure voor de nieuwe opdracht zodanig zou hebben bepaald dat deze disproportioneel of uitsluitend in het voordeel zouden spelen van de huidige opdrachtnemer.

23.1. Concreet lijkt de verzoekende partij in het tweede middel de volgende zes aspecten van de nieuwe opdracht en de manier waarop de plaatsingsprocedure werd gevoerd te bekritiseren, namelijk:

- de eenmalige transitievergoeding en de impact ervan op het gunningscriterium ‘kost’ en ‘kwaliteit’;
- het informatievoordeel van de tussenkomende partij als huidig opdrachtnemer in het algemeen;
- de gebrekkige opdrachtdocumenten die geen informatie bevatten over stockbeheer;
- het informatievoordeel van de tussenkomende partij als huidig opdrachtnemer wat de interface met het SISET-1 systeem van de verwerende partij betreft;
- het ongerechtvaardigd voordeel van de tussenkomende partij als huidig opdrachtnemer door de verlenging van de vorige opdracht gedurende meerdere jaren;
- de evaluatie van het gunningscriterium ‘kost’ overheen vijf jaar in plaats van negen jaar.

23.2. Wat de eenmalige transitievergoeding betreft, lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht te kunnen worden bijgevallen waar zij betoogt dat het feit dat de inschrijvers van de verwerende partij een eenmalige transitievergoeding zullen ontvangen, het juist economisch haalbaarder maakt voor andere ondernemingen om de technisch complexe voorliggende opdracht uit te voeren. Bovendien, zo stelt de verwerende partij op het eerste gezicht niet ten onrechte, blijkt de tussenkomende partij in zijn offerte eveneens in een niet onbelangrijke transitievergoeding te hebben voorzien, gelet op het feit dat de nieuwe opdracht aanzienlijk afwijkt van de vorige opdracht.

Er wordt dan ook niet aangetoond, minstens niet *prima facie*, dat de verwerende partij op het vlak van de transitievergoeding de gekozen inschrijver ten onrechte buitensporig zou hebben bevoordeeld.

Dat de transitiefase werd betrokken bij de toetsing van het gunningscriterium ‘kwaliteit’, lijkt op het eerste gezicht ook niet buitensporig in het voordeel van de gekozen inschrijver te spelen. Zoals de verwerende partij niet

ten onrechte betoogt in de nota, lijkt de aanpak van de transitie van het elektronisch toezichtsysteem zoals ontwikkeld onder de vorige opdracht naar het systeem dat het voorwerp uitmaakt van de huidige opdracht, een element dat wel degelijk betrekking heeft op de kwaliteit van de uitvoering van de opdracht. Er blijkt niet dat niet alle inschrijvers in het kader van de dialoogfase en voorbereidingsfase van hun offertes niet de kans hebben gekregen om een afdoende transitieplan te ontwikkelen. In zoverre de tussenkomende partij op het vlak van het transitieplan een bepaald voordeel had als huidig opdrachtnemer, lijkt dat reeds op het eerste gezicht een inherent *de facto* voordeel dat quasi onmogelijk is om in zijn geheel te neutraliseren.

23.3. Hetzelfde geldt wat betreft het informatievoordeel van de tussenkomende partij als huidig opdrachtnemer in het algemeen. Ook dat lijkt reeds op het eerste gezicht een inherent *de facto* voordeel dat quasi onmogelijk is om te neutraliseren. Voor zoveel als nodig wordt er verwezen naar wat reeds werd gesteld over het feit dat de verwerende partij, op het eerste gezicht, van bij aanvang alle relevante informatie over de opdracht aan alle geïnteresseerde ondernemingen ter beschikking lijkt te hebben gesteld en aldus dit inherent voordeel zoveel als mogelijk heeft geminimaliseerd.

23.4. Het standpunt van de verzoekende partij dat de opdracht-documenten geen informatie zouden bevatten over het stockbeheer wordt door de verwerende partij weersproken in haar nota. Het administratief dossier lijkt inderdaad te bevestigen dat het stockbeheer werd besproken in de dialoogfase, zodat het middel op dit punt op het eerste gezicht de nodige ernst lijkt te missen. Minstens blijkt ook hier niet *prima facie* dat de tussenkomende partij buitensporig werd bevoordeeld.

