

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 248.901 van 13 november 2020
in de zaak A. 232.020/XII-8974**

In zake: 1. de VOF DXC TECHNOLOGY BELGIUM
2. de BV ENTERPRISE SERVICES BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo en Ruben Dewulf
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe, Leen De Vuyst en Alexandre
Peytchev
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

de NV SOPRA STERIA BENELUX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Thiel, Katrijn Vermeulen en Valentine de
Francquen
kantoor houdend te 1050 Brussel
Flageyplein 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 16 oktober 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de op 1 oktober 2020 aan [de VOF DXC Technology Belgium en de BV Enterprise Services Belgium] meegedeelde beslissing van de Algemene Directie van het

middelenbeheer en de informatie van de Federale Politie om de dialoogfase opnieuw te openen nadat deze werd afgesloten inzake de overheidsopdracht met referentie ‘procurement 2017 R3 045’ met als voorwerp ‘leveringen/diensten voor de verwerving en de implementatie van een geïntegreerde ICT-oplossing in het kader van het “I-Police” project van de geïntegreerde politie, gestructureerd op twee niveaus’.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

Met een verzoekschrift van 2 november 2020 heeft de nv Sopra Steria Benelux gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 november 2020, om 14.45 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Frank Judo, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Alexandre Peytchev, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Valentine de Francquen en Katrijn Vermeulen, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 Federale Politie schrijft een overheidsopdracht uit met als voorwerp de aanschaf van een geïntegreerde ICT oplossing gesteund, voor zoveel als mogelijk, op *commercial off-the-shelf (COTS)* producten die de operationele processen van de geïntegreerde politie (GPI) ondersteunen.

De gunningswijze van de opdracht is de concurrentiedialoog waarbij wordt verwezen naar artikel 27 van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, en het koninklijk besluit van 15 juni 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2011).

3.2. Op 26 oktober 2016 plaatst de verwerende partij een vooraankondiging van de opdracht in het Bulletin der Aanbestedingen en op 28 oktober 2016 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

Op 27 februari 2017 volgt een aankondiging van de opdracht met het selectiedossier in het Bulletin der Aanbestedingen en op 4 maart 2017 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. De verwerende partij selecteert op 28 december 2017 de volgende drie inschrijvers:

- de cvba Deloitte Consulting – de bvba IBM Belgium
- de bvba Enterprise Services Belgium – de vof CSC Computer Sciences – de nv Capgemini Benelux, dit zijn de verzoekende partijen
- de sa/nv Sopra Steria Benelux, dit is de tussenkomende partij.

Aan de geselecteerde deelnemers wordt op 19 januari 2018 het beschrijvend document van de opdracht met de gunningscriteria gezonden.

De deelnemers dienen in april 2018 een initiële offerte in die het voorwerp uitmaakt van de dialoog.

3.4. De dialoogsessies vinden plaats vanaf 23 mei 2018 tot 24 juni 2019.

In de loop van de procedure heeft de deelnemer bestaande uit de cvba Deloitte Consulting en de bvba IBM Belgium besloten om zich terug te trekken uit de procedure.

3.5 De verwerende partij beslist op 24 juni 2019 de concurrentiedialoog te sluiten met de volgende motivering:

“De GPI is van mening dat, na een periode van 8 maanden, de wederzijdse uitwisseling van informatie ruim voldoende rijk en intensief was om de beide kandidaten in staat te stellen om, met inzicht en begrip van het belang van dit project, de i-Police visie, de behoeften en verwachtingen van de GPI, te kunnen antwoorden op een vraag tot finale offerte voor het programma i-Police.

Beide partijen hebben een oplossing voorgesteld die zou kunnen voldoen aan de behoeften en vereisten van i-Police op voorwaarde dat er in de finale offerte terdege rekening gehouden wordt met de aandachts- en verbeterpunten die tijdens de dialoog met hen besproken werden.”

Op 4 oktober 2019 nodigt de verwerende partij de twee resterende geselecteerde deelnemers uit tot het indienen van een offerte op grond van de finale opdrachtdocumenten.

Ter verduidelijking van de finale opdrachtdocumenten voorziet de verwerende partij in een schriftelijke vragenronde. Beide deelnemers stellen vragen, waarop de verwerende partij antwoordt per brief van 6 december 2019.

3.6. De verzoekende partijen en de nv Sopra Steria Benelux dienen op 16 december 2019 hun finale offertes in.

In het kader van de administratieve en technische analyse van deze finale offertes stelt de verwerende partij aan hen nog diverse vragen ter verduidelijking, die door hen worden beantwoord.

3.7. De verwerende partij beslist evenwel op 30 september 2020 om de dialoofase te heropenen.

Dit is de bestreden beslissing.

De motivering luidt onder meer:

“Bij de analyse van de finale offertes en de antwoorden op de bijkomende administratieve en technische vragen diende evenwel te worden vastgesteld dat beide finale offertes tal van onduidelijkheden, discrepanties/aannames en (substantiële) onregelmatigheden bevatten die het de GPI onmogelijk maken om deze finale offertes te aanvaarden, terdege te beoordelen en op correcte wijze te vergelijken laat staan om over te gaan tot een rechtszekere gunning en uitvoering van de opdracht.

[...]

1. In de finale offertes van DXC en Sopra Steria worden garantietermijnen voorgesteld die omwille van hun duurtijd dan wel hun start- en/of einddatum afwijken van de (duidelijke en essentiële) vereisten beschreven in punt 19 van het Administratieve Deel van het bestek/aanvraag tot indiening finale offertes.

2. In het kader van het prijscriterium hanteren de inschrijvers uitgangspunten die de vergelijking van de offertes verhinderden, omdat zij gebaseerd zijn op al dan niet met het bestek tegenstrijdige aannames en/of onrealistische eigen inschattingen. Zo kan gewezen worden op volgende vaststellingen:

Beide inschrijvers gaan uit van de aanwezigheid van een bepaald softwareproduct in hun finale offertes, terwijl dit product echter niet tot de standaardproducten van de politie behoort;

De door beide inschrijvers opgegeven eigen inbreng in mandagen voor de implementatie is volgens eigen inschattingen van GPI op bepaalde punten irrealistisch, aangezien deze gebaseerd is op foutieve aannames of/en onvoldoende rekening houdt met de complexiteit en specificiteit van de opdracht waardoor het er sprake is van een te lage inschatting van de eigen inbreng van de GPI;

DXC geeft in haar finale offerte expliciet aan zelf de veiligheidstests uit te voeren, terwijl dit volgens het bestek/aanvraag tot indiening finale offertes door een onafhankelijke partij diende te gebeuren. Dit gegeven heeft eveneens een impact op de prijsberekening;

Sopra Steria beschouwt de door haar opgegeven mandagen voor de implementatie expliciet als niet-bindend (antwoord van 6 maart 2020 op bijkomende vraag 39 bij de finale offerte, Q&A van 21 februari 2020).

Aldus zijn de offertes, zelfs los van de vraag naar verenigbaarheid met het bestek, gebaseerd op eigen uitgangspunten die evident een rechtstreekse weerslag hebben op de manier waarop beide inschrijvers hun prijsopgave hebben opgemaakt (punt 4.5 Technische deel van het bestek/aanvraag tot indiening finale offertes). Beide offertes zijn bijgevolg volstrekt onvergelijkbaar (punt 16.2 van het Administratieve Deel van het bestek/aanvraag tot indiening finale offerte).

3. Beide offertes bevatten op meerdere punten ook afwijkingen van de (essentiële) vereisten van het Technische deel van het bestek/aanvraag tot indiening finale offertes:

In beide finale offertes werd vastgesteld dat bepaalde delen van de technische offerte afwijkingen uitmaken van bepalingen die in het bestek/aanvraag tot indiening finale offertes werden omschreven als vereisten met prioriteit 1. In de punten 2.3 (p. 55), 2.5.2 (p. 283), 3 (p. 335), 4 (p.357), 4.5 (p. 390) en 5.4.3 (p. 594) van het Technische Deel van het bestek/aanvraag tot indiening finale offertes (bijlage D) werd meermaals en duidelijk gesteld dat vereisten met prioriteit 1 moeten gedekt worden door de voorgestelde oplossing (essentieel); indien aan deze vereisten niet voldaan wordt, is de oplossing niet conform en dus uitgesloten. De bepalingen met betrekking tot de vereisten met prioriteit 1 zijn duidelijk aan te merken als essentiële besteksbepalingen betreffende de technische specificaties.

4. Los van eigenlijke vastgestelde afwegingen geldt meer algemeen dat sprake is van grote onduidelijkheden aangaande de mate waarin bepaalde prioriteiten 1, 2 en/of 3 al dan niet vervuld zijn in de offertes en onderliggende aannames. Een aantal van deze onduidelijkheden komt voort uit een specifieke interpretatie van bepaalde concepten door de inschrijvers, die niet steeds in overeenstemming is met de vooropgestelde betekenis ervan in het bestek/ aanvraag tot indiening finale offertes.

Loutere vragen en antwoorden om een en ander uit te klaren waren niet van aard die vaststellingen te verhelpen en GPI is van oordeel dat bijkomende vraagstelling om bepaalde onduidelijkheden of vaststellingen uit te klaren geen oplossing kan bieden voor de gerezen pijnpunten. Dergelijke uitwisseling van vragen en antwoorden (en gegevens in dat kader) zou gegeven de aard en omvang van de gedane vaststellingen en

onduidelijkheden noodzakelijkerwijze leiden tot diverse aanvullingen en wijzigingen van de offertes die niet inpasbaar zijn in dit stadium van de procedure. Dit is in het bijzonder ook het geval omdat op basis van de analyse van (en in dat kader uitgewisselde vragen en antwoorden aangaande) de finale offertes aan te nemen is dat de noodzakelijke concretisering, verfijningen en aanpassingen van de offertes voorafgaandelijk besprekingen en zelfs bijkomende toelichtingen/informatie zouden veronderstellen vanwege de GPI zelf. In dat kader bestaat aldus ook het risico dat een bepaalde inschrijver in het kader van vragen nu concretisering zou kunnen doen op basis van aanvullende informatie, hetgeen ook een miskennen zou zijn van het gelijkheidsbeginsel.

Op basis van de voorliggende offertes kan heden niet tot gunning van de opdracht worden overgegaan, gegeven de onvergelykbaarheid van de offertes, de vastgestelde onregelmatigheden en meer algemeen de noodzaak om bepaalde aspecten uit te klaren en waar nodig ook het bestek te verfijnen. De mogelijkheden van informatie-uitwisseling na de afsluiting van de dialoog zijn onvoldoende om daaraan tegemoet te komen.

Gezien het voorgaande is het noodzakelijk en verantwoord om de dialoog met beide inschrijvers te heropenen teneinde eventuele onduidelijkheden weg te werken, de eventueel door de inschrijvers als noodzakelijk aangevoelde aannames te bespreken en deze vervolgens – desgevallend na verfijning van het bestek en verduidelijking van de onderliggende aannames langs de zijde van GPI – de kans te bieden om een nieuwe finale offerte in te dienen waarin zij kunnen remediëren aan de vastgestelde tekortkomingen en waarbij de offertes onderling vergelijkbaar zijn.

De regelgeving en het beschrijvend document voorzien niet uitdrukkelijk in de mogelijkheid tot heropening van de dialoog. Er is echter niet in te zien waarom zulks niet toelaatbaar zou zijn, vermits op geen enkele wijze afbreuk wordt gedaan aan de oorspronkelijke contouren van de opdracht en/of aan de rechten van derden. Het enige alternatief zou bestaan in het stopzetten van de voorliggende procedure en het opstarten van een nieuwe overheidsopdrachtenprocedure maar dit zou niet verantwoord zijn in het licht van de door de GPI en door de inschrijvers geleverde inspanningen en het tijdsverlies dat daardoor zou ontstaan.”

IV. Tussenkomen

4. De nv Sopra Steria Benelux blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en lijkt er belang bij te hebben dat de vordering wordt afgewezen. Zij was immers partij in de concurrentiedialoog waarin zij een finale offerte heeft ingediend en beklemtoont dat zij de wens heeft om de gunnings-

procedure verder te zetten. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering - belang van de verzoekende partijen

5. De verzoekende partijen betwisten in hun enig middel dat de dialoogfase mag worden heropend eenmaal die werd gesloten.

Zij benadrukken in het verzoekschrift dat het middel in het bijzonder betrekking heeft op de laatste alinea van de hierboven aangehaalde beslissing. Voorts verduidelijken zij dat zij “niet verder in[gaan] op de uitgangspunten in de bestreden beslissing inzake de offertes van de verzoekende partijen en de verwerende partij, waarbij zij alle voorbehoud maken”.

Wat hun belang bij de vordering betreft, stellen de verzoekende partijen:

“Desalniettemin zijn de verzoekende partijen zeer grote kanshebbers voor de gunning van de opdracht op basis van hun finale offerte aan hen omdat er slechts twee kandidaat-opdrachtnemers resteren voor de opdracht en het heropenen van de dialoog de mogelijkheid zal verlenen aan de aanbesteder om opnieuw te verzoeken tot finale offertes van de verzoekende partijen en van Sopra Steria”.

Beoordeling

6. De verzoekende partijen hebben hun belang uiteengezet in het verzoekschrift, waardoor zij ter zake zijn gebonden door de perken die zij zelf hebben uitgezet.

7. In de bestreden beslissing wordt vastgesteld dat de beide offertes substantiële onregelmatigheden bevatten, waaronder afwijkingen van technische specificaties, en dat de offertes onvergelijkbaar zijn. Er wordt hierbij verwezen

naar de tekortkomingen inzake vereisten met prioriteit 1, waarover in de aanvraag tot indiening van de finale offertes is vermeld :

“Voor elk van de functionele, niet-functionele en technische gebieden bevatten de volgende secties tabellen met vereisten voor elk gebied.

Deze tabellen bevatten voor elke vereiste:

[...]

- De prioriteit van de vereiste:

- o ‘1’: deze vereiste moet gedekt worden door de voorgestelde oplossing (essentieel); indien aan deze vereiste niet voldaan wordt, is de oplossing niet conform en dus uitgesloten”.

Overeenkomstig artikel 95 van het te dezen toepasselijke koninklijk besluit plaatsing 2011 is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de bepalingen van dit besluit of van de opdrachtdocumenten betreffende onder andere de prijzen, termijnen en technische specificaties, in de mate dat die bepalingen essentieel zijn.

Zolang de concurrentiedialoog niet wordt heropend, lijken de eindoffertes slechts te kunnen worden beoordeeld binnen de perken van artikel 114, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2011. Die bepaling laat toe dat de aanbestedende overheid de deelnemers verzoekt de eindoffertes toe te lichten, te verduidelijken of aan te vullen, maar deze toelichtende, verduidelijkende of aanvullende gegevens mogen de essentiële elementen van de offerte en het beschrijvend document niet wijzigen, wanneer dit de mededinging kan verstoren of een discriminerend effect kan hebben. De verzoekende partijen benadrukken ook meermaals in hun verzoekschrift dat na de indiening van de definitieve offertes de “manoeuvrerruimte” van de aanbestedende overheid vrij beperkt is.

De loutere bewering van de verzoekende partijen dat zij “zeer grote kanshebbers voor de gunning van de opdracht op basis van hun finale offerte” zijn, lijkt echter niet te kunnen worden bijgevalen, aangezien hun offerte volgens de bestreden beslissing onder meer niet voldoet aan wat volgens de technische specificaties van het bestek uitdrukkelijk als essentieel wordt beschouwd, waarbij de verwerende partij zich bij niet-naleving van die essentiële technische specificaties heeft verbonden tot uitsluiting van de betrokken offerte.

Het enkele gegeven dat de verzoekende partijen “alle voorbehoud” maken bij de bevindingen van de verwerende partij betreffende de regelmatigheid van hun offerte (voetnoot 15 van hun verzoekschrift), lijkt de vaststelling door de aanbestedende overheid, dat hun offerte onregelmatig is, niet te kunnen ondergraven.

Zoals de verzoekende partijen zelf aanvoeren, beogen zij met hun middel de dialoog gesloten te houden zodat “er geen mogelijkheid meer [is] voor de aanbesteder om de basiselementen te gaan wijzigen van de opdracht, noch nieuwe finale offertes te gaan opvragen bij de verzoekende partijen en Sopra Steria”. De vraag rijst dan op welke wijze de verzoekende partijen in die omstandigheid baat kunnen hebben bij de inwilliging van de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid, nu, zoals in de bestreden beslissing wordt vastgesteld, het enige alternatief voor de bestreden heropening dan zou zijn, gelet op de vastgestelde substantiële onregelmatigheden in beide offertes en hun onvergelijkbaarheid, om de voorliggende gunningsprocedure stop te zetten en een geheel nieuwe overheidsopdrachtenprocedure op te starten.

De verzoekende partijen lijken dan ook geen nadeel te kunnen ondervinden van de bestreden beslissing dat door een latere nietigverklaring en bijgevolg door de gevraagde schorsing zou kunnen worden tegengegaan. Zij lijken integendeel voordeel te hebben bij de bestreden beslissing, omdat zij daardoor de kans krijgen om een nieuwe finale offerte in te dienen waarin zij de vastgestelde tekortkomingen, onduidelijkheden en uitgangspunten die de onderlinge vergelijkbaarheid verhinderden kunnen remediëren. Bij een nieuwe gunningsprocedure zouden ook weer andere deelnemers kunnen worden geselecteerd en zouden van in het begin alle dialoogsessies dienen te worden hernomen, wat, aldus de bestreden beslissing, niet verantwoord zou zijn in het licht van de door de verwerende partij en door de beide geselecteerde deelnemers reeds geleverde inspanningen en het tijdsverlies dat daardoor zou ontstaan. De verzoekende partijen wijzen overigens zelf op de vier jaar durende doorlooptijd sinds de vooraankondiging, de indiening

van het selectiedossier, de initiële offerte en bijlagen, de arbeidsintensieve vragenrondes met mondelinge en schriftelijke toelichtingen (539 vragen tijdens de dialoofase en 45 verduidelijkingsvragen na het indienen van de finale offerte).

Aldus lijken de verzoekende partijen het belang te ontberen bij een beroep tot nietigverklaring van de bestreden beslissing en bijgevolg bij de voorliggende vordering tot schorsing. Deze is bijgevolg niet ontvankelijk.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 400 euro, een bijdrage van 20 euro, elk voor de helft, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

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

Dierk Verbiest,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

kamervoorzitter,

griffier.

De voorzitter

Dierk Verbiest