

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 257.816 van 8 november 2023
in de zaak A. 231.953/XII-8967**

In zake : MOSER-BAER AG, vennootschap naar Zwitsers recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jannick Poets
kantoor houdend te 3600 Genk
Jaarbeurslaan 19 bus 31
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Guus Overgoor
kantoor houdend te 1217 WJ Hilversum, Nederland
Joop van den Endeplein 1

tegen :

de NATIONALE MAATSCHAPPIJ DER BELGISCHE
SPOORWEGEN
nv van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser, Hans Plancke en Daan Degrande
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 25 september 2020, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van de NMBS zonder datum die werd genomen in het kader van een overheidsopdracht voor leveringen [...] van ‘Industriële GPRS-klokken met communicatiemodule’ in het kader waarvan beslist werd om de opdracht te gunnen aan Westerstrand [...]”.

Tevens vordert de verzoekende partij een schadevergoeding tot herstel van 726.092,80 euro, meer de vergoedende intresten te rekenen vanaf de datum van de bestreden beslissing.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een laatste memorie met verzoek tot voortzetting van het geding ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 oktober 2023.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jannick Poets, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Daan Degrande, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ines Martens 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 uit voor het sluiten van een raamovereenkomst betreffende de levering van “industriële GPRS-klokken met communicatiemodule”.

Op de opdracht is het bestek nr. CS4/0001581234 van toepassing.

Het voorwerp van de opdracht wordt in bijlage C bij het bestek, ‘Technische specificaties’, als volgt omschreven:

“Het doel van deze raamovereenkomst is een leverancier te selecteren voor de levering van industriële analoge klokken met GPRS [General Packet Radio Service]-technologie voor de stations in België, voor een duur van vier jaar. Tijdens de volgende 4 jaar is een stilzwijgende verlenging van het contract voorzien voor de periode van een jaar.

De betrokken stationszones zijn:

- de perrons;
- de gevels van de reizigersgebouwen.

Deze klokken zijn uitgerust met draadloze communicatietechnologie die beheer op afstand van het onderhoudsplatform van de directie Stations van NMBS mogelijk maakt.”

De opdracht wordt geplaatst met een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging overeenkomstig artikel 120 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet overheidsopdrachten 2016), bepaling welke geldt voor de ‘speciale sectoren’.

3.2. Voorafgaand aan het uitschrijven van de opdracht heeft de verwerende partij, overeenkomstig artikel 133, 1°, *juncto* artikel 51 van de wet overheidsopdrachten 2016, een marktconsultatie gehouden. In het kader van deze consultatie heeft de verwerende partij de volgende ondernemers gecontacteerd:

- BerdoTime BV;
- Westerstrand;
- Bodet Time & Sport.

3.3. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 13 januari 2020 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 17 januari 2020.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 7.500.000 euro.

3.4. Met betrekking tot de gunningscriteria bepaalt het bestek:

“De NMBS kiest de regelmatige offerte die haar het voordeligst lijkt, rekening houdend met [het] onderstaande criterium:

Criterium	gewicht
Vergelijkende prijs (V)	100

Het gunningscriterium is een vergelijkende prijs (V) op basis van een vereenvoudigde TCO-berekening (Total Cost of Ownership) voor klokken over een periode van 15 jaar.

$$V = n \times (T1) + n \times [(P1 \times (8760h/jaar)) \times 15 \text{ jaar}] \times (0,15\text{€} / 10^3 \text{ Wh})$$

Waarbij :

V = de vergelijkende prijs [in €];

T1 = de prijs van een klok, dubbelzijdig, diameter van 600 mm [€];

P1 = totaal klokvermogen [in W] ;

n = het aantal klokken (n = 2400) ;

De offerte waarvoor [de] totaal prijs de laagste is zal de meeste gunstige geacht worden.

De andere offertes zullen in stijgende volgorde van prijs gerangschikt worden.”

Met betrekking tot de prijsopgave dienen de inschrijvers de als bijlage D bij het bestek opgenomen samenvattende inventaris in te vullen en bij hun offerte te voegen. In de inventaris zijn tevens de geraamde hoeveelheden van de te leveren klokken opgenomen:

Type GPRS klok	eenheid	Geraamde hoeveelheid	eenheidsprijs
Dubbelzijdig, 600 mm diameter	Stuk	2550	
Dubbelzijdig, 400 mm diameter	Stuk	50	
Enkelzijdig, 600 mm diameter	Stuk	80	
Enkelzijdig, 400 mm diameter	Stuk	20	
Opleiding	Dag	1	
Verplaatsing voor keuring en configuratie	Forfaitair	PM	

OPTIE			
De source code van de software voor beheer op afstand	Forfaitair	1	

Bij het bestek is ook een bijlage C gevoegd met de technische specificaties van de opdracht. In de inleiding van deze bijlage wordt onder meer gesteld:

“Dit document beschrijft de algemene bepalingen en technische specificaties waaraan de klokken moeten voldoen.
Dit document vermeldt de minimale voorschriften waaraan moet worden voldaan.”

Na de algemene bepalingen en de beschrijving van de technische kenmerken van de klokken, wordt in deze bijlage aangaande het beheer op afstand van de klokken onder meer het volgende bepaald:

“De opdrachtnemer installeert software die het beheer op afstand van de klokken mogelijk maakt. Deze toepassing verzekert communicatie met de klokken via het SNMP-protocol (Simple Network Management Protocol) en een communicatie met TPST (onderhoudsplatform van de directie Stations van NMBS).

Communicatie met TPST

De toepassing moet compatibel zijn met TPST. De communicatie gebeurt via het protocol ‘Web Services’. Alle alarmen van de GPRS-klokken worden naar TPST gestuurd.

De leverancier neemt contact op met NMBS om zich te informeren over de criteria voor compatibiliteiten.

Communicatie met de klokken:

[...]

De toepassing:

Het systeem voor beheer op afstand moet een verbinding hebben met ACTIVE DIRECTORY van NMBS. Deze laatste controleert ook de toelatingen en de user access. De opdrachtnemer informeert zich bij NMBS over de te gebruiken protocollen.

[...]

De applicatie moet:

- het beheer op afstand van een klok of een groep klokken mogelijk maken;

[...]

- compatibel zijn met het TPST-platform van NMBS;

[...]

NMBS blijft eigenaar van alle informatie die gegenereerd wordt via het systeem voor beheer op afstand dat haar ter beschikking gesteld wordt. Alle informatie die door de installatie van NMBS gegenereerd wordt, wordt rechtstreeks naar de TPST verstuurd in een compatibel formaat.

Het systeem voor beheer op afstand omvat:

- de software van het systeem voor beheer op afstand (beschikbaar in het Nederlands en in het Frans);
- De updates van de betreffende software en de communicatieprotocollen tijdens ten minste 5 jaar;
- De toegang tot de server op afstand en de automatische overdracht van de gegenereerde informatie naar het TPST-platform van NMBS;
- Installatie van een technische dienst die bereikbaar is tijdens de kantooruren in geval van informatisch defect;
- Het communicatieprotocol met de klokken;
- De licenties (zonder verstrijken)

De keuze om de broncodes te bekomen van de software van het beheer op afstand is een optie die wordt toegekend aan NMBS (in het geval de inschrijver nog niet beschikt over software en er moet ontwikkelen voor deze opdracht). De inschrijver zal voor deze optie een prijs geven.”

3.5. Op 17 februari 2020 dienen vijf kandidaten, waaronder de verzoekende partij, een aanvraag in tot deelneming aan de opdracht. Alle kandidaten worden geselecteerd.

Drie van deze kandidaten dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij.

Met betrekking tot de offerteprijzen wordt in een intern document inzake de goedkeuring van de gunning van de opdracht onder meer het volgende vermeld:

“1.3. Offertes

Geselecteerd/Uitgenodigd	Beste offerte
F. 1	4.946.094 €
F. 2	6.441.249 €
Westerstrand	4.319.550 €
Moser-Baer	6.450.952 €

Opmerkingen

[...]

d) Het oorspronkelijke budget was berekend op basis van 2.465 klokken. De verhoging van het aantal klokken was bedoeld om een voorraad te kunnen aanleggen zodat klokken in geval van vandalisme of defect snel vervangen kunnen worden, hetzij door onze eigen teams, hetzij via een onderneming.

⇒ het bedrag is dus 4.438.175 €, zijnde 4.319.550 EUR (bedrag van de offerte van Westerstrand) + 118.625 EUR (65 stuks * 1.825 EUR/stuk)

e) er wordt ook voorgesteld om een reserve van 3% op dit bedrag te reserveren voor interventies buiten het contract om.

⇒ het totale bedrag is dus € 4.570.000.

1.4. Verschil Budget - Offerte

Het oorspronkelijke budget werd geraamd op basis van de prospectie die B-ST bij de belangrijkste uurwerkfabrikanten heeft uitgevoerd. De aangeboden prijzen (buiten de opdracht en op individuele basis) varieerden voor het grootste deel tussen 3.000 en 3.500 €. De minst gunstige hypothese werd behouden en er werd een gemiddelde van ongeveer 3.200 € bepaald en toegepast op de 2.465 geplande klokken.

In het kader van de opdracht en het aantal stuks werden de eenheidsprijzen aanzienlijk verlaagd (in het bijzonder bij Westerstrand). Dit ondersteunt verder de beslissing om rechtstreeks naar de fabrikanten te gaan” (vrije vertaling).

3.6. Op onbekende datum beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv Westerstrand Europe.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

In verband met het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes wordt in die ‘gemotiveerde gunningsbeslissing’ het volgende overwogen:

“3.1. Regelmatigheid van de offertes

De ingediende offertes zijn in de eerste plaats onderzocht op het vlak van de regelmatigheid. De offertes werden ondertekend door de daartoe bevoegde personen. De offertes bevatten de informatie zoals gevraagd in de opdracht-documenten en komen bijgevolg voor een meer diepgaande analyse in aanmerking.

Verduidelijkingen en aanvullende documenten zijn verkregen” (vrije vertaling).

Wat het beheer op afstand van de klokken betreft, worden de offertes van de drie inschrijvers regelmatig bevonden op grond van de inlichtingenfiche over de supervisiesoftware, de technische fiche over de GPRS-router, de algemene ‘clause-per-clause’ en de specifieke ‘clause-per-clause’ betreffende het beheer op afstand.

Dit wordt in de ‘gemotiveerde gunningsbeslissing’ toegelicht als volgt:

“3.2.2 Gedeelte ‘Beheer op afstand’

[...]

BerdoTime (Moser-Baer) en Westerstrand bevestigden het bezit van GSM-R/GPRS-technologie in de klokken.

De GSM-R/GPRS-klokken van BerdoTime zijn al in gebruik bij Prorail Nederland in Nederland.

De GSM-R/GPRS-klokken van Westerstrand zijn al in gebruik bij de Zweedse Spoorwegen in Zweden.

Bodet beschikt niet over deze technologie en stelt een ontwikkeling voor met het oog op de behoeften van de opdracht.

Hoewel twee van de deelnemende firma's al beschikken over een oplossing voor het beheer op afstand, moet deze laatste nog worden aangepast om te voldoen aan onze technische voorschriften (met name de communicatie met het TPST-platform).

- * Moser beschikt over een functionele oplossing voor het beheer op afstand.

- * Bodet stelt voor de oplossing te ontwikkelen volgens de technische specificaties van het bestek.

- * Westerstrand gaat de bestaande oplossing aanpassen om aan onze vraag te voldoen. Het bedrijf heeft de clause-per-clause die specifiek is voor het onderdeel 'beheer op afstand' van het lastenboek voltooid. In dit document gaat het akkoord met de verschillende kenmerken die nodig zijn voor de software-oplossing. Het heeft ons ook een document aangeleverd waarin de kenmerken en de werking van het huidige systeem voor beheer op afstand worden beschreven" (vrije vertaling).

Na het onderzoek van de regelmatigheid worden de offertes met toepassing van het in het bestek vermelde gunningscriterium 'Vergelijkende prijs V' als volgt gerangschikt:

Westerstrand	5.657.208 €
Moser-Baer	7.260.928 €
F. (basisoptie)	7.370.352 €

De offerte van Westerstrand wordt daarbij aangeduid als gekozen offerte die technisch regelmatig is en de beste score behaald heeft.

Luidens de 'gemotiveerde gunningsbeslissing' wordt voorts goedkeuring verleend voor het sluiten van een raamovereenkomst met de nv Westerstrand Europe voor een duur van 4 jaar en een totaalbedrag van 4.570.000 euro.

3.7. Bij aangetekend schrijven waarvan de datum niet kan worden geverifieerd en bij e-mailbericht van 4 augustus 2020, wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de bestreden beslissing. Daarbij wordt haar tevens een kopie van de 'gemotiveerde gunningsbeslissing' bezorgd.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 83 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 74 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017), het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, het materiële motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij betoogt dat uit de gunningsbeslissing blijkt dat de oplossing van de gekozen inschrijver niet voldoet aan de essentiële technische specificaties van de opdracht zoals uiteengezet in het technisch bestek (bijlage C), om welke reden de offerte van de gekozen inschrijver substantieel onregelmatig had moeten worden verklaard. Volgens de verzoekende partij betreffen de eisen die in het technisch bestek worden vooropgesteld minimale voorschriften waaraan moet worden voldaan en gelden zij als essentiële besteksbepalingen. Uit de bestreden gunningsbeslissing blijkt volgens de verzoekende partij duidelijk dat de offerte van de gekozen inschrijver niet voldoet aan de technische minimumvereisten en met name dat een probleem rijst met betrekking tot het beheer op afstand en het TPST-platform van de verwerende partij. Door een niet-compatibele oplossing aan te bieden, brengt de gekozen inschrijver volgens haar ook de goede uitvoering van de opdracht in gevaar. Aldus meent de verzoekende partij dat er een schending voorligt van artikel 74, § 1, 3°, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017.

De motivering in de bestreden gunningsbeslissing dat de gekozen inschrijver zijn oplossing zal aanpassen aan de eisen van de verwerende partij betreft volgens de verzoekende partij geen motivering die de conformiteit met het bestek kan verantwoorden. Het is de verzoekende partij een raadsel op basis van welke elementen in het administratief dossier de verwerende partij kon

oordelen dat de offerte van de gekozen inschrijver voldoet aan de technische vereisten. De materiële motiveringsplicht werd volgens haar dan ook geschonden.

De verzoekende partij betoogt voorts dat de verwerende partij haar eigen bestek en dus het *patere legem*-beginsel heeft geschonden door de offerte van de gekozen inschrijver regelmatig te verklaren terwijl ze niet voldoet aan de technische vereisten van het bestek.

Ook op grond van een vergelijking van de prijzen van de offertes blijkt volgens de verzoekende partij duidelijk dat de gekozen inschrijver niet voldoet aan de technische vereisten. Zo is er een aanzienlijk prijsverschil waarbij het offertebedrag van de gekozen inschrijver volgens haar abnormaal laag is.

De verzoekende partij wijst er ook nog op dat de vastgestelde onregelmatigheid niet kan worden geregulariseerd aangezien het te dezen een opdracht betreft die de drempel voor Europese bekendmaking bereikt en het bestek niet in de mogelijkheid voorziet om een offerte die behept is met een substantiële onregelmatigheid te regulariseren. Door de offerte van de gekozen inschrijver niet onregelmatig te verklaren, is de verwerende partij ook onzorgvuldig opgetreden.

5. De verzoekende partij doet in de memorie van wederantwoord nog gelden dat het feit dat overheidsopdrachten vaak maatwerk vereisen niet uitsluit dat de offertes moeten voldoen aan de minimale eisen van het bestek. Ook het gegeven dat de gekozen inschrijver klokken heeft die reeds door de Zweedse spoorwegen worden gebruikt, betekent volgens haar niet dat deze inschrijver ook voldoet aan de specifieke minimumeisen van deze opdracht. Zij benadrukt voorts dat het te dezen niet gaat om het ontwikkelen van een nieuw systeem aangezien de verwerende partij juist vraagt dat de oplossing compatibel is met de bestaande software van de NMBS.

Het arrest waarnaar de verwerende partij in haar memorie van antwoord verwijst (arrest van 28 januari 2020, nr. 246.873, Coigneux, overw. 7) kan volgens de verzoekende partij niet zonder meer op de voorliggende zaak worden toegepast aangezien die een zaak betrof waarbij een digitaal platform nog volledig diende te worden ontwikkeld en het niet volledig uitgerold zijn van het systeem werd meegenomen in de beoordeling en de evaluatie van de offertes. Volgens de

verzoekende partij leveren zij en de derde inschrijver wel reeds een volledig compatibele klok af, terwijl de oplossing van de gekozen inschrijver nog moet worden aangepast aan de vereisten van de verwerende partij. De verzoekende partij meent dat er ook geen enkele zekerheid is over de kostprijs van deze aanpassingen. De indicaties waarnaar de verwerende partij verwijst om aan te geven dat zij zekerheid had over de uitvoerbaarheid van de offerte van de gekozen inschrijver, bieden volgens de verzoekende partij geen soelaas. De in het kader van de selectiefase voorgelegde referenties kunnen volgens haar betrekking hebben op uiteenlopende opdrachten zodat hieruit niet kan worden afgeleid dat de gekozen inschrijver voldoet aan de door de verwerende partij vereiste minimale technische specificaties.

6. In de laatste memorie blijft de verzoekende partij erbij dat uit niets blijkt dat de offerte van de gekozen inschrijver compatibel zou zijn met de essentiële technische bepalingen. De communicatie met het TPST-beheersplatform van de NMBS is volgens haar een essentieel onderdeel van de opdracht en er blijkt niet dat de verwerende partij voldoende zekerheid had over de uitvoerbaarheid van de opdracht door de gekozen inschrijver. Het voorgaande geldt volgens de verzoekende partij des te meer nu de bestreden beslissing uitdrukkelijk bepaalt dat de bestaande oplossing van de gekozen inschrijver nog moet worden aangepast om compatibel te zijn met de minimumvereisten van de verwerende partij. Zij wijst er daarbij op dat aangezien de offerte van de gekozen inschrijver als vertrouwelijk werd neergelegd, zij niet kan nagaan of de informatie in de memorie van antwoord correct is. Volgens de verzoekende partij is het bevreemdend dat wanneer slechts een eenvoudige aanpassing aan de bestaande oplossing nodig is, dit toch als dusdanig in de bestreden beslissing wordt vermeld. Ten slotte herhaalt zij dat haar offerte en die van de derde inschrijver wel aan deze vereisten voldoet.

Beoordeling

7. Zoals blijkt uit de aankondiging en het bestek heeft de voorliggende overheidsopdracht betrekking op de speciale sectoren, hetgeen door de partijen niet wordt betwist. Het geschonden geachte artikel 83 van de wet overheidsopdrachten 2016 geldt enkel voor overheidsopdrachten in de klassieke

sectoren en wordt in artikel 153 van die wet niet van toepassing verklaard op de speciale sectoren.

Het middel faalt dan ook naar recht in zoverre een schending wordt aangevoerd van artikel 83 van de wet overheidsopdrachten 2016.

8. Artikel 74 van het koninklijk besluit speciale sectoren 2017 luidt:

“§ 1. De aanbestedende entiteit gaat na of de offertes regelmatig zijn.

[...]

Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.

De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd :

[...]

3° de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten.

§ 2. [...]

§ 3. Wanneer gebruik wordt gemaakt van een openbare of niet-openbare procedure, verklaart de aanbestedende entiteit de substantieel onregelmatige offerte nietig. Dit is ook het geval voor een offerte die meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat wanneer de cumulatie of combinatie ervan de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengt.

§ 4. De onderhavige paragraaf is van toepassing op het regelmatigheids-onderzoek van de offertes die geen finale offertes zijn bij de opdrachten met een geraamde waarde gelijk aan of hoger dan de drempel voor de Europese bekendmaking waarbij gebruik wordt gemaakt van een procedure waarin onderhandelingen toegelaten zijn en onverminderd artikel 121, § 6, tweede lid, van de wet. Wanneer het een finale offerte betreft is paragraaf 3 van toepassing.

[...]

§ 5. [...]

Het staat in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om de technische specificaties in het bestek vast te stellen en te interpreteren. Het is immers zij die haar behoeften bepaalt. Evenzeer staat het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om vast te stellen of een afwijking van de besteks-bepalingen al dan niet een substantiële onregelmatigheid betreft.