23.5. Betreffende het informatievoordeel van de tussenkomende partij als huidig opdrachtnemer inzake de interface met het SISET-1 systeem van de verwerende partij, kan erop worden gewezen dat ook dit op het eerste gezicht in bepaalde mate een inherent *de facto* voordeel lijkt te zijn van een huidig opdrachtnemer, dat quasi onmogelijk is om volledig te neutraliseren. In de mate dat de verwerende partij op dit punt stelt dat het SISET-1 systeem werd besproken

tijdens de dialoogfase, lijkt ook hiervoor steun te kunnen worden gevonden in het administratief dossier.

23.6. Wat het ongerechtvaardigd voordeel van de tussenkomende partij betreft als huidig opdrachtnemer door de verlenging van de vorige opdracht gedurende meerdere jaren, kan niet worden ingezien hoe dit feitelijk gegeven op zich genomen de onwettigheid van de bestreden gunningsbeslissing met zich zou kunnen meebrengen. De opdracht betreft het verlenen van diensten die het elektronisch toezicht op personen met een strafrechtelijke veroordeling bewerkstelligen. Dat, bij gebrek aan gunning van een nieuwe opdracht voor diensten voor dat elektronisch toezicht, de vorige opdracht werd verlengd, lijkt niet louter te zijn ingegeven om de huidig opdrachtnemer in het kader van de huidige plaatsingsprocedure te bevoordelen, minstens wordt niet aangetoond dat zulks dient te worden verondersteld. Voor het overige is dit deel van het middel reeds op het eerste gezicht een kritiek op de uitvoeringsfase van de vorige opdracht, welke kritiek *prima facie* buiten de rechtsmacht van de Raad van State valt, alsook buiten de voorliggende rechtsstrijd, die enkel betrekking heeft op de wettigheid van de bestreden gunningsbeslissing.

In zoverre de verzoekende partij in dat verband vraagt om bij de verwerende partij de adviezen van de Inspectie van Financiën op te vragen die betrekking hebben op de verlengingen van de vorige opdracht, is er geen grond om tot die maatregel over te gaan. Er valt op het eerste gezicht niet in te zien hoe de verlengingen van de vorige opdracht relevant zouden zijn ten aanzien van de wettigheid van de huidige gunningsbeslissing. Als de verzoekende partij inzage wil in die stukken, zal zij daartoe de betreffende regelgeving inzake de openbaarheid van bestuur dienen te volgen.

23.7. Wat betreft de evaluatie van het gunningscriterium ‘kost’ overheen vijf jaar in plaats van negen jaar, kan erop worden gewezen dat uit de opdrachtdocumenten blijkt dat de voorliggende opdracht een initiële looptijd heeft van zestig maanden (vijf jaar), na welke looptijd de opdracht tweemaal verlengd kan worden telkens voor 24 maanden (twee jaar).

Dat de verwerende partij voor de toetsing van het prijscriterium de initiële looptijd van vijf jaar heeft gehanteerd en niet ook de eventuele verlengingen daarin heeft betrokken, lijkt op het eerste gezicht dan ook niet onlogisch. Minstens blijkt er niet dat die keuze werd ingegeven door de wil om de huidige opdrachtnemer te bevoordelen.

Voorts, in zoverre de verzoekende partij bij deze kritiek een schending aanvoert van artikel 43, § 2, Wet Overheidsopdrachten 2016, kan worden gesteld dat deze schending vreemd lijkt aan de essentie van het voorliggende middel en daarin in beginsel niet lijkt te kunnen worden ingepast. Voor het overige blijkt dat de Wet Overheidsopdrachten 2016 op het eerste gezicht geen uitdrukkelijke sanctie verbindt aan het bepalen van een langere looptijd voor een opdracht dan vier jaar, minstens blijkt niet dat de voorliggende gunnings-beslissing om die reden zou dienen te worden geschorst in haar uitvoering.

24. Uit wat voorafgaat volgt dat het tweede middel hoe dan ook niet ernstig is.

*C. Derde middel*

*Uiteenzetting van het middel*

25. In het derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de formelemotiveringswet, artikel 81 Wet Overheidsopdrachten 2016, artikel 5, 9º, Wet Rechtsbescherming Overheidsopdrachten en Concessies 2013, het motiveringsbeginsel en het transparantiebeginsel.

Volgens de verzoekende partij is – in essentie – de bestreden beslissing gebrekkig gemotiveerd aangezien zij niet toelaat te begrijpen waarom de tussenkomende partij de opdracht gegund heeft gekregen. In wezen betreft het middel een gedetailleerde feitelijke kritiek op de toetsing van de offerte van de tussenkomende partij aan de hand van het gunningscriterium ‘kwaliteit’, in vergelijking met de offerte van de verzoekende partij en deze van de derde inschrijver Buddi.

