

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 252.034 van 3 november 2021  
in de zaak A. 234.751/XII-9142**

In zake: de Sp. z o.o. MIKRONIKA – vennootschap naar  
Pools recht  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Stijn Maeyaert en Evelien Vanhauter  
kantoor houdend te 8200 Brugge  
Torhoutse Steenweg 437a  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CV FLUVIUS SYSTEM OPERATOR  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Gitte Laenen en Wouter Rubens  
kantoor houdend te 2800 Mechelen  
Antwerpsesteenweg 16-18  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van de vordering*

1. De vordering, ingesteld op 8 oktober 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van Fluvius System Operator cv van 22 september 2021 [...] waarbij [...] de overheidsopdracht in de speciale sectoren met als voorwerp ‘RTU Medium End’ (bestek met nr. FLU20L047/4900002255) [wordt gegund aan de GmbH SAE IT-systems alsook van de] impliciete beslissing om de opdracht niet aan de [sp. z o.o. Mikronika] te gunnen”.

*II. Verloop van de rechtspleging*

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 oktober 2021, om 14.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ewoud Hacke, die *loco* advocaten Stijn Maeyaert en Evelien Vanhauter verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Wouter Rubens en Robin Depoorter *loco* advocaat Gitte Laenen, die verschijnen 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 in opdracht en voor rekening van de ov Fluvius Antwerpen, de ov Fluvius Limburg, de ov Intercommunale Maatschappij voor Gas en Elektriciteit van het Westen (Gaselwest), de ov Intercommunale Maatschappij voor Energievoorziening in West- en Oost-Vlaanderen (Imewo), de ov Fluvius West, de ov Intercommunale Vereniging voor Energieleveringen in Midden-Vlaanderen (Intergem), de ov Intercommunale Vereniging voor de Energiedistributie in de Kempen en het Antwerpse (Iveka), de ov Iverlek, de ov Provinciale Brabantse Energiemaatschappij (PBE), de ov Riobra en de ov Sibelgas een overheidsopdracht uit voor een raamovereenkomst van leveringen met als voorwerp ‘RTU Medium End’.

De opdracht wordt in het bestek toegelicht als volgt:

“Het dossier betreft:

- het aankopen van digitale componenten voor diverse installaties (cabine, stations, voetpadkasten) in onze multi-utility distributienetwerken (elektriciteit, gas, riolering en warmte):
  - o RTU met geïntegreerde modem of RTU zonder modem indien er geen RTU met geïntegreerde modem kan aangeboden worden volgens de specificaties in het technisch lastenboek
  - o I/O modules [Input-Output module]
  - o remote-I/O modules
- het aankopen van een device management- en/of configuratiesoftware voor het beheer van deze digitale componenten (inclusief licenties en een onderhoudscontract voor de software).”

3.2. De plaatsingswijze is de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging. De oproep wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 10 december 2018 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 11 december 2018.

3.3. Het bestek met referte FLU20L047/4900002255 is van toepassing.

De prijs, berekend volgens het TCO-model, is het enig gunningscriterium. Het bestek bepaalt welke kosten in rekening mogen worden gebracht als TCO-model (Total Cost of Ownership).

Onder 2.1.11 ‘Verloop van de gunningsprocedure’ wordt het volgende bepaald:

“De aanbesteder kan in elke fase van de gunningsprocedure besluiten om bepaalde inschrijvers niet verder mee te nemen naar een volgende stap. De inschrijver zal hiervoor geen recht op schadevergoeding hebben. Deze beslissing houdt, behoudens een andersluidende kennisgeving aan de betrokken inschrijver, geen definitieve beslissing in hoofde van de aanbesteder in.

De aanbesteder kan op elk ogenblik beslissen om bepaalde inschrijvers opnieuw in de procedure te betrekken en hiermee verdere onderhandelingen te voeren.

