

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 258.510 van 19 januari 2024
in de zaak A. 240.691/XII-9437**

In zake: de NV LAB9 PRO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sofie Logie
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 december 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 21 november 2023 van Hogeschool PXL om af te zien van het plaatsen van de opdracht met als voorwerp ‘Leveren van laptops voor doorverkoop aan studenten, personeel en voor eigen gebruik’, perceel 3 (Apple Producten)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 januari 2024.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Sofie Logie, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Laura Kempeneers, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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 met als voorwerp ‘Leveren van laptops voor doorverkoop aan studenten, personeel en voor eigen gebruik’.

De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure.

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

3.2. De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

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

Het eerste gunningscriterium ‘Kortingspercentage’ wordt beschreven als volgt:

“Het kortingspercentage dat wordt aangeboden door de inschrijvers wordt in mindering gebracht op de prijs van de officiële prijslijst van Apple (de prijzen die gangbaar zijn in de Apple Store België). De regel van drie zal dan worden toegepast op de prijzen die bekomen worden na toepassing van het kortingspercentage op deze prijzen. De vergelijking zal gebeuren op basis van de evenredigheidsregel toegepast op de aangeboden kortingspercentages.

Kortingspercentage Apple laptops (25 pt)

Kortingspercentage Apple desktops (10 pt)

Kortingspercentage Apple iPads (15 pt)

Kortingspercentage Apple iPhones (5 pt)

Kortingspercentage AppleCare (20 pt)

Kortingspercentage Accessoires (5 pt)”

Bij het vierde gunningscriterium ‘Prijs alternatieve en/of bijkomende service en garantie’ wordt gesteld: “Regel van drie; Score offerte = (prijs laagste offerte / prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs”.

3.4. Twee inschrijvers dienen een offerte in voor perceel 3 van de opdracht, namelijk de verzoekende partij en de nv Econocom Products and Solutions Belux.

3.5. Op 23 maart 2023 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Voor perceel 3 worden de beide inschrijvers geselecteerd, hun offertes worden regelmatig bevonden zonder opmerkingen. In het bijzonder wordt onder ‘prijs- of kostenonderzoek’ gesteld:

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

Na een toetsing aan de gunningscriteria wordt voorgesteld om perceel 3 van de opdracht te gunnen aan de nv Econocom Products and Solutions Belux.

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

3.7. Bij arrest nr. 256.690 van 5 juni 2023 wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bevolen van de voormelde beslissing van 28 maart 2023.

Naar aanleiding van die schorsing, trekt de verwerende partij op 7 juni 2023 – bekrachtigd op 13 juni 2023 – de gunningsbeslissing van 28 maart 2023 in.

Op 28 juni 2023 wordt een prijsverantwoording gevraagd aan de nv Econocom Products and Solutions Belux, die deze bezorgt met een e-mailbericht van 10 juli 2023.

3.8. Op 21 augustus 2023 wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld.

De offerte van de nv Econocom Products and Solutions Belux wordt “inzake het aangeboden kortingspercentage voor AppleCare” substantieel onregelmatig beschouwd omdat er sprake is van “abnormale prijzen/kortingspercentages” in de offerte van deze inschrijver.

De enige overblijvende offerte van de verzoekende partij wordt getoetst aan de gunningscriteria.

Er wordt voorgesteld om perceel 3 van de opdracht te gunnen aan de nv Lab9 Pro.

3.9. Op 29 augustus 2023 keurt de verwerende partij dit verslag goed en gunt zij perceel 3 aan de verzoekende partij.

Op 12 september 2023 trekt de verwerende partij deze gunningsbeslissing van 29 augustus 2023 in op grond van de volgende motieven:

“[...]

Overwegende dat de Dienst Aankoop inmiddels in de mogelijkheid was om de door Econocom Products and Solutions Belux nv in hun aangetekend schrijven aangevoerde grieven te onderzoeken. Naar aanleiding van dit onderzoek komt de Dienst Aankoop tot de conclusie dat er effectief redenen voorhanden zijn die de wettigheid van de gunningsbeslissing van 29 augustus 2023 in het gedrang zouden kunnen brengen en dat het minstens vereist is om een nog uitgebreider prijsonderzoek door te voeren in het kader van onderhavige plaatsingsprocedure, meer bepaald naar de ingediende prijzen in het kader van gunningscriterium 4;

Gelet hierop en teneinde een nieuwe vordering tot schorsing bij de Raad van State te vermijden, is het aangewezen om de gemotiveerde gunningsbeslissing van 29 augustus 2023 van het Directiecomité van Hogeschool PXL om de opdracht met als voorwerp ‘Leveren van laptops voor doorverkoop aan studenten, personeel en voor eigen gebruik’, perceel 3 (Apple Producten), te gunnen aan Lab9 Pro nv, in te trekken;

Overwegende dat de Dienst Aankoop na de intrekking van de gunningsbeslissing van 29 augustus 2023 de plaatsingsprocedure zal verderzetten en minstens een uitgebreider prijsonderzoek zal doorvoeren.”

3.10. De verwerende partij hervat de plaatsingsprocedure en vraagt op 18 september 2023 aan de verzoekende partij en de nv Econocom Products and Solutions Belux om een prijsverantwoording te verschaffen over de door hen aangeboden prijs in het kader van het vierde gunningscriterium ‘Prijs voor de alternatieve en/of bijkomende service en garantie’.

Beide inschrijvers bezorgen hun prijsverantwoording op 29 september 2023.

3.11. Op 21 november 2023 beslist de verwerende partij om af te zien van de plaatsing van perceel 3.

De motivering luidt:

“Er is sprake van een tegenstrijdige formulering bij gunningscriterium 1 voor de toewijzing van perceel 3, doordat hier in eerste instantie de volgende vermelding wordt opgenomen:

‘Het kortingspercentage dat wordt aangeboden door de inschrijvers wordt in mindering gebracht op de prijs van de officiële prijslijst van Apple (de prijzen die gangbaar zijn in de Apple Store België). De regel van drie zal dan worden toegepast op de prijzen die bekomen worden na toepassing van het kortingspercentage op deze prijzen.’

Terwijl net hierna dan weer de volgende vermelding wordt opgenomen onder het betrokken gunningscriterium 1:

‘De vergelijking zal gebeuren op basis van de evenredigheidsregel toegepast op de aangeboden kortingspercentages.’

Gelet op de bovenstaande tegenstrijdige vermeldingen is het onduidelijk of de uiteindelijke vergelijking van de prijzen gebeurt door een vergelijking van de kortingspercentages zelf dan wel door een vergelijking van de prijzen na toepassing van de kortingspercentages. Door deze onduidelijkheid/ tegenstrijdigheid kan perceel 3 van onderhavige opdracht niet op een wettige en correcte wijze gegund worden.

Er werd in het bestek ook niet duidelijk aangegeven dat de aanbesteder een afzonderlijke prijs voor de alternatieve en/of bijkomende service en garantie (hetgeen het voorwerp uitmaakt van gunningscriterium 4 voor de toewijzing van perceel 3 van onderhavige opdracht) wenste te verkrijgen, met als gevolg dat beide inschrijvers er verkeerdelijk van uitgingen dat zij een nulprijs voor de betrokken alternatieve en/of bijkomende service en garantie mochten aanbieden. Ook op dit punt is een verduidelijking op zijn plaats in de mate dat al besloten zou worden om in het kader van een volgende opdracht alsnog dezelfde gunningscriteria te hanteren.

Overwegende dat de Dienst Aankoop tot de vaststelling komt dat ook opnieuw moet worden nagegaan of de vooropgestelde gunningscriteria voor de toewijzing van perceel 3 wel het meest aangewezen zijn om de offerte met de beste prijs-kwaliteitsverhouding voor de aanbesteder aan te duiden;

Overwegende dat tot slot dient te worden vastgesteld dat de bepalingen in het bestek opgenomen in punt II.6. ‘Looptijd en leveringstermijn’, gelet op het tijdsverloop in dit dossier, niet langer actueel zijn en aanpassing behoeven;

Overwegende dat overeenkomstig artikel 85 van de WOO het volgen van een procedure geen verplichting tot het gunnen of het sluiten van de opdracht inhoudt. De aanbesteder kan zowel afzien van het gunnen of het sluiten van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze, aldus het aangehaalde artikel 85 van de WOO;

Gelet op de voorgaande overwegingen, is het bestek voor wat betreft de toewijzing van perceel 3 van onderhavige opdracht niet (langer) geschikt om perceel 3 van onderhavige opdracht toe te wijzen. Om deze reden is het aangewezen om onderhavige plaatsingsprocedure, wat betreft de plaatsing van perceel 3 (Apple producten) van de opdracht met als voorwerp ‘Leveren van laptops voor doorverkoop aan studenten, personeel en voor eigen gebruik’, stop te zetten en het betrokken perceel 3 van deze opdracht niet te plaatsen;

Overwegende dat Dienst Aankoop na de stopzetting van de plaatsingsprocedure nader zal onderzoeken op welke wijze de levering van Apple producten alsnog in de markt zal worden geplaatst.”

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: rechtsbeschermingswet), moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

V. Onderzoek van het enig middel

5. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 5, 10°, van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, het materiële motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partij vat het middel samen als volgt:

“De motivering voor de bestreden beslissing is niet correct, niet afdoende en bijgevolg onwettig.
Bij gebreke aan een rechtsgeldige motivering is de beslissing tot niet-plaatsing van de opdracht onwettig, minstens onzorgvuldig.
De in het middel genoemde wettelijke bepalingen en beginselen zijn geschonden.”

6. Zij voert alsdan kritiek op de vier in de bestreden beslissing opgenomen motieven.

6.1. Wat het eerste motief inzake de tegenstrijdigheid in de omschrijving van het eerste gunningscriterium betreft, licht zij toe dat dit een volledig nieuw argument betreft, dat door géén van de inschrijvers werd opgeworpen. Geen van de inschrijvers heeft hiervan melding van gemaakt of op de beoordeling ervan kritiek geuit. De verwerende partij heeft de betrokken

bestekbepaling steeds geïnterpreteerd in de zin dat de kortingspercentages vergeleken moeten worden, wat blijkt uit haar initiële gunningsverslag van 28 maart 2023 en uit de Excel tabel die zij als vertrouwelijk stuk in de eerste schorsingsprocedure voor de Raad van State heeft neergelegd. Ook in het schorsingsarrest van 5 juni 2023, dat dezelfde overheidsopdracht betreft, is sprake van het gunningscriterium ‘Kortingspercentage’. Volgens de verzoekende partij is het duidelijk dat de vermelding “De regel van drie zal dan worden toegepast op de prijzen die bekomen worden na toepassing van het kortingspercentage op deze prijzen” een materiële verschrijving is, en dat de daarna volgende zin “De vergelijking zal gebeuren op basis van de evenredigheidsregel toegepast op de aangeboden kortingspercentages” primeert. Zij wijst er tevens op dat in het opschrift van het eerste gunningscriterium en de subgunningscriteria telkens ‘Kortingspercentage’ wordt vermeld en dat ook in het offerteformulier en de inventaris om de opgave van het “% Korting” wordt gevraagd.

De verzoekende partij vervolgt dat dit motief een *a posteriori* argument uitmaakt dat irrelevant is voor de gunning van de opdracht. Aangezien de beslissing van 29 augustus 2023 om de offerte van de nv Econocom Products and Solutions Belux onregelmatig te verklaren niet werd ingetrokken en ook niet aangevochten, is deze definitief geworden, zodat haar offerte als enige overblijft. Een enige offerte moet niet getoetst worden aan de gunningscriteria, zodat de interpretatie van de beoordelingsmethodiek van het gunningscriterium ‘kortingspercentage’ totaal irrelevant is. Er kan dan ook niet gesteld worden dat door de voornoemde onduidelijkheid of tegenstrijdigheid perceel 3 niet op een wettige en correcte wijze zou kunnen worden gegund.

Ten slotte wijst de verzoekende partij er nog op dat in het initiële gunningsverslag de nv Econocom Products and Solutions Belux een hogere score had voor het gunningscriterium ‘Kortingspercentage’, met name 74,44 tegenover 59,59 voor de verzoekende partij. Een hoger kortingspercentage werkt uiteraard door op de prijzen zelf. Zij lijkt hiermee te betwisten dat de nv Econocom Products and Solutions Belux een belang zou hebben bij het aanvoeren van de voornoemde onduidelijkheid of tegenstrijdigheid.

6.2. Wat het tweede motief inzake de onduidelijkheid in het bestek aangaande het vierde gunningscriterium betreft, stelt de verzoekende partij dat het voor de inschrijvers wél duidelijk is dat ze een afzonderlijke prijs voor de alternatieve en/of bijkomende service en garantie konden opgeven. Dit blijkt heel duidelijk uit de omschrijving van het gunningscriterium en uit het offerteformulier.

6.3. De verzoekende partij voert vervolgens nog kritiek op het derde motief dat de vooropgestelde gunningscriteria mogelijks niet aangewezen zijn, en het vierde motief dat de bepalingen van II.6. Looptijd en leveringstermijn, gelet op het tijdsverloop in dit dossier, niet langer actueel zijn..

Beoordeling

7. De bestreden beslissing is een beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht, in essentie omdat de aanbestedende overheid het bestek voor de gunning van perceel 3 niet langer geschikt acht.

Overeenkomstig artikel 85 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) houdt het opstarten van een gunningsprocedure geen verplichting in tot het gunnen of het sluiten van de opdracht. De aanbestedende overheid kan zowel afzien van het gunnen of het sluiten van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze.

De plaatsing van een overheidsopdracht strekt ertoe te voldoen aan de behoeften van de aanbestedende overheid. De aanbestedende overheid beschikt in principe dan ook over een beoordelingsruimte bij het nemen van een beslissing om een opdracht al dan niet te gunnen en om de plaatsingsprocedure al dan niet stop te zetten. Wel mag zij daarbij niet willekeurig te werk gaan en moet die beslissing steunen op deugdelijke motieven die de beslissing kunnen dragen. De noodzaak van het aanbrengen van verbeteringen in het bestek, zoals te dezen, kan een gegronde reden zijn.

8. Indien een bestreden beslissing op meerdere motieven steunt die elk op zich die beslissing kunnen verantwoorden, moeten zij alle onwettig zijn om

een nietigverklaring of schorsing bij gebrek aan deugdelijke motivering te verantwoorden. Uit de bestreden beslissing kunnen minstens drie motieven worden afgeleid die elk op zich de stopzetting van de plaatsingsprocedure kunnen schragen.

8.1. De beslissing om af te zien van de plaatsing van perceel 3 berust in de eerste plaats op het motief van een tegenstrijdige omschrijving in het eerste gunningscriterium ‘Kortingspercentage’.

In het bestek wordt met betrekking tot de beoordelingsmethodiek bij dit gunningscriterium terzelfdertijd gesteld dat “[d]e regel van drie zal [...] worden toegepast op de prijzen die bekomen worden na toepassing van het kortingspercentage op deze prijzen”, en dat “[d]e vergelijking zal gebeuren op basis van de evenredigheidsregel toegepast op de aangeboden kortingspercentages”.

De tegenstrijdigheid is evident. De verzoekende partij betwist ook niet dat de toepassing van deze verschillende beoordelingsmethoden een verschillend resultaat oplevert. De omstandigheid dat de inschrijvers geen andere kortingspercentages zouden hebben aangeboden naargelang de beoordelingsmethodiek, aangezien de prijzen zijn vastgelegd in de officiële prijslijst van Apple, zoals de verzoekende partij ter terechtzitting nog stelt, lijkt daar geen afbreuk aan te doen.

Noch het feit dat geen van de inschrijvers daarover in het verleden een opmerking heeft gemaakt, noch het feit dat een inschrijver die zich in de toekomst zou beroepen op een dergelijk middel, zijn belang moet aantonen, lijkt de verwerende partij te verhinderen het bestek op dit punt te verbeteren.

De verwerende partij maakt integendeel aannemelijk dat zij er alle belang bij heeft wettige gunningsbeslissingen na te streven en dat zij in dit kader een rechtzetting van het bestek noodzakelijk kan bevinden.

De verzoekende partij stelt nog ten onrechte dat het eerste motief niet relevant zou zijn omdat de offerte van de nv Econocom Products and Solutions Belux in de gunningsbeslissing van 29 augustus 2023 substantieel onregelmatig is verklaard, en haar offerte, als enige overblijvende offerte, geen beoordeling aan de hand van de beoordelingscriteria meer behoeft. Als gevolg van de intrekkingbeslissing van 12 september 2023 dient immers de beslissing van 29 augustus 2023 te worden geacht nooit te hebben bestaan, de substantieel onregelmatigverklaring van de offerte van de nv Econocom Products and Solutions Belux inbegrepen.

Het komt dan ook voor dat het eerste motief om de plaatsingsprocedure stop te zetten, op zichzelf genomen, een deugdelijk en draagkrachtig motief betreft.

8.2. Ten overvloede wordt nog ingegaan op de kritiek op het tweede motief.

De beslissing om de plaatsingsprocedure voor perceel 3 stop te zetten, berust in de tweede plaats op het motief dat uit het bestek niet duidelijk zou blijken dat de verwerende partij voor de beoordeling van het vierde gunningscriterium ‘Alternatieve en/of bijkomende service en garantie’ een “afzonderlijke prijs”, in de zin van “geen nulprijs” wenste.

De omschrijving van dit vierde gunningscriterium in het bestek lijkt thans niet te beletten dat de inschrijvers voor deze “service en garantie” een nulprijs opgeven. Ook een nulprijs is een prijs, die weliswaar op zijn abnormaliteit moet worden getoetst. De verwerende partij heeft de beide inschrijvers overigens in de loop van de plaatsingsprocedure om een prijsverantwoording in die zin gevraagd.

Indien het de wens is van de verwerende partij om voor het vierde gunningscriterium prijzen aangeboden te krijgen die de economische waarde van de alternatieve en/of bijkomende service en garantie weergeven, kan dat op het eerste gezicht een wettige reden zijn om de procedure stop te zetten teneinde het bestek in die zin aan te passen.

Ook hier doet noch het feit dat geen van de inschrijvers een vraag of klacht dienaangaande heeft gericht aan de verwerende partij noch de handelwijze van de verwerende partij naar aanleiding van de ingetrokken gunningsbeslissingen, anders besluiten.

9. De voornoemde twee motieven zijn in rechte en in feite afdoende en kunnen de bestreden beslissing dragen.

Het middel betreft voor het overige dan ook kritiek op overtollige motieven. In zoverre is het middel zonder belang, gelet op de verwerping van de kritieken op de eerste twee motieven.

VI. Besluit

10. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op negentien januari tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Patricia De Somere