26. In haar nota betwist de verwerende partij de ontvankelijkheid van het derde middel, waarbij zij wijst op het grote puntenverschil tussen de offerte van de verzoekende partij en deze van de gekozen inschrijver. Zij doet gelden dat het middel, zelfs indien ernstig, er niet toe kan leiden dat de offerte van de verzoekende partij wordt gerangschikt vóór deze van de gekozen inschrijver. Zij wijst erop dat de verzoekende partij niet aantoont hoe zij haar achterstand in de puntenscore zou kunnen inhalen.

*Beoordeling*

27. Het derde middel houdt in essentie een gedetailleerde feitelijke kritiek in op de toetsing van de offerte van de tussenkomende partij aan de hand van het gunningscriterium ‘kwaliteit’, in vergelijking met de offerte van de verzoekende partij en deze van de derde inschrijver Buddi.

28.1. Met de verwerende partij kan te worden vastgesteld dat, ondanks de uitvoerige punt-per-punt kritiek in het verzoekschrift op de toetsing van de offertes aan de hand van het gunningscriterium ‘kwaliteit’, de verzoekende partij geheel nalaat om zelf uit te leggen wat de concrete impact van haar veelvuldige kritieken op de rangschikking van de offertes zou kunnen zijn.

Het lijkt tot de essentiële stelplicht van een verzoekende partij te behoren om, indien zij dergelijk uitvoerig middel aanvoert en onderzocht wil zien door de Raad van State in het kader van een vordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid, om met de in die procedurevorm vereiste mate van *prima facie* ernst in het verzoekschrift zelf aannemelijk te maken dat en hoe haar kritieken concreet de puntenscores en dus de rangschikking van de offertes kunnen wijzigen. Zij lijkt er niet mee te kunnen volstaan louter een reeks detail-kritische opmerkingen neer te schrijven bij de beoordeling in het gunningsverslag.

28.2. In elk geval maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat het middel, zelfs indien het ernstig zou blijken, van die aard is dat de – *in casu* zeer aanzienlijke – puntenkloof tussen haar offerte en deze van de gekozen inschrijver gedicht zou worden.

De offerte van de gekozen inschrijver heeft de hoogste totaalscore van 100/100 behaald. De offerte van de verzoekende partij werd als derde gerangschikt met een totaalscore van 57,14 punten. Dit is een totaal verschil van 42,86 punten.

Wat het gunningscriterium ‘kwaliteit’ betreft heeft de offerte van de gekozen inschrijver 60/60 gehaald en deze van de verzoekende partij 45,87/60. Zoals reeds erop gewezen, laat de verzoekende partij geheel na aannemelijk te maken wat de concrete impact is van haar kritieken op die puntenscores. Er lijkt alvast geen grond te zijn om aan te nemen dat deze kritieken ertoe zouden leiden de puntentoekenning op dit gunningscriterium zodanig ingrijpend te wijzigen dat de rangschikking erdoor wordt omgekeerd in het voordeel van de verzoekende partij. Zij dient alleszins op dit gunningscriterium een wijziging in de puntentoekenning van minstens 42,86 punten aannemelijk te maken, welke extreme wijziging zij niet in het minste geloofwaardig maakt.

28.3. De verzoekende partij heeft *in casu* geen belang bij een kritiek die, zelfs indien ernstig, niet ertoe kan leiden dat zij het puntenverschil tussen haar offerte en die van de gekozen inschrijver kan inhalen.

29. De exceptie van de verwerende partij kan worden bijgevallen. Het derde middel dient als niet-ontvankelijk bij gebrek aan belang te worden verworpen.

*VIII. Besluit*

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

**BESLISSING**

**1. Het verzoek van Allied Universal Electronic Monitoring International Ltd tot tussenkomst wordt ingewilligd.**

**2. De Raad van State verwerpt de vordering.**

**3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 24 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.**
**De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.**

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

| | |
|---|---|
| Bruno Seutin, | staatsraad, waarnemend voorzitter, |

bijgestaan door

| | |
|---|---|
| Johan Pas, | griffier. |

| | |
|---|---|
| **De griffier** | **De voorzitter** |
| **Johan Pas** | **Bruno Seutin** |