Indien de initiële offerte de substantiële onregelmatigheid van de ontbrekende elektronische handtekening bevat, kan de aanbesteder deze substantiële onregelmatig[heid] laten regulariseren. Een laattijdig ingediende offerte kan echter niet geregulariseerd worden.

De aanbesteder kan eveneens in elke stap van de gunningsprocedure schriftelijk bijkomende inlichtingen en informatie opvragen. De inschrijvers dienen deze vragen om verduidelijking of bijkomende informatie te beantwoorden binnen de drie werkdagen of binnen een andere door de aanbesteder opgegeven termijn.

De aanbesteder kan tijdens de loop van de onderhandelingen aangeven hoe de aangepaste offertes moeten worden ingediend.

Volgende stappen worden achtereenvolgens voorzien in de planning voor de onderhandelingsfase:

De ingediende offertes worden door de aanbesteder gerangschikt volgens het gunningsmodel.

Op basis hiervan wordt een shortlist opgesteld (max 3 inschrijvers).

De inschrijvers uit de shortlist nodigen we uit voor een toelichting van hun offerte en een demo. Het doel van de demo is enerzijds het verifiëren van de antwoorden in de offerte en anderzijds nagaan of de gevraagde TCO parameters waarheidsgetrouw zijn opgegeven.

Na deze fase rangschikken we de offertes opnieuw volgens het gunningsmodel.

Daarna nodigen we de beste inschrijver uit voor de testfase (E2E testen) die door de opdrachtgever uitgevoerd zal worden.

Component testen:

- Alle BOM's [Bill of Materials] worden getest
- Test van BOM's uitgebreid met afzonderlijke aangeboden modules
- De device management software
- De configuratietool

E2E testen:

- Volledige BOM's inclusief 4G verbinding met connectiviteit en functionaliteit tot op niveau van de DMS (Scada van Fluvius)
- BOM's uitgebreid met IED's [Intelligent End Device] , switch, Modbus toestellen en individuele IO poorten en interfaces
- BOM's met een externe modem (Cisco)
- Het volledige configuratie proces (creatie van een volledige configuratie file)
- Het volledige installatieproces (zero touch installatie van een configuratie op de RTU)
- Het volledige exploitatieproces (firmware updates, troubleshooting )

Deze testen zullen uitgevoerd worden binnen een beperkte tijdspanne en dienen te gebeuren samen met de inschrijver, wanneer de aanbesteder dit vraagt.

De testen (zowel van de RTU als van de device management software) maken geen deel uit van de gunningscriteria, maar dienen steeds te voldoen aan de minimale eisen en succesvol afgerond te worden.

Indien niet aan het voornoemde wordt voldaan zal de offerte substantieel onregelmatig worden verklaard en niet worden weerhouden.

In dit geval zal de aanbesteder zich richten tot de volgende best geplaatste inschrijver uit de shortlist met de vraag om de voornoemde testfase te doorlopen.

Op elk moment tijdens de onderhandelingsfase behoudt de aanbesteder zich het recht voor om volgens de bepalingen in het bestek inschrijvers bij non-conformiteit of onregelmatigheid te verwerpen en andere inschrijvers terug in de onderhandelingen op te nemen.”

3.4. Zeven ondernemingen dienen een offerte in, namelijk de nv ABB Power Grids Belgium, de nv Bausch Datacom, de A/S Brodersen, de verzoekende partij, de GmbH SAE IT-systems, de nv Siemens en Virtual Access Ltd.

3.5. Het indieningsrapport van de GmbH SAE IT-systems is niet ondertekend met een gekwalificeerde elektronische handtekening. De verwerende partij biedt de GmbH SAE IT-systems de mogelijkheid om opnieuw een indieningsrapport, ditmaal met een gekwalificeerde elektronische handtekening, in te dienen via het e-tenderingplatform. Dit wordt in het gunningsverslag als volgt toegelicht:

“Beoordeling van de initiële offertes

Het indieningsrapport van inschrijvers Bausch Datacom en SAE IT-systems is niet voorzien van een gekwalificeerde elektronische handtekening.