9. Uit de bestreden beslissing blijkt dat de verzoekende partij en de gekozen inschrijver, in tegenstelling tot de derde inschrijver, reeds over de nodige GSM-R/GPRS-technologie beschikken om het beheer vanop afstand van de klokken mogelijk te maken.

Voor de voorliggende opdracht vereist de technologie van de gekozen inschrijver echter nog een software-aanpassing om in het bijzonder te kunnen communiceren met het TPST-platform van de NMBS. In zijn offerte blijkt de gekozen inschrijver deze aanpassing aan de bestaande oplossing te hebben voorgesteld. Omtrent deze voorgestelde oplossing oordeelde de verwerende partij dat deze in overeenstemming is met de technische vereisten van het bestek.

10. De bewoordingen van het bestek verzetten zich niet tegen de aldus door de verwerende partij gehanteerde interpretatie van de technische specificaties in het bestek.

In de inleiding van bijlage C bij het bestek wordt bepaald dat dit document de algemene bepalingen en technische specificaties beschrijft waaraan de klokken moeten voldoen en de minimale voorschriften vermeldt waaraan moet worden voldaan. De specifieke bepalingen van deze bijlage aangaande het beheer op afstand van de klokken vereisen weliswaar dat de applicatie “compatibel [moet] zijn met het TPST-platform van NMBS, doch ook dat “[d]e leverancier contact [dient op te nemen] met de NMBS om zich te informeren over de criteria voor compatibiliteiten”, en dat “in het geval de inschrijver nog niet beschikt over software en er moet ontwikkelen voor deze opdracht”, een optie wordt toegekend aan de NMBS “om de broncodes te bekomen van de software van het beheer op afstand” en de inschrijver voor deze optie een prijs zal dienen op te geven.

Het bestek vereist bijgevolg niet dat de inschrijvers reeds bij de indiening van hun offerte over een volledig besteksconforme klok beschikken, met inbegrip van de software voor het beheer op afstand die compatibel is met het beheersplatform TPST van de NMBS. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij betoogt, verhindert het gegeven dat de software-aanpassing nog moet gebeuren niet dat de kostprijs daarvan reeds kan worden gecijferd en dat deze inbegrepen is in de aangeboden offerteprijs; aldus is er zekerheid over de kostprijs van de offerte.

Anders dan de verzoekende partij stelt, blijkt uit de bestreden beslissing dat niet alleen de gekozen inschrijver, maar ook de derde inschrijver het bestek heeft geïnterpreteerd in de zin dat het bestek geen bestaande oplossing vereist maar ruimte laat voor hetzij de ontwikkeling van software voor het beheer op afstand, hetzij de aanpassing van een bestaande oplossing om compatibel te zijn met het TPST-platform van de NMBS.

Uit de bestreden beslissing en de stukken van het administratief dossier blijkt ook dat de verwerende partij voldoende zekerheid had over de uitvoerbaarheid van de door de gekozen inschrijver voorgestelde aanpassing en de overeenstemming ervan met de in het bestek gestelde voorwaarden. Daartoe had de gekozen inschrijver de clause-per-clause bij het bestek ingevuld, in het bijzonder het gedeelte met betrekking tot het beheer op afstand, waarin hij zijn akkoord gaf met betrekking tot de verschillende kenmerken die in het bestek voor de softwaretoepassing worden vereist. De gekozen inschrijver had aan de verwerende partij daarnaast nog een document bezorgd waarin de kenmerken en de werking van zijn actuele systeem voor beheer op afstand worden gedetailleerd, alsook een document “NetXMS Administrator Guide” waarin onder meer wordt toegelicht hoe de oplossing van de gekozen inschrijver met de ‘Web Services’ van de NMBS kan worden geconfigureerd.

11. In zoverre de verzoekende partij nog betoogt dat ook op grond van een vergelijking van de prijzen blijkt dat het offertebedrag van de gekozen inschrijver abnormaal laag is en duidelijk niet voldoet aan de technische vereisten, valt de beoordeling van deze grief samen met de beoordeling van diezelfde grief bij het tweede middel.

12. De beweerde onregelmatigheid is niet aangetoond.

In het licht van het voorgaande blijkt ook niet dat de verwerende partij zou hebben gehandeld in strijd met het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel of de materiële motiveringsplicht.

Het eerste middel kan niet worden aangenomen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

13. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 153, 3°, *juncto* artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 43 en 44 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de motiveringswet), het formele motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij betoogt dat uit de bestreden beslissing op geen enkele wijze blijkt dat een algemeen prijsonderzoek werd gevoerd of dat een prijsbevraging werd gedaan overeenkomstig de artikelen 43 en 44 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017. Zij stelt dat niet redelijkerwijze kan worden betwist dat de verwerende partij wel een prijsonderzoek had moeten voeren.

Zij merkt daarbij op dat het bedrag van 4.570.000 euro waartegen de opdracht wordt gegund, verschilt van het bedrag van 5.657.208 euro dat wordt vermeld in de gunningsbeslissing als offertebedrag bij de vergelijking van de prijzen na onderhandelingen. Om die reden maakt zij een vergelijking met beide prijzen.

Vooreerst stelt zij vast dat er een prijsverschil van 16,35 % bestaat tussen het offertebedrag van de gekozen inschrijver en de gemiddelde ‘vergelijkende prijs’ van de door de drie inschrijvers na onderhandelingen ingediende offertes. Indien het uiteindelijke bedrag wordt genomen waartegen de opdracht werd gegund, is er zelfs een prijsverschil van 28,60 %. Op grond van dit prijsverschil meent zij dat er sprake is van een ogenschijnlijk abnormaal lage prijs bij de offerte van de gekozen inschrijver.

Zij merkt voorts op dat ook de geraamde waarde van de opdracht aanzienlijk hoger lag dan de prijs van de offerte van de gekozen inschrijver en het uiteindelijke gunningsbedrag. Wanneer drie offertes worden ingediend waarvan de prijs bij twee ervan in de buurt ligt van het ramingsbedrag terwijl één prijs (die

welke geboden is door de gekozen inschrijver) maar liefst 24,7 % respectievelijk 39,07 % lager ligt ten opzichte van de raming, dan dient volgens de verzoekende partij een dergelijke afwijking in beginsel door een normaal zorgvuldige overheid als een kennelijk substantieel prijsverschil ten opzichte van de raming te worden aangemerkt. Ook om die reden had de verwerende partij een bevraging van de betrokken inschrijver moeten organiseren dan wel een doorgedreven inhoudelijke motivering moeten geven om over die schijn van abnormaliteit heen te stappen.

Uit de bestreden beslissing blijkt volgens haar op geen enkele wijze dat er door de verwerende partij een prijsonderzoek zou zijn gevoerd, laat staan wat de uitkomst van een dergelijk onderzoek zou geweest zijn, zodat ook de formele motiveringsplicht werd geschonden.

14. De verzoekende partij merkt in de memorie van wederantwoord nog op dat het merkwaardig is dat de verwerende partij in de gunningsbeslissing een budget van 4.570.000 euro vooropstelt aangezien normaal in een beslissing tot gunning van een raamovereenkomst verwezen wordt naar het bedrag waarvoor werd ingeschreven of louter de economisch meest voordelige offerte wordt aangeduid.

Voorts meent zij dat de verwerende partij niet ernstig kan betogen de opdracht te ramen op 7.500.000 euro en vervolgens aan te voeren dat zij slechts een budget heeft van 4.570.000 euro. Dit geldt volgens de verzoekende partij des te meer nu de verwerende partij voordien een marktbevraging heeft georganiseerd waarbij informatie werd ingewonnen over de kostprijs van de opdracht. De raming van de opdracht moet correct gebeuren op basis van objectieve gegevens in het licht van de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van de geïnteresseerde ondernemers. Het geraamde bedrag voorzichtigheidshalve overwaarden is onzorgvuldig en niet mogelijk. Indien de verzoekende partij had geweten dat het budget 4.570.000 euro was dan had zij in een andere offerteprijs voorzien.

Uit de gunningsbeslissing blijkt volgens de verzoekende partij enkel dat er een onderzoek werd gevoerd naar de volledigheid van de offerte en dat de eenheidsprijzen aanzienlijk zijn verlaagd. Een effectief prijsonderzoek en een

vergelijking van de prijzen van de inschrijvers onderling en tegenover de raming is niet gebeurd, minstens toont de verwerende partij dit niet aan.

Voorts meent de verzoekende partij dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord ten onrechte abstractie maakt van het energieverbruik in de TCO-formule aangezien de offertes overeenkomstig de opdrachtdocumenten op deze basis dienden te worden vergeleken. Zij betoogt dat de verwerende partij bijgevolg niet zomaar abstractie kan maken van het energieverbruik om de rollen om te draaien en aan te voeren dat niet de gekozen inschrijver abnormaal lage prijzen heeft ingediend, maar dat de verzoekende partij abnormaal hoge prijzen zou hebben ingediend.

De verzoekende partij meent ten slotte dat de stelling van de verwerende partij dat bij de raming van de opdracht nog geen voorafnames werden gemaakt op eventuele kortingen die zij als grote afnemer kon verwachten, een loutere hypothese is die niet wordt onderbouwd. Bovendien blijken alle prijzen verlaagd te zijn en nog wijken de prijzen van de verzoekende partij en van de derde inschrijver aanzienlijk minder af van de raming dan de prijs van de gekozen inschrijver.

15. In de laatste memorie blijft de verzoekende partij er in de eerste plaats bij dat uit niets blijkt dat de verwerende partij een prijsonderzoek heeft gevoerd, ook niet impliciet, laat staan dat dit adequaat is gebeurd, terwijl zij dit, gelet op de aanzienlijke afwijking ten aanzien van de gemiddelde prijs van de inschrijvers en de raming – wel degelijk had moeten doen. De repliek van de verwerende partij dat uit het algemeen prijsonderzoek geen abnormale prijzen zijn gebleken, volstaat niet. De verwerende partij had dit volgens haar minstens moeten motiveren.

De verzoekende partij betoogt verder dat het de offertes na onderhandeling zijn die aan het prijsonderzoek moeten worden onderworpen. Uit het feit dat de derde inschrijver in eerste instantie ook een basisvariant indiende die dichterbij de offerteprijs van de gekozen inschrijver ligt dan bij de offerteprijs van de verzoekende partij kan volgens haar niets worden afgeleid.

Vermits de GPRS-klokken geen standaardproducten zijn, maar een belangrijke ICT-component hebben, geldt volgens de verzoekende partij des te meer dat rekening moet worden gehouden met de ‘vergelijkende’ prijzen. Ook deze component moet immers worden beoordeeld in het kader van het prijs criterium teneinde tot de economisch meest voordelige offerte te komen.

Wat de raming betreft, herhaalt zij dat het niet ernstig is de opdracht te ramen op 7.500.000 euro en nadien aan te voeren dat er ‘slechts’ sprake is van een budget van 4.570.000 euro. Zij betoogt voorts dat de verwerende partij minstens de geïnteresseerde partijen had moeten informeren over deze wijziging dan wel een rechtzetting had moeten publiceren. De geïnteresseerde ondernemingen moeten volgens haar immers een zicht krijgen op de te verwachten hoeveelheden die binnen de raamovereenkomst zullen worden geplaatst, zodat zij hun offerte daarop kunnen afstemmen.

Beoordeling

16. In het algemeen prijsonderzoek bedoeld in artikel 43 van het koninklijk besluit speciale sectoren 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, van de 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 43 van het koninklijk besluit speciale sectoren 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 44 van het

voornoemde besluit 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 44, §§ 1 en 2, bevragen en hem de mogelijkheid bieden om uiteen te zetten waarom zijn prijzen volgens hem niet abnormaal hoog of laag zijn. Overeenkomstig artikel 44, § 3, 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.

17. De aanbestedende overheid beschikt in het kader van het algemeen prijsonderzoek als bedoeld in artikel 43 van het koninklijk besluit speciale sectoren 2017 over een beoordelingsruimte om al dan niet over te gaan tot een bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen, als bedoeld in artikel 44 van het voornoemde besluit.

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

18. In dit verband herinnert de Raad van State eraan dat indien een aanbestedende overheid in het kader van het algemeen prijs- en kostenonderzoek met toepassing van artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 43 van het koninklijk besluit speciale sectoren 2017 tot de vaststelling komt dat er geen abnormale prijzen zijn, de formele motiveringsplicht niet vereist dat dit onderzoek *in extenso* wordt weergegeven in het gunningsverslag of in de bestreden beslissing.

Op grond van de materiële motiveringsplicht moet echter wel uit het administratief dossier blijken dat de aanbestedende overheid een algemeen prijs- en kostenonderzoek heeft gevoerd, onder meer dat zij de prijzen van elke

offerte op zorgvuldige wijze heeft nagekeken. De motieven op grond waarvan zij alsdan van oordeel is dat de aangeboden prijzen niet abnormaal zijn, dienen uit het dossier te blijken.

19. Te dezen blijkt uit het administratief dossier dat de offertes, overeenkomstig artikel 43 van het koninklijk besluit speciale sectoren 2017, zijn onderworpen aan een prijs- of kostenonderzoek.

Zoals weergegeven *sub* 3.5. wordt in het intern document inzake de goedkeuring van de gunning van de opdracht het verschil tussen het oorspronkelijk geraamd budget en de aanzienlijk lager ingediende eenheidsprijzen geduid.

In het administratief dossier bevindt zich voorts een stuk dat door de verwerende partij omschreven wordt als “vergelijking van de eenheidsprijzen van de inschrijvers en toepassing van de TCO-formule op de ingediende offertes”. Dit stuk, dat vertrouwelijk is neergelegd maar dat de Raad van State heeft kunnen inzien, bestaat uit een tabel waarin onder meer de door de inschrijvers in hun offertes aangeboden eenheids- en totaalprijzen per post naast elkaar worden weergegeven, net als de prijs van de door hen in voorkomend geval aangeboden optie (broncode van de software van het beheer op afstand). Ook de subtotalen en de totaalprijzen van de offertes worden naast elkaar weergegeven.

In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat er geen prijsonderzoek zou zijn gevoerd, mist het middel aldus feitelijke grondslag.

20. Om de hiernavolgende redenen kan niet worden aangenomen dat de verwerende partij een onzorgvuldig prijsonderzoek heeft verricht door in de gegeven omstandigheden de gekozen inschrijver geen prijsverantwoording te hebben gevraagd.

20.1. In de mate dat de verzoekende partij betoogt dat de verwerende partij een prijsbevraging had moeten doen aangezien de prijs van de gekozen inschrijver 16,35 % afweek van de gemiddelde ‘vergelijkende prijs’ van de ingediende offertes, valt op te merken dat de verzoekende partij zich voor de berekening van dit prijsverschil ten onrechte steunt op de ‘vergelijkende prijzen’ zoals deze werden berekend aan de hand van de aankondigde

beoordelingsmethode voor dit gunningscriterium, waarbij, naast de prijs, ook het energieverbruik van de klokken in rekening werd gebracht. Het energieverbruik van de klokken vormt immers geen onderdeel van de offerteprijs, maar is slechts een parameter van de aangekondigde beoordelingsmethodiek voor het gunningscriterium. Ook het door de verzoekende partij in het verzoekschrift beweerde prijsverschil van 28,60 % is om diezelfde reden niet dienstig. Bovendien gaat deze laatste door de verzoekende partij gemaakte vergelijking evenmin op waar zij voor de verzoekende partij en de derde inschrijver rekening houdt met de ‘vergelijkende prijs’, terwijl zij voor de gekozen inschrijver het achteraf vastgestelde budget in aanmerking neemt.

De verwerende partij maakt aannemelijk dat zij bij nazicht van de ingediende offerteprijzen kon vaststellen dat de totale offerteprijs van de derde inschrijver beduidend dichterbij de offerteprijs van de gekozen inschrijver ligt dan bij de offerteprijs van de verzoekende partij. Zoals de verwerende partij aangeeft, blijkt ook uit de voornoemde prijzentabel, die de Raad heeft kunnen inzien, dat de eenheidsprijs die door de derde inschrijver werd aangeboden voor de klokken met een diameter van 600 mm, die veruit de grootste post van de opdracht uitmaken, dichterbij de eenheidsprijs van de gekozen inschrijver dan bij de eenheidsprijs van de verzoekende partij. Uit een door de verwerende partij gemaakte en door de Raad van State geverifieerde vergelijking van de eenheidsprijzen voor de klokken ten opzichte van de gemiddelde eenheidsprijzen voor de klokken met een diameter van 600 mm, blijkt inderdaad dat de door de verzoekende partij aangeboden eenheidsprijs de gemiddelde eenheidsprijs aanzienlijk omhoog trekt.

Er valt niet in te zien waarom de verwerende partij te dezen bij het prijsonderzoek, dat voorafgaat aan de vergelijking van de offertes aan de hand van het gunningscriterium, reeds de aangekondigde beoordelingsmethode voor het gunningscriterium zou hebben moeten toepassen en het prijsonderzoek zou hebben moeten uitvoeren op deze ‘vergelijkende prijs’ waarin ook het energieverbruik van de klokken wordt weerspiegeld.

De verwerende partij wijst er voorts op dat de opdracht de levering van GPRS-klokken betreft, die geen standaardproducten zijn maar een belangrijke ICT-component hebben. Uit het bestek blijkt dat de opdracht de levering betreft van klokken met bevestigingsmateriaal met een GPRS-router en

met de nodige elektronische uitrusting voor tijdsinstelling en beheer op afstand. De plaatsing van de klokken maakt geen deel uit van deze opdracht, maar de leverancier dient wel in te staan voor de indienststelling van de klokken, de configuratie ervan en de installatie en configuratie van het beheer op afstand. Uit het bestek en de bij de offertes gevoegde informatie blijkt inderdaad dat de opdracht een ICT-component omvat voor het beheer op afstand van de klokken. De aanname van de verwerende partij dat de technologische verschillen tussen de offertes, bijvoorbeeld op het vlak van de GPRS-router en de aangeboden functionaliteiten, een weerslag hebben op de aangeboden prijzen, gaat de grenzen van een zorgvuldig prijsonderzoek niet te buiten.

20.2. De verwerende partij blijkt voorts niet zonder meer te zijn voorbijgegaan aan de verschillen tussen de offerteprijs van de gekozen inschrijver en de raming. Dit verschil blijkt integendeel haar aandacht te hebben getrokken. In het voornoemde intern document inzake de goedkeuring van de gunning van de opdracht wordt een verklaring gegeven voor de afwijking van de offerteprijs van de gekozen inschrijver ten opzichte van de geraamde prijs. Inzonderheid wordt gesteld dat de raming gebaseerd was op de eenheidsprijzen voor de klokken die werden gegeven bij de marktbevraging toen er nog geen rekening werd gehouden met de af te nemen volumes.

De verzoekende partij wijst er terecht op dat de verlaging van de eenheidsprijzen in de uiteindelijke offertes omwille van de grote af te nemen volumes een element is dat voor alle inschrijvers geldt zodat dit de onderlinge prijsverschillen niet kan verklaren. Dat neemt echter niet weg dat deze vaststelling wel mede een verklaring kan vormen voor de discrepantie tussen de raming van de opdracht en de uiteindelijk ingediende eenheidsprijzen voor de klokken.

Voorts dient te worden gewezen op artikel 7, § 5, van het koninklijk besluit speciale sectoren 2017 naar luid waarvan bij de berekening van de waarde van een raamovereenkomst dient te worden uitgegaan van de geraamde maximale waarde, exclusief btw, van alle voor de totale duur van de raamovereenkomst voorgenomen opdrachten. In de context van een opdracht voor een raamovereenkomst is de vergelijking met de raming, die uitgaat van de geraamde maximale waarde, dan ook minder dienstig als objectief referentiepunt voor de beoordeling van het abnormaal karakter van de inschrijvingsprijzen.

Voor zover de verzoekende partij stelt dat de inschrijvers een zicht moeten krijgen op de te verwachten hoeveelheden die binnen de raamovereenkomst zullen worden geplaatst, stelt de Raad van State vast dat in de prijsinventaris uitdrukkelijk de geraamde hoeveelheden werden opgenomen.

Waar de verzoekende partij ten slotte aanvoert dat zij in een andere offerteprijs voorzien zou hebben indien zij had geweten dat het budget 4.570.000 euro zou bedragen, valt op te merken dat alle inschrijvers bij het indienen van hun offerte op gelijke wijze kennis hadden van het bedrag van de raming. De verzoekende partij toont niet aan hoe het achteraf vaststellen van het budget voor de plaatsing van bestellingen binnen de raamovereenkomst, dat werd berekend in functie van de offerteprijs van de gekozen offerte, een invloed zou hebben gehad op de keuze van de meest voordelige offerte. Deze keuze vond immers voorafgaandelijk plaats op grond van de vergelijking van de ingediende offertes aan de hand van het aangekondigde gunningscriterium met de vermelde TCO-formule.

21. Het administratief dossier doet aldus blijken van de redenen op grond waarvan de verwerende partij heeft geoordeeld dat, ondanks het verschil tussen de prijs van de gekozen inschrijver en de geraamde waarde van de opdracht en de prijsverschillen tussen de offertes, er voor de verwerende partij geen aanwijzing was van een abnormale prijs van de gekozen inschrijver en er dus geen aanleiding was om een nader onderzoek te doen naar de door die partij aangeboden prijs.

De Raad van State neemt dan ook aan dat de verwerende partij een zorgvuldig prijsonderzoek heeft gevoerd, waarvan de neerslag is terug te vinden in het administratief dossier. Nu de verwerende partij tot de conclusie kwam dat de gekozen inschrijver geen abnormaal lijkende prijs aanbood, diende zij geen ruimere formele motivering in de bestreden beslissing zelf op te nemen. De door de verzoekende partij aangehaalde bepalingen en beginselen zijn derhalve niet te geschonden.

Het tweede middel kan niet worden aangenomen.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

22. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4 en 5 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), het materiële motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

In een *eerste onderdeel* betoogt de verzoekende partij dat de gunningsbeslissing een tegenstrijdige motivering bevat met betrekking tot het uiteindelijke gunningsbedrag. Bij de vergelijkende prijs van de offertes na onderhandeling wordt bij de offerte van de gekozen inschrijver een bedrag van 5.657.208 euro vermeld terwijl het uiteindelijke gunningsbedrag voor deze inschrijver zoals vermeld in de gunningbeslissing 4.570.000 euro bedraagt, waarbij het ook niet duidelijk is of dit bedrag btw inbegrepen is of niet. Het zou dan ook niet duidelijk zijn voor welk bedrag de opdracht werd gegund.

In een *tweede onderdeel* betoogt zij dat de bestreden beslissing gebrekkig gemotiveerd is omdat ze geen datum bevat, terwijl artikel 4, eerste lid, 8°, *juncto* artikel 5, 1°, van de rechtsbeschermingswet vereist dat de gemotiveerde gunningsbeslissing de datum van de beslissing vermeldt. Ook het aangetekend schrijven waarmee de bestreden beslissing werd meegedeeld, bevat geen datum.

23. In de memorie van wederantwoord voert de verzoekende partij in het kader van de nadere bespreking van het eerste onderdeel bijkomend aan dat haar slechts een uittreksel van de gunningsbeslissing werd meegedeeld, terwijl artikel 8, § 1, 3°, van de rechtsbeschermingswet voorschrijft dat aan elke inschrijver van wie de offerte niet gekozen is, de gemotiveerde gunningsbeslissing wordt meegedeeld. Volgens de verzoekende partij is het voorts onzorgvuldig en schept het verwarring om in de gunningsbeslissing plots in een budget te voorzien dat intern zou zijn vooropgesteld.

24. In de laatste memorie benadrukt de verzoekende partij nog dat uit de diverse elementen blijkt dat de gunningsbeslissing onzorgvuldig tot stand is gekomen, minstens onvoldoende en niet correct werd gemotiveerd.

Beoordeling

Eerste onderdeel

25. In het bestek wordt vermeld dat de voordeligste offerte wordt gekozen op basis van het enige gunningscriterium ‘vergelijkende prijs’. De offerte met de laagste ‘vergelijkende prijs’ wordt daarbij de meest gunstige geacht. Volgens het bestek wordt deze ‘vergelijkende prijs’ berekend op basis van een ‘total cost of ownership’ (TCO)-formule met als parameters de eenheidsprijs van een welbepaald type klok (dubbelzijdig) met een welbepaalde diameter (600 mm), het aantal van deze klokken (bepaald op 2400) en het totaal klokvermogen (in watt).

Daarnaast dienen de inschrijvers volgens het bestek bij hun offerte een samenvattende inventaris te voegen waarin zij de eenheidsprijs opgeven per type van klok dat moet worden aangeboden. In de inventaris wordt die eenheidsprijs vervolgens vermenigvuldigd met de geraamde hoeveelheid van elk type klok. Voorts voorziet de inventaris in de opgave van eenheidsprijzen voor opleiding, verplaatsing voor keuring en configuratie en desgevallend voor de optie van de broncode voor de software voor het beheer op afstand van de klok. De som van deze verschillende posten in de inventaris vormt de totaalprijs van de offerte.

In de bestreden gunningsbeslissing wordt vooreerst onder het opschrift ‘Beoordeling van de gunningscriteria’ de in het bestek aangekondigde formule voor de beoordeling van het (enige) gunningscriterium herhaald, waarna melding wordt gemaakt van de met toepassing van deze formule verkregen ‘vergelijkende prijs’ voor elke inschrijver. Hieruit blijkt dan ook op voldoende duidelijke wijze dat het bedrag van 5.657.208 euro dat als ‘vergelijkende prijs’ voor de offerte van de gekozen inschrijver wordt vermeld, het resultaat is van de toepassing van de TCO-formule en dat dit niet de totaalprijs is van zijn offerte, zoals opgegeven in zijn samenvattende inventaris.

Daarnaast wordt luidens de gemotiveerde gunningsbeslissing goedkeuring verleend voor het sluiten van een raamovereenkomst met de nv Westerstrand Europe voor een duur van vier jaar en een totaalbedrag van 4.570.000 euro. In het voornoemde intern document inzake de goedkeuring van de gunning van de opdracht, dat deel uitmaakt van het niet-vertrouwelijk gedeelte van het administratief dossier, wordt, na een overzicht van de door de inschrijvers geboden totaalprijzen, verduidelijkt dat dit het uiteindelijke budget betreft voor de opdracht.

Gelet op de opdrachtdocumenten en de daarin opgenomen prijsformule, enerzijds, en de wijze van prijsopgave, anderzijds, komt het als voldoende evident voor dat het bedrag dat op het einde van de gunningsbeslissing wordt vermeld, niet de ‘vergelijkende prijs’ is zoals die voor de gekozen inschrijver werd berekend aan de hand van de aangekondigde TCO-formule en zoals die in de gunningsbeslissing wordt vermeld bij de vergelijking van de offertes. Het moet voor de inschrijvers dan ook voldoende duidelijk zijn dat de gunningsbeslissing in zoverre geen tegenstrijdige informatie bevat. In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat het verwarrend is dat er op het einde van de gunningsbeslissing plots een budget wordt vermeld dat de verwerende partij intern heeft opgesteld, toont zij niet aan hoe hierdoor de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen werden geschonden, noch hoe hierdoor haar belangen werden geschaad.

26. Voorts is het voldoende duidelijk dat het gaat om prijzen zonder btw. In het bestek wordt bij de prijsvoorwaarden en de bepaling van het gunningscriterium ‘vergelijkende prijs’, evenals op de samenvattende meetstaat, immers uitdrukkelijk vermeld dat de inschrijver de prijs, btw niet inbegrepen, opgeeft voor alle posten in de meetstaat en de totaalprijs. Ook in de prijsformule van het gunningscriterium zelf, zoals vermeld in het bestek, wordt de prijs van een klok, dubbelzijdig, diameter 600 mm, gebruikt, zonder dat wordt aangegeven dat deze eenheidsprijs zou worden verhoogd met het toepasselijke btw-percentages.

27. In de memorie van wederantwoord voert de verzoekende partij bijkomend aan dat haar slechts een uittreksel van de gunningsbeslissing werd meegedeeld, terwijl artikel 8, § 1, 3°, van de rechtsbeschermingswet voorschrijft

dat aan elke inschrijver van wie de offerte niet gekozen is, de gemotiveerde gunningsbeslissing wordt meegedeeld.

Zoals blijkt uit het administratief dossier werd de “gemotiveerde gunningsbeslissing” integraal aan de verzoekende partij meegedeeld. Weliswaar werd het “intern document”, dat aan de ‘gemotiveerde gunningsbeslissing’ voorafgaat, haar niet meegedeeld. Dit document maakt echter als dusdanig geen deel uit van de ‘gemotiveerde gunningsbeslissing’. De verzoekende partij heeft voorts kennis kunnen nemen van het betrokken document door de neerlegging ervan in het administratief dossier.

De kritiek heeft bovendien enkel betrekking op de kennisgeving van de bestreden gunningsbeslissing. Een eventueel gebrek in de kennisgeving na het nemen van de bestreden beslissing heeft mogelijk een invloed op de verjaringstermijn om een beroep in te stellen, maar tast de rechtmatigheid van de beslissing zelf niet aan.

28. Het eerste onderdeel kan niet worden aangenomen.

Tweede onderdeel

29. De verwerende partij werpt op dat de verzoekende partij bezwaarlijk kan beweren dat zij enig belang heeft bij het tweede onderdeel van het middel. Zo is het volgens haar duidelijk dat de rechten van verdediging van de verzoekende partij geenszins geschonden zijn door het ontbreken van de datum van de bestreden beslissing. Zoals ook blijkt uit het onderhavige annulatieberoep heeft de verzoekende partij immers zonder probleem de voor haar voorziene rechtsmiddelen kunnen aanwenden.

Het geschonden geachte artikel 4, eerste lid, 8°, *juncto* artikel 5, 1°, van de rechtsbeschermingswet bepaalt dat de aanbestedende instantie in het kader van de plaatsing van een opdracht een gemotiveerde beslissing opstelt wanneer ze een opdracht gunt, ongeacht de procedure, en dat deze gemotiveerde beslissing onder meer de datum van de beslissing bevat. In de ‘gemotiveerde gunningsbeslissing’ wordt geen datum vermeld.

De verzoekende partij betwist echter niet dat de bestreden beslissing haar werd bezorgd bij e-mailbericht van 4 augustus 2020. Gelet op de datum van opening van de offertes op 24 april 2020 waarnaar in de bestreden beslissing wordt verwezen en de datum waarop de bestreden beslissing aan de verzoekende partij werd bezorgd, moet worden aangenomen dat de bestreden beslissing werd genomen ten vroegste op 24 april 2020 en ten laatste op 4 augustus 2020.

De verwerende partij wijst er terecht op dat de vereiste van vermelding van de datum van de gunningsbeslissing werd ingevoegd in artikel 5, 1°, van de rechtsbeschermingswet bij artikel 11, b), van de wet van 16 februari 2017 ‘tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ en dat in de memorie van toelichting bij deze wet wordt gewezen op het normdoel van deze vereiste vermelding. Het was de bedoeling om het voor de belanghebbende mogelijk te maken om na te gaan of de persoon die de beslissing heeft genomen, bevoegd was op de datum dat de beslissing werd genomen (*Parl. St. Kamer*, 2016-2017, nr. 54-2168/001, 13).

Zoals hiervoor aangegeven, is de verzoekende partij ervan op de hoogte dat de bestreden beslissing werd genomen gedurende de hiervoor vermelde periode van 24 april 2020 tot 4 augustus 2020. Zij is aldus in staat geweest de bevoegdheid te betwisten van de steller van de bestreden gunningsbeslissing in de voormelde periode, wat zij te dezen niet heeft gedaan. Dat de exacte datum van de beslissing niet wordt vermeld, doet daaraan niets af. De vermeende schending van de voornoemde bepaling heeft dan ook, in de gegeven omstandigheden, geen invloed kunnen hebben op de draagwijdte van de genomen beslissing, en de verzoekende partij geen waarborg ontnomen, noch als gevolg kunnen hebben de bevoegdheid van de steller van de handeling te beïnvloeden.

30. Het tweede onderdeel is niet ontvankelijk.

V. Verzoek om schadevergoeding tot herstel

31. In haar memorie van wederantwoord formuleert de verzoekende partij een verzoek om schadevergoeding tot herstel (hierna: schadevergoeding).

32. Op grond van artikel 11bis van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de Raad een schadevergoeding toekennen indien de daarom verzoekende partij “een nadeel heeft geleden omwille van de onwettigheid van de akte, het reglement of de stilzwijgend afwijzende beslissing”.

Artikel 25/3, § 3, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ bepaalt dat “[i]ndien geen onwettigheid wordt vastgesteld, [...] het arrest dat de procedure tot nietigverklaring afsluit, eveneens het verzoek om schadevergoeding tot herstel af[wijst]”.

Tot een vaststelling van een onwettigheid is de Raad van State in dit arrest, dat de procedure tot nietigverklaring afsluit, niet gekomen. Die vaststelling alleen reeds volstaat om het verzoek tot schadevergoeding af te wijzen.

VI. Kosten

33. Met toepassing van artikel 70, § 1, vijfde lid, van het voormelde besluit van de Regent zijn het recht en de bijdrage voor de vordering tot schadevergoeding in de gegeven omstandigheden evenwel niet verschuldigd en dienen ze aan de verzoekende partij te worden terugbetaald.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De Raad van State verwerpt het verzoek tot schadevergoeding tot herstel.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Het onverschuldigde recht in verband met het verzoek tot schadevergoeding tot herstel, begroot op een rolrecht van 200 euro en een bijdrage van 24 euro, dient aan de verzoekende partij te worden terugbetaald.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op acht november tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Patricia De Somere,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Paul Lemmens