

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 263.600 van 16 juni 2025
in de zaak A. 241.364/XIV-39.530**

Inzake: de GMBH & CO KG-C.
vennootschap naar Duits recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Anthony Poppe
kantoor houdend te 9052 Gent
Bollebergen 2, A/20
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BRUSSELSE HOOFDSTEDELIJKE DIENST VOOR
BRANDWEER EN DRINGENDE MEDISCHE HULP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Véronique Christiaens en Marnix De Smedt
kantoor houdend te 1050 Brussel
Kroonlaan 340
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 5 april 2024, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de Brusselse Hoofdstedelijke Dienst voor Brandweer en Dringende Medische Hulp van 22 december 2023 waarbij de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp ‘Gebruik van software voor het beheer van video-oproepen bij NC 112 en brandweerdyspatching DBDMH om real-time locatie en visuele ondersteuning met betrekking tot incidenten te verkrijgen’ wordt gegund aan onderneming B.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 259.362 van 29 maart 2024 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing ingewilligd.

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

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 januari 2025.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ellen Verschuere, die *loco* advocaat Anthony Poppe verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Marnix De Smedt, 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 voor diensten uit met als voorwerp ‘Gebruik van software voor het beheer van videogesprekken in NC [Noodcentrale] 112 en Brandweerdyspatching DBDMB [Dienst voor Brandweer en Dringende Medische Hulp] om real-time locatie en visuele intelligentie inzake incidenten te verkrijgen’.

De opdracht wordt nationaal bekendgemaakt.

Er wordt gekozen voor een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

3.2. De opdracht wordt nader omschreven in bijlage 1 bij het bestek dat op de opdracht van toepassing is, onder meer als volgt:

“Om een zo efficiënt en effectief mogelijk gebruik van de middelen van de brandweer mogelijk te maken, wil DBDMH gebruik maken van een toepassing die het mogelijk maakt om beelden te livestreamen naar de NC 112 en dispatching van DBDMH. Zo kan een dispatcher onmiddellijk de situatie op het terrein beoordelen en beslissen of er al dan niet extra (specifieke) middelen naar de interventieplaats moeten gestuurd worden. Op deze manier gaat er geen kostbare tijd verloren waarbij de interventie-eenheden moeten wachten op extra middelen.

De NC 112 en dispatching zullen tevens vanop afstand een nauwkeurige locatiebepaling van het incident ontvangen en livebeelden te zien krijgen.”

Blijkens punt I.1 ‘Beschrijving van de opdracht’ van de administratieve bepalingen van het bestek, bestaat de opdracht uit twee posten:

“Post 1:

Implementatie en bedrijfsklaar maken van de softwareapplicatie in de interne informatica systemen van de DBDMH

Post 2:

Het gebruik, het onderhoud en de ondersteuning van de software, met inbegrip van de bijbehorende vorming, gedurende een periode van 4 jaar.”

In punt I.14 ‘Gunningscriteria’ worden de volgende gunningscriteria en hun weging bepaald: (1) ‘Kwaliteit van de aangeboden oplossing’ (50 punten), (2) ‘Prijs van de aangeboden oplossing’ (30 punten), (3) ‘Inhoudelijke kwaliteit van de Service Level Agreement (SLA)’ (15 punten), en (4) ‘Uitvoeringstermijn’ (5 punten).

Het gunningscriterium (1) ‘Kwaliteit van de aangeboden oplossing’ bevat drie subgunningscriteria: ‘Kwaliteit van de technische/functionele specificaties ‘Must have’’ (35 punten), ‘Kwaliteit van de technische/functionele specificaties ‘Nice to have’’ (10 punten), en ‘Inhoud van de nota Gegevensbescherming (GDPR-nota) inzake de aangeboden oplossing’ (5 punten). De prioriteit ‘Must have’ is een onontbeerlijke vereiste waar het ontbreken ervan in de offerte de nietigheid hiervan tot gevolg heeft.

Het gunningscriterium (2) ‘Prijs van de aangeboden oplossing’ bevat twee subgunningscriteria: ‘Prijs voor het gebruik, het onderhoud en de ondersteuning van de software gedurende een periode van 4 jaar, met inbegrip van de bijbehorende vorming’ (25 punten) en ‘Prijs van de implementatie en bedrijfsklaar maken van de softwareapplicatie in de interne informaticasystemen DBDMH’ (5 punten). De beoordelingsmethodiek voor dit gunningscriterium wordt in het bestek als volgt toegelicht:

“Voor het sub-criterium ‘Prijs voor het gebruik, het onderhoud en de ondersteuning van de software gedurende een periode van 4 jaar, met inbegrip van de bijbehorende vorming’:

Punten van de te beoordelen offerte = (laagste prijs vermeld in de conforme offertes / prijs vermeld in de te beoordelen offerte) x gewicht van het sub-criterium ‘Prijs voor het gebruik, het onderhoud en de ondersteuning van de software gedurende een periode van 4 jaar, met inbegrip van de bijbehorende vorming’ (weging: 25 %).

Voor het sub-criterium ‘Prijs van de implementatie en bedrijfsklaar maken van de softwareapplicatie in de interne informaticasystemen DBDMH’ :

Punten van de te beoordelen offerte = (laagste prijs vermeld in de conforme offertes / prijs vermeld in de te beoordelen offerte) x gewicht van het sub-criterium ‘Prijs van de implementatie en bedrijfsklaar maken van de softwareapplicatie in de interne informaticasystemen DBDMH’ (weging: 5 %).

De beide scores behaald voor het gunningscriterium ‘Prijs van de aangeboden oplossing’ worden bij elkaar opgeteld om also een score op 30 punten te bekomen.

De prijs die in aanmerking wordt genomen voor de berekening van deze formules is de prijs die in het document bijlage B ‘Inventaris/Prijslijst’ wordt aangeduid als de totale prijs inclusief BTW.”

Het gunningscriterium (4) ‘Uitvoeringstermijn’ luidt:

“De uitvoeringstermijn bestaat uit de som van de leveringstermijn en de installatieduur:

- Leveringstermijn = termijn, uitgedrukt in kalenderdagen, tussen de datum van ontvangst van de bestelbon en de datum van de dag voorafgaand aan de eerste dag van de implementatie van de softwareapplicatie in de interne informaticasystemen DBDMH;

- Installatieduur = het aantal werkdagen die nodig zijn om de softwareapplicatie succesvol en bedrijfsklaar te integreren in de bestaande informaticasystemen van DBDMH (implementatiefase).”

3.3. Er worden vier offertes ingediend, waaronder door de verzoekende partij en door onderneming B, zijnde de uiteindelijk gekozen inschrijver.

De verzoekende partij geeft voor post 1 ‘Implementatie en bedrijfsklaar maken van de softwareapplicatie in de interne informatica systemen van de DBDMH’, dat wordt beoordeeld in het subgunningscriterium ‘Prijs van de implementatie en bedrijfsklaar maken van de softwareapplicatie in de interne informaticasystemen DBDMH’ (op 5 punten), een eenheidsprijs van 15.000 euro op, en voor post 2 ‘Het gebruik, het onderhoud en de ondersteuning van de software, met inbegrip van de bijbehorende vorming, gedurende een periode van 4 jaar’, dat wordt beoordeeld in het subgunningscriterium ‘Prijs voor het gebruik, het onderhoud en de ondersteuning van de software gedurende een periode van 4 jaar, met inbegrip van de bijbehorende vorming’ (op 25 punten) een eenheidsprijs van 35.000 euro.

De onderneming B. geeft voor post 1 een nulprijs op, en voor post 2 een eenheidsprijs van 39.300 euro.

3.4. Er worden geen onderhandelingen met de inschrijvers gevoerd.

3.5. In het gunningsverslag (zonder datum) worden de offertes onderzocht en beoordeeld. Als aanhangsels bij dit gunningsverslag worden gevoegd: aanhangsel 1 betreffende het al dan niet voldoen aan de vereisten ‘Must have’ per inschrijver, aanhangsels 2 tot 10 betreffende de scores voor de kwaliteit van het voldoen aan die vereisten, aanhangsel 11 betreffende de scores voor de inhoud van de GDPR-nota en aanhangsel 12 bevat het advies van de DPO (*Délégué à la protection des données*) van de DBDMH.

Na verbeteringen op basis van vastgestelde rekenfouten en materiële fouten, wordt met betrekking tot het prijsonderzoek het volgende gesteld:

“4. Na deze verbeteringen vond het prijs- en kostenonderzoek van de ontvangen offertes plaats. Hierbij ontstond niet het vermoeden bij de aanbestedende overheid dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal hoog of laag lijken.”

Onder punt 7. ‘Nazicht van de regelmatigheid van de offertes’ wordt wat onder meer de offerte van B. betreft, het volgende gesteld:

“Behoudens de rekenfout in de offerte van [D.] en de materiële fout in de offertes van [B. en R.], die verbeterd werden, werden de offerteformulieren en de documenten ‘Inventaris/Prijslijst’ naar behoren ingevuld. De offertes van [B., C. en R.] vertoonden geen substantiële onregelmatigheden zoals bepaald in Art. 76 §1 van het KB Plaatsing. De offertes van deze drie inschrijvers werden verder administratief regelmatig bevonden. Op technisch/functioneel gebied werden de offertes van [B., C. en R.] eveneens regelmatig bevonden: elke offerte beschreef op aanvaardbare manier de technische/functionele vereisten zoals vooropgesteld in het lastenboek waarbij deze uitvoerig toegelicht werden tijdens de interactieve demonstratie online van hun oplossing. De 3 offertes bevatten eveneens de nota’s GDPR en SLA, zoals opgelegd in het bestek.”

Drie van de vier offertes worden regelmatig bevonden, waarna deze worden onderworpen aan een evaluatie op basis van de gunningscriteria.

Het tweede gunningscriterium ‘Prijs van de aangeboden oplossing’ wordt als volgt beoordeeld:

“[...]”

Toepassing van deze formules voor de 2 subcriteria leverde de volgende resultaten op:

	Subcriterium 2.1 (*)	Subcriterium 2.2 (**)	Totaal
[B.]	12,72/25	5/5	17,72/30
[C.]	14,29/25	0/5 (***)	14,29/30
[R.]	25/25	0/5 (***)	25/30

Opmerkingen:

(*) Subcriterium 2.1 = ‘Prijs voor het gebruik, het onderhoud en de ondersteuning van de software gedurende een periode van 4 jaar, met inbegrip van de bijbehorende vorming’;

(**) Subcriterium 2.2 = ‘Prijs van de implementatie en bedrijfsklaar maken van de softwareapplicatie in de interne informaticasystemen DBDMH’.

(***) Opmerking inzake het subcriterium 2.2

Na toepassing van de formule voorzien in het bestek om een score toe te kennen aan het subcriterium 2.2 behalen de inschrijvers [C. en R.] elk een score van 0 punten, te wijten aan het feit dat de teller in de formule ‘0’ bedraagt (= prijs van de offerte van [B.] voor dit subcriterium).

Aangezien echter elk van de 2 inschrijvers [C. en R.] een van elkaar verschillende prijs voor dit subcriterium aangeboden hebben, zal in het geval van een eventueel ex aequo in de eindscore voor het totaal van de gunningscriteria tussen een of meer van de voornoemde 2 inschrijvers rekening gehouden worden met hun aangeboden prijs voor het subcriterium 2.2.

In geval van een dergelijk ex aequo tussen [C. en R.] zal de inschrijver met een lagere prijs voor het subcriterium 2.2 de voorrang krijgen”.

De offerte van B. wordt als eerste gerangschikt met een totaalscore van 74,70 %, tegenover 71,66 % voor die van de verzoekende partij, die als tweede wordt gerangschikt.

3.6. Op 7 december 2023 gunt de verwerende partij de opdracht aan onderneming B. Er wordt verwezen naar het gunningsverslag als bijlage.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Vertrouwelijke stukken

4. De verzoekende partij en de verwerende partij vragen om de vertrouwelijke behandeling van bepaalde door hen neergelegde stukken die zij in de inventaris als vertrouwelijk aanduiden.

Er zijn geen gronden aangevoerd door de partijen om het vertrouwelijk karakter van die stukken te lichten. De Raad van State mag overigens deze stukken in zijn beoordeling betrekken.

V. Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen

5. Het tweede middel wordt genomen uit de schending van de artikelen 76, §§ 1 en 5, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit van 18 april 2017), het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht,

“Doordat de gekozen inschrijver een nulprijs heeft gegeven voor de eerste post van de inventaris, zijnde het subgunningscriterium 2.2 [...] ‘Prijs voor de implementatie en operationele gereedheid van de softwaretoepassing in de interne IT-systemen van de DBDMH’;

Doordat de prijs voor een bepaalde post alle prestaties moet dekken die onder die post moeten uitgevoerd worden;

Doordat deze verplichting des te meer geldt voor posten die het voorwerp uitmaken van een afzonderlijk (sub)gunningscriterium;

Doordat de offerte van de gekozen inschrijver daardoor substantieel onregelmatig is;

Doordat de offerte van [de] gekozen inschrijver, die een duidelijke substantiële onregelmatigheid bevat, aanvaard werd, zonder dat deze substantiële onregelmatigheid beoordeeld werd door de verwerende partij;

Doordat de verwerende partij dus ook deze offerte niet geweerd heeft of heeft opgelegd om deze te laten regulariseren;

Terwijl een offerte krachtens artikel 76, § 1, KB Plaatsing, substantieel onregelmatig is 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;

Terwijl artikel 76, § 5, KB Plaatsing voorziet dat de aanbestedende overheid beslist om hetzij de substantieel onregelmatige offerte nietig te verklaren, hetzij om deze onregelmatigheid te laten regulariseren;

Terwijl het bestek bevestigt dat de aanbestedende overheid de onregelmatigheden zal beoordelen op grond van artikel 76, § 5, KB Plaatsing;

Terwijl een gunningsbeslissing moet worden voorafgegaan door een zorgvuldig onderzoek;

Terwijl voor elke administratieve beslissing op grond van de materiële motiveringsplicht rechtens aanvaardbare motieven moeten bestaan die blijken uit het besluit zelf of minstens uit het administratief dossier.

Zodat de in het middel aangehaalde bepalingen geschonden werden.”

De verzoekende partij licht toe dat indien de prijs van een bepaalde post of een bepaald onderdeel van een opdracht een afzonderlijk gunningscriterium vormt, het voor de vergelijkbaarheid van de offertes van belang is dat alle prestaties die onder die post of dat onderdeel moeten worden geleverd, in de prijs voor die post of dat onderdeel worden opgenomen en niet worden verdeeld over andere posten. Er anders over oordelen maakt manipulatie mogelijk van de beoordeling van de gunningscriteria. In deze zaak is het volgens de verzoekende partij duidelijk dat de handelswijze van de gekozen inschrijver een discriminerend voordeel biedt aan die gekozen inschrijver, de concurrentie vervalst en de vergelijking met de andere offertes verhindert.

De verzoekende partij stelt in de eerste plaats dat zij blijkens het gunningsverslag een lagere score dan de gekozen inschrijver behaalt op het gunningscriterium ‘Prijs van de aangeboden oplossing’, ondanks het feit dat haar totaalprijs (155.000 euro, btw niet inbegrepen), lager was dan die van de gekozen inschrijver (157.200 euro, btw niet inbegrepen). De gekozen inschrijver heeft deze hogere score behaalt doordat zij, door het opgeven van een nulprijs voor post 1, de maximale score heeft behaald op het subgunningscriterium ‘Prijs van de implementatie en bedrijfsklaar maken van de softwareapplicatie in de interne informaticasystemen DBDMH’. Deze werkwijze biedt bijgevolg een discriminerend voordeel aan de gekozen inschrijver en ze heeft de concurrentie vervalst in deze opdracht.

Volgens de verzoekende partij kan de door de gekozen inschrijver opgegeven nulprijs voor post 1 'Implementatie en bedrijfsklaar maken van de softwareapplicatie in de interne informatica systemen van de DBDMH' niet worden verantwoord door de stelling dat deze geen prestaties zou moeten leveren onder deze post van implementatie en operationele gereedheid. Integendeel blijkt uit het (voorlopig) analyseverslag van de technische/functionele vereisten, zoals aangehaald door de verwerende partij in de nota, dat de implementatie van de software weliswaar vanop afstand kan gebeuren, maar niet dat er geen prestaties moeten worden verricht door de gekozen inschrijver. De verwerende partij komt in haar eigen analyse tot de conclusie dat het werk van de implementatie moet worden verdeeld tussen de gekozen inschrijver en haarzelf. Voorts blijkt dat de gekozen inschrijver in een leveringstermijn van twintig kalenderdagen en een installatietermijn van drie kalenderdagen heeft voorzien in zijn offerte. Indien de gekozen inschrijver geen prestaties zou moeten verrichten voor de levering en de implementatie van de software, dan zou hij uiteraard ook niet voorzien hebben in dergelijke lange leverings- en implementatieperiode. Deze periode is inderdaad nodig om de opdrachtnemer toe te laten het interne IT-systeem van de verwerende partij te leren kennen en zijn software eraan aan te passen, aangezien de beschermingssystemen op het netwerk van de klant de functionaliteit van het product uitschakelen. Hoewel de gekozen inschrijver misschien standaarddocumenten heeft voor IT-optimalisatie, zal hij hiervoor zelf uiteraard prestaties moeten verrichten. De verwerende partij erkent bovendien zelf dat haar personeel een opleiding moet volgen om zelf de parameters van de softwareapplicatie in te stellen en de gekozen inschrijver de prijs voor deze opleiding onder post 2 van de prijsinventaris heeft ingebracht.

De verzoekende partij benadrukt in de tweede plaats dat de nulprijs opgegeven door de gekozen inschrijver ervoor zorgt dat de beoordelingsmethode voorzien voor dit subgunningscriterium 2.2 niet kon worden toegepast, aangezien de teller in deze formule steeds nul is. Hierdoor krijgen de verzoekende partij en de derde inschrijver een score van 0 op 5 punten op dit subgunningscriterium.

De verzoekende partij besluit dat de opgegeven nulprijs bijgevolg duidelijk de eerlijke vergelijking tussen de offertes heeft verhinderd, en de offerte van de gekozen inschrijver als substantieel onregelmatig had moeten worden beschouwd. Door integendeel die offerte wel te aanvaarden, zonder enige vorm van regularisatie, heeft de verwerende partij artikel 76, § 5, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, haar eigen bestek en het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden. Minstens blijkt niet uit de bestreden beslissing noch uit het dossier, aldus de verzoekende partij, op grond van welke motieven de offerte van de gekozen inschrijver regelmatig werd bevonden, ondanks de nulprijs.

6. In de memorie van antwoord verwijst de verwerende partij, omtrent wat dient te worden verstaan onder de vereiste van post 1 ‘Implementatie en bedrijfsklaar maken van de softwareapplicatie in de interne informatica systemen van de DBDMH’, naar haar uiteenzetting met betrekking tot het eerste middel.

Zij vervolgt dat, gelet de door de gekozen inschrijver gebruikte technologie, de door haar voorgestelde toepassing als het ware al was geïmplementeerd, nog voor de opdracht aanvang nam, omdat deze op een SaaS-technologie berust die door de opdrachtnemer zelf wordt gehost. De gekozen inschrijver heeft in zijn offerte daarenboven uiteengezet “[...] Sinds 2013 werken we met klanten over de hele wereld en hebben we uitgebreide ervaring met werken op afstand, digitaal en op afstand. We werken voortdurend aan het implementeren van updates van virtuele servers op afstand en deze competentie zal ook cruciaal zijn in dit project, waarin veel van het werk voor het opzetten van uw nieuwe softwareoplossing op afstand zal worden gedaan. Samen zullen we de richtlijnen bepalen voor ons gedistribueerde werk en wanneer het nodig zal zijn om toegang te hebben tot uw DMZ.” Er was dus volgens haar geen implementatie nodig, behoudens het openstellen van de poorten van het netwerk van de DBDMH en de toegang tot de DMZ. Dit laatste kon echter alleen, om evidente redenen van veiligheid, de verwerende partij voor haar rekening nemen.

De applicatie van de gekozen inschrijver was bovendien bedrijfsklaar omdat zij aan alle minimumvereisten van het bijzonder bestek voldeed, zonder dat hiervoor enige aanpassing diende te gebeuren. Het bijzonder bestek schrijft de gewenste parameterinstellingen niet voor, maar schrijft wel voor dat bepaalde parameters of instellingen door de opdrachtnemer moeten kunnen worden aangepast. De verwerende partij haalt als voorbeelden de vereisten nrs. 70, 74 en 83 aan, waaruit volgens haar zeer duidelijk blijkt dat het de opdrachtgever zelf is die de instellingen moet kunnen aanpassen.

Het herschikken van de parameters maakt volgens de verwerende partij dan ook geen onderdeel uit van post 1, zodat de gekozen inschrijver voor de opleiding van het personeel van de verwerende partij hiervoor geen prijs kon opgeven in de prijsinventaris, terwijl post 2 wel in dergelijke opleiding voorziet.

Wat de uitvoeringstermijn betreft, stelt de verwerende partij dat uit de offerte van de gekozen inschrijver niet kan worden afgeleid waarom deze als leveringstermijn twintig dagen en als installatieduur drie dagen heeft opgegeven, temeer omdat de aangeboden software bedrijfsklaar was en geen implementatie behoefde. De verwerende partij leidt hieruit af dat deze opgegeven termijn neerkwam op “een beschikbaarheidstermijn van de gekozen inschrijver om de accounts van de gebruikers aan te maken, wat op zich geen noemenswaardige tijd vergt”.

Voor zover de verzoekende partij stelt dat de beoordelingsmethode voorzien in het bestek niet kon worden toegepast als gevolg van de nulprijs opgegeven door de gekozen inschrijver voor subgunningscriterium 2.2, stelt de verwerende partij dat zij, op basis van de inlichtingen waarover zij beschikte in het kader van het door haar gevoerde prijsonderzoek, redelijkerwijs ervan kon uitgaan dat de opgegeven nulprijs geen abnormale prijs is. Het feit dat de opgegeven nulprijs de toepassing van de vooropgestelde beoordelingsmethode bemoeilijkt, impliceert volgens haar niet dat de betrokken offerte substantieel onregelmatig is in de zin van artikel 76, §1, van het koninklijk besluit van 18 april

2017. Bovendien, opdat de offerte van de verzoekende partij, in het licht van de vastgestelde gunningscriteria, de economisch meest voordelige offerte zou zijn geweest, had de gekozen inschrijver voor post 1 van de prijsinventaris een prijs dienen op te geven van meer dan 9.120 euro, btw niet inbegrepen.

De verwerende partij verwijst tot slot naar een arrest van het Hof van Justitie (HvJ 10 september 2020, C-367/19, EU:C:2020:685) waaruit blijkt dat een prijs van nul euro niet automatisch de onregelmatigheid van de offerte als gevolg heeft, op voorwaarde dat de overeenkomst, zoals in voorliggend geval, onder bezwarende titel wordt afgesloten. De verwerende partij heeft aangetoond dat zij een degelijk prijsonderzoek heeft uitgevoerd en dat er hierbij, in hoofde van de gekozen inschrijver, geen abnormale prijs werd vastgesteld, zo ook voor post 1. Bijgevolg kon zij de offerte van de gekozen inschrijver niet weren louter omdat deze een nulprijs heeft opgegeven voor post 1 van de prijsinventaris.

7. In haar laatste memorie stelt de verwerende partij dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen drie onderdelen van de opdracht: het bedrijfsklaar maken van de toepassing, de implementatie ervan en het instellen van de parameters. De gekozen inschrijver voldeed aan alle ‘*must have*’-vereisten van het bestek, waardoor de toepassing als bedrijfsklaar werd beschouwd, terwijl de verzoekende partij haar toepassing nog verder diende te ontwikkelen om aan die vereisten te voldoen. Wat betreft de implementatie, werd door de gekozen technologie (SaaS) geen noemenswaardige inspanning vereist, wat een nulprijs rechtvaardigde. Ook de verzoekende partij gebruikte een gelijkaardige technologie en had dus ook een nulprijs kunnen overwegen. De opdrachtdocumenten vereisten geen andere instellingen dan de ‘*must have*’-vereisten, waardoor het instellen van parameters geen voorwaarde was voor conformiteit. Deze configuratie valt dus niet onder post 1 van de prijsinventaris, maar onder post 2, bijvoorbeeld als opleiding. De verwerende partij verwijst nog naar een arrest van de Raad van State van 21 juni 2022, nr. 254.054, (ECLI:BE:RVSCE:2022:ARR.254054) waarin wordt bevestigd dat een nulprijs niet automatisch leidt tot de onregelmatigheid van een offerte. Zolang de inschrijver kan aantonen dat hij de opdracht kan uitvoeren volgens het bestek, is een nulprijs toegestaan.

Beoordeling

8. Artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 luidt:

“De aanbestedende overheid gaat na of de offertes regelmatig zijn.
De offerte kan substantieel of niet substantieel onregelmatig 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.”

9. In beginsel is er geen beletsel om, zoals te dezen, een gunningscriterium inzake de prijs onder te verdelen in meerdere subgunningscriteria.

Daarbij is wel vereist dat als de prijzen van bepaalde onderdelen van de opdracht worden vergeleken in aparte subgunningscriteria waaraan afzonderlijke gewichten worden toegekend, het relatieve gewicht van elk onderdeel of criterium in een redelijk verband dient te staan tot het vermoedelijk belang van de betrokken prestatie in het geheel van de prijsbepalende prestaties.

Indien aldus de prijs van een bepaalde post een afzonderlijk gunningscriterium vormt, is het bijgevolg voor de vergelijkbaarheid van de offertes van belang dat alle prestaties die onder die post moeten worden geleverd, in de prijs voor die post worden opgenomen en niet worden verdeeld over andere posten. Er anders over oordelen zou manipulatie van de beoordeling van de gunningscriteria mogelijk te maken.

10. Te dezen wordt in het bestek verplichtend opgelegd dat een prijs voor de implementatie en het bedrijfsklaar maken van de software in de interne informaticasystemen van de DBDMH (post 1) wordt opgegeven, afzonderlijk van de prijs voor het gebruik, het onderhoud en de ondersteuning van die software

gedurende vier jaar, de bijhorende vorming inbegrepen (post 2). Het is aldus de uitdrukkelijke wil van de verwerende partij dat de opdrachtnemer zal instaan voor de implementatie en het bedrijfsklaar maken van de software in haar intern systeem.

11. In het gunningsverslag wordt betreffende de nulprijs opgegeven door de gekozen inschrijver niets vermeld.

Wat de door de gekozen inschrijver voorgestelde oplossing betreft, verwijst de verwerende partij naar het ‘voorlopig analyseverslag van de technische/functionele vereisten’, vertrouwelijk stuk dat de Raad van State heeft kunnen inzien en waaruit de verwerende partij in de memorie van antwoord de volgende passage citeert:

“Op browser gebaseerd (je hoeft geen app te installeren)
Installatie en configuratie op afstand van Vidéolink-software via SSH op DBDMH’s eigen serveromgeving of gehost in Frankfurt
Ervoor zorgen dat de juiste poorten op het netwerk open staan
Toegang tot de DMZ van de DBDMH wordt op het juiste moment ingepland en het werk wordt verdeeld.”

Zij vervolgt dat zij de opgegeven nulprijs als normaal heeft aanvaard door te stellen dat “het opzetten van de oplossing [...] vanop afstand [zal] gebeuren, mits toegang wordt verleend tot het informaticasysteem van de verwerende partij”, en “het instellen van de gebruiksparementers [...] volledig door de gebruiker (‘*administrator*’ of ‘*super-user*’) zelf [kan] beheerd worden”.

12. Daargelaten of, gelet op de gebruikte ‘*Software as a Service*’ (SaaS)-technologie, de aangeboden oplossing slechts een minimale tussenkomst van de opdrachtnemer zou behoeven om de juiste netwerkpoorten te openen zodat de beveiliging van het informaticasysteem van de gebruiker de werking van de applicatie toelaat, overtuigt de verwerende partij niet dat zulks het geval is wat de tussenkomst betreft om de software in de interne informaticasystemen van de DBDMH gebruiksklaar te maken.

De omstandigheid dat dit gebruiksklaar maken op afstand kan gebeuren en het instellen van de gebruikspareters van de softwareapplicatie volledig door de gebruiker zelf kan worden beheerd, toont op zich niet aan dat hiervoor geen prestatie van de opdrachtnemer tegenover zou staan. Ook de omstandigheid dat het bestek niet uitdrukkelijk bepaalt op welke wijze de verwerende partij de vooropgestelde ‘*must haves*’ wenst in te stellen, neemt niet weg dat om te kunnen worden gebruikt, ze hoe dan ook moeten worden ingesteld. Dat dit door de verwerende partij zelf zou dienen te gebeuren, stemt niet overeen met de omschrijving van post 1, waaruit blijkt dat de opdrachtnemer zal instaan voor de implementatie en het bedrijfsklaar maken van de software in haar intern systeem.

Bovendien blijkt uit de stukken van het dossier dat die implementatie een opleiding noodzaakt. Dit wordt bevestigd in de offerte van de gekozen inschrijver, vertrouwelijk stuk dat de Raad van State heeft ingezien, waarin sprake is van het intern bij de opdrachtgever trainen van “*super-users*” gedurende de implementatiefase, zodat deze in staat zijn om de oplossing aan te passen aan de eigen eisen en wensen. In het bijzonder wordt voorzien in testen en trainen van “*super-users/administrators*” in functionaliteit en *workflows* (geschat op 1 dag) alsook in een basisgebruikerstraining aan elke dienst op de meldkamer (geschat op 1 week) alvorens het platform kan worden gebruikt tijdens noodoproepen.

Het lijkt bijgevolg geen twijfel dat de voorgestelde oplossing met standaardparameters nog moet worden aangepast aan de individuele noden van de gebruiker, en dat nog een opleiding dient te worden gegeven alvorens de oplossing daadwerkelijk kan worden gebruikt. Voor zover de verwerende partij in de memorie van antwoord stelt dat de instellingen van de voorgestelde oplossing reeds overeenstemden met de ‘*must have*’ vereisten, doch het aanpassen van deze parameters volgens het bestek diende te gebeuren door de opdrachtgever zelf, “mits een opleiding, waarvan de kost uitsluitend onder post 2 valt” wordt zij dan ook niet bijgevalen. Minstens de kost voor opleiding gedurende de implementatiefase dient te vallen onder post 1.

13. Door deze handelwijze heeft de verwerende partij de onderlinge weging van de twee betrokken subgunningscriteria miskend. De gekozen inschrijver heeft zich een disproportioneel voordeel toegekend door het invullen van een nulprijs op het afzonderlijk subgunningscriterium 2.2, terwijl niet is aangetoond dat daar geen prestaties tegenover staan. Hiermee is de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang gekomen.

Hieruit volgt dat de verwerende partij, door de offerte van onderneming B. te aanvaarden en die niet als substantieel onregelmatig te weren, zij artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 heeft geschonden.

14. Voor zover de verwerende partij opwerpt dat de gekozen inschrijver voor post 1 een prijs had dienen op te geven van meer dan 9.120 euro, btw niet inbegrepen, opdat de offerte van de verzoekende partij de economisch meest voordelige offerte zou zijn geweest, mag de verzoekende partij, als tweede gerangschikte inschrijver, hoe dan ook geacht worden te beschikken over het vereiste belang bij een middel waarin zij de regelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver betwist.

De verwerende partij verwijst ten slotte tevergeefs naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 10 september 2020, C-367/19, (EU:C:2020:685), en het arrest van de Raad van State van 21 juni 2022, nr. 254.054, (ECLI:BE:RVSCE:2022:ARR.254054). Deze rechtspraak is te dezen niet dienend aangezien hiervoor is vastgesteld dat niet de opgave van de nulprijs op zich, maar wel de omstandigheid dat bepaalde kosten ten onrechte onder een andere post zijn ondergebracht, de vergelijkbaarheid van de offertes heeft verhinderd, gelet op het gunningscriterium ‘Prijs’ dat is onderverdeeld in twee subgunningscriteria met elk een eigen weging.

15. Het tweede middel is in de aangegeven mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de Brusselse Hoofdstedelijke Dienst voor Brandweer en Dringende Medische Hulp (DBDMH) van 22 december 2023 waarbij de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp ‘Gebruik van software voor het beheer van video-oproepen bij NC 112 en brandweerdyspatching DBDMH om real-time locatie en visuele ondersteuning met betrekking tot incidenten te verkrijgen’ wordt gegund aan onderneming B.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro, een bijdrage van 48 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 924 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op zestien juni tweeduizend vijftientig, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Patricia De Somere,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Geert Debersaques