Vermits in de opdrachtdocumenten de regularisatiemogelijkheid van de substantiële onregelmatigheid van de ontbrekende elektronische handtekening voor de initiële offertes voorzien werd (Bestek Aankoop Leveringen § 2.1.11), heeft de aanbesteder aan voornoemde inschrijvers toegestaan om opnieuw een indieningsrapport met gekwalificeerde elektronische handtekening in te dienen via e-tendering.

In beide gevallen werd het nieuwe indieningsrapport voorzien van een gekwalificeerde elektronische handtekening en beschouwt de aanbesteder op basis hiervan de indiening van de initiële offertes van deze inschrijvers regelmatig.”

De offertes van de nv ABB Power Grids, de nv Bausch Datacom, de A/S Brodersen en Virtual Access Ltd worden substantieel onregelmatig bevonden.

3.6. Op grond van het gunningscriterium prijs worden de regelmatige initiële offertes als volgt gerangschikt:



“

| Inschrijver                | Ingediende prijs (TCO) |
|----------------------------|------------------------|
| Mikronika Sp. Z.o.o.       | € 11.851.714,88        |
| SAE IT-systems GmbH Co. KG | € 13.569.665,13        |
| Siemens                    | € 29.422.213,68        |

.”

3.7. Enkel de verzoekende partij en de GmbH SAE IT-systems worden opgenomen in de shortlist en door de verwerende partij uitgenodigd voor de volgende stap in de gunningsprocedure.

Tijdens een demo komt er een technische verduidelijking aan bod en worden de opgegeven waarden voor de TCO-componenten van beide inschrijvers gevalideerd en aanvaard.

Aan het einde van de onderhandelingen worden de verzoekende partij en de GmbH SAE IT-systems gevraagd een BAFO (Best and Final Offer) in te dienen. Beiden dienen een BAFO in die regelmatig wordt bevonden.

3.8. Er wordt een gunningsverslag opgesteld.

Op grond van het gunningscriterium prijs worden de BAFO's als volgt gerangschikt:

“

| Inschrijver                | Ingediende prijs (TCO) |
|----------------------------|------------------------|
| SAE IT-systems GmbH Co. KG | € 11.315.452,81        |
| Mikronika Sp. Z.o.o.       | € 12.152.567,60        |

.”

De offerte van de GmbH SAE IT-systems wordt vervolgens onderworpen aan de component testen en E2E-testen waarbij de “testfase [...]”

succesvol [wordt] afgerond en [aan]toont [...] dat de oplossing van inschrijver SAE IT-systems voldoet”.

Voorgesteld wordt de opdracht te gunnen aan de GmbH SAE IT-systems voor een totaalbedrag van 11.163.956 euro, btw niet inbegrepen.

3.9. Op 22 september 2021 beslist de verwerende partij op grond van het gunningsverslag tot de aankoop.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing die het gunningsverslag bevat.

#### *IV. Ontvankelijkheid van de vordering*

4. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om uitspraak te doen over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie, die de impliciete beslissing tot weigering van de gunning aan de verzoekende partij beoogt. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

#### *V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden*

5. 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: de 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.

## VI. Onderzoek van de middelen

### A. Eerste middel

#### *Uiteenzetting van het middel*

6. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 74, § 4, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017), het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

#### Zij betoogt:

“Doordat, eerste middelonderdeel, verwerende partijen een schending van een minimale technische eis, meer bepaald het niet-ondertekenen van een algemene conformiteitsverklaring, in de initiële offerte van SAE IT-systems lieten regulariseren;

Terwijl, artikel 74, § 4 KB Plaatsing Speciale Sectoren 2017 enkel een regularisatie toelaat indien dit zo is voorzien in de opdrachtdocumenten;

En terwijl, de opdrachtdocumenten elke schending van een minimale technische eis in de offerte van een inschrijver beschouwen als een substantiële onregelmatigheid met verwerping van de offerte als gevolg;

Zodat, de bestreden beslissing is genomen in strijd met artikel 74, § 4 KB Plaatsing Speciale Sectoren 2017, het zorgvuldigheidsbeginsel en het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, en dienvolgens onwettig is.

En doordat, tweede middelonderdeel, verwerende partijen de initiële offerte van SAE IT-systems niet verwierpen wegens een schending van een minimale technische eis, meer bepaald het niet aanbieden van voldoende PLC-geheugengrootte;

Terwijl, artikel 74, § 4 KB Plaatsing Speciale Sectoren 2017 vereist dat elke substantieel onregelmatige offerte nietig wordt verklaard, behalve indien anders is bepaald in de opdrachtdocumenten;

En terwijl, de opdrachtdocumenten elke schending van een minimale technische eis in de offerte van een inschrijver zal beschouwen als een substantiële onregelmatigheid met verwerping van de offerte als gevolg;

Zodat, de bestreden beslissing is genomen in strijd met artikel 74, § 4 KB Plaatsing Speciale Sectoren 2017, het zorgvuldigheidsbeginsel en het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, en dienvolgens onwettig is.”

## Beoordeling

7. Artikel 74, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 bepaalt:

“§ 4. De onderhavige paragraaf is van toepassing op het regelmatigheidsonderzoek 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.

Wanneer een offerte die meerdere niet substantiële onregelmatigheden bevat die door hun cumulatie of combinatie de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengen, verschaft de aanbestedende entiteit de inschrijver de mogelijkheid om deze onregelmatigheden te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat.

De aanbestedende entiteit verklaart de offerte die een substantiële onregelmatigheid bevat nietig, behalve indien anders is bepaald in de opdrachtdocumenten. In dat laatste geval verschaft zij de inschrijver de mogelijkheid om een substantiële onregelmatigheid te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat, tenzij de aanbestedende entiteit ten aanzien van de betreffende onregelmatigheid heeft aangegeven dat deze geen voorwerp kan uitmaken van regularisatie.”

Onder 2.1.1 ‘Regelmatigheidsonderzoek van de offerte’ van het bestek is bepaald:

“De substantiële verwerpingscriteria zijn (de offerte wordt steeds verworpen indien hieraan niet werd voldaan):

- De offerte is conform met de opdrachtdocumenten, onder andere voldoet aan de in het technische lastenboek opgenomen minimale eisen.”

8. Het eerste middelonderdeel is niet ernstig om de volgende redenen.

De indiening van een ondertekende algemene conformiteitsverklaring wordt in het bestek, deel Technische Specificaties, onder het punt 1.3-1 aangewezen als minimale eis.

De initiële offerte van de gekozen inschrijver omvat onder meer de ingevulde Appendix A1 ‘Antwoordformulier Technische Specificaties’ waarbij, zo lijkt het, de algemene conformiteitsverklaring is ondertekend, zodat het middelonderdeel feitelijke grondslag lijkt te missen.

Overigens, in de mate dat de verzoekende partij ervan uitgaat dat, gelet op het feit dat het indieningsrapport bij de initiële offerte niet is voorzien van een gekwalificeerde elektronische handtekening, ook deze algemene conformiteitsverklaring niet afdoende zou zijn ondertekend, wordt zij evenmin bijgevalen.

Artikel 50, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 bepaalt dat, in het kader van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging, de individuele handtekening van de offerte en haar bijlagen niet is vereist op het ogenblik van het opladen op het elektronisch platform en dat deze documenten op een globale manier worden getekend op het erbij horende indieningsrapport.

Punt 1.3-1 van het bestek, deel Technische Specificaties, lijkt zich niet te verzetten tegen ondertekening van de algemene conformiteitsverklaring op een dergelijke globale manier via het indieningsrapport.

Onder 2.1.11 ‘Verloop van de gunningsprocedure’ van het bestek is voorts onder meer bepaald dat “[i]ndien de initiële offerte de substantiële onregelmatigheid van de ontbrekende elektronische handtekening bevat, [...] de aanbesteder deze substantiële onregelmatigheid [kan] laten regulariseren” maar dat “[e]n laattijdig ingediende offerte [...] niet geregulariseerd [kan] worden”.

Uit deze bepalingen lijkt te volgen dat de toelating om de substantiële onregelmatigheid van de op het indieningsrapport ontbrekende elektronische handtekening te regulariseren zich ook uitstrekt tot elke vereiste van individuele handtekening met betrekking tot de onderdelen van de elektronische offerte.

Te dezen heeft de verwerende partij de gekozen inschrijver toegestaan om opnieuw een indieningsrapport met gekwalificeerde elektronische handtekening in te dienen via het e-tenderingplatform. Het nieuwe indieningsrapport is voorzien van een gekwalificeerde elektronische handtekening, zodat, zo lijkt, de algemene conformiteitsverklaring hiermee ook ondertekend is.

9. Het tweede middelonderdeel is niet ernstig om de volgende redenen.

Overeenkomstig punt 3.6-1 van het bestek, deel Technische Specificaties, is de minimale opslagcapaciteit van de aangeboden RTU-modules om PLC-programma's op te slaan 256 kB en is dit een minimale eis.

De stelling van de verzoekende partij dat volgens de website van de gekozen inschrijver geen enkele door hem aangeboden RTU-module aan deze minimale eis voldoet, lijkt op het eerste gezicht te worden weersproken door zijn offerte.

De gekozen inschrijver heeft zich in zijn offerte uitdrukkelijk ertoe verbonden dat de door hem aangeboden oplossing voorziet in het vereiste geheugen.

De BAFO van de gekozen inschrijver blijkt voorts door de verwerende partij te zijn onderworpen aan componenttesten en E2E-testen. Onder 2.1.11 van het bestek – 'Verloop van de gunningsprocedure' – is in dat verband bepaald dat "[d]e testen (zowel van de RTU als van de device management software) [...] geen deel uit[maken] van de gunningscriteria, maar [...] steeds [dienen] te voldoen aan de minimale eisen en succesvol afgerond te worden", bij gebreke waarvan de offerte substantieel onregelmatig wordt verklaard.

De argumentatie van de verzoekende partij, ontleend aan de *website* van de gekozen inschrijver, lijkt op het eerste gezicht dan ook niet te overtuigen.



## *B. Tweede middel*

### *Uiteenzetting van het middel*

10. De verzoekende partij voert de schending aan van het zorgvuldigheidsbeginsel, van het beginsel van de materiële motiveringsplicht en van de formele motivering zoals opgenomen in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en de artikelen 4, eerste lid, 8°, en 5, 8°, van de rechtsbeschermingswet en als beginsel.

Zij betoogt:

“Doordat, de wijze waarop de substantieel onregelmatige offerte van SAE IT-systems – volgens de bestreden beslissing – werd geregulariseerd onmogelijk is, minstens onjuist is;  
En doordat, minstens, de motivering in de bestreden beslissing niet afdoende aantoon op welke wijze de substantieel onregelmatige offerte van SAE IT-systems wel werd geregulariseerd;  
Terwijl, het zorgvuldigheidsbeginsel aan de aanbesteder (o.m.) de verplichting oplegt om de beslissing te steunen op een correcte feitenvinding;  
En terwijl, het beginsel van de materiële motiveringsplicht inhoudt dat de bestreden beslissing moet steunen op feitelijk juiste motieven;  
En terwijl, minstens, het beginsel van de formele motiveringsplicht, zoals ook vervat in de geschonden geachte bepalingen, vereist dat de bestreden beslissing op een afdoende wijze motiveert hoe de substantieel onregelmatige offerte van SAE IT-systems wel werd geregulariseerd;  
Zodat, de bestreden beslissing in strijd is met de ingeroepen bepalingen en beginselen, en dienvolgens onwettig is.”

In de toelichting bij het middel voert de verzoekende partij aan dat in de ‘Handleiding voor ondernemingen’ inzake e-tendering, zoals beschikbaar op de website van de FOD Beleid en Ondersteuning (B&O), enkel staat beschreven hoe het indieningsrapport bij de offerte geldig kan worden ondertekend voordat de offertes worden geopend. Er is niet in vermeld hoe het indieningsrapport kan worden ondertekend nadat de offertes zijn geopend. Daarom meent de verzoekende partij dat dergelijke werkwijze onmogelijk is zodat een regularisatie van de initiële offerte op de werkwijze zoals beschreven in de bestreden beslissing, onmogelijk, minstens onjuist is. De bestreden beslissing

zou bijgevolg niet zijn gesteund op een correcte feitenvinding. Minstens zou de bestreden beslissing er niet van doen blijken hoe de substantieel onregelmatige offerte van de gekozen inschrijver dan wel werd geregulariseerd, zodat de bestreden beslissing de formele motiveringsplicht schendt.

### *Beoordeling*

11. Overeenkomstig artikel 74, § 4, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 kan de aanbestedende overheid, indien de opdrachtdocumenten voorzien in een dergelijke regularisatiemogelijkheid, de inschrijver de mogelijkheid bieden om een substantiële onregelmatigheid te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat.

De verzoekende partij betwist dat de regularisatiemogelijkheid waarin het bestek voorziet, kan worden uitgevoerd.

De ‘Handleiding voor ondernemingen’ inzake e-tendering lijkt echter op het eerste gezicht geen juridisch beletsel te vormen voor de toepassing van de regularisatiemogelijkheid geboden door het voormelde artikel 74, § 4, derde lid.

Overigens weerspreekt het administratief dossier de, zo lijkt, vooral praktische bezwaren van de verzoekende partij.

De verwerende partij heeft immers een bijkomend beperkt dossier geopend door middel van het zogenaamde F53-formulier voor die inschrijvers waarvan de initiële offerte de substantiële onregelmatigheid van de ontbrekende elektronische handtekening bevat, met daarbij het verzoek (i) een standaarddocument in te dienen waarin de inschrijver verklaart dat de documenten van zijn initiële offerte geldig zijn en (ii) deze indiening te ondertekenen op het indieningsrapport van dit bijkomend beperkt dossier door middel van een gekwalificeerde elektronische handtekening. De bedoelde inschrijvers hebben vervolgens aldus gehandeld.

Voorts heeft de e-Procurement Helpdesk van de FOD B&O met een e-mailbericht van 12 oktober 2021 aan de verwerende partij bevestigd dat deze werkwijze technisch mogelijk is:

“Omtrent het legale kader kan ik geen advies verlenen, maar ik neem aan dat u daarover al alle specificaties kent. Op technisch vlak is dit zeker mogelijk. De aankoper kan dan werken aan de hand van een F53 in de kopersomgeving, waarbij er een uitnodiging tot indienen dient gecreëerd te worden die naar de betreffende ondernemer kan doorgestuurd worden.”

De verzoekende partij lijkt in die omstandigheden niet aan te tonen dat de bestreden beslissing, waarin wordt opgemerkt dat de initiële offerte van de gekozen inschrijver is voorzien van een nieuw indieningsrapport met een gekwalificeerde handtekening, zou steunen op een niet-correcte feitenvinding.

Voorts lijkt de formele motiveringsplicht niet zo ver te reiken dat de aanbestedende overheid hierbij haar technische werkwijze in haar beslissing diende te expliciteren.

Het middel is niet ernstig.

### *C. Derde middel*

#### *Uiteenzetting van het middel*

12. De verzoekende partij voert de schending aan van het zorgvuldigheidsbeginsel, van de formelemotiveringsplicht zoals opgenomen in de artikelen 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991 en in artikel 4, eerste lid, 8°, van de rechtsbeschermingswet en als beginsel, en van het beginsel van de materiëlemotiveringsplicht.

Zij betoogt:

“Doordat, uit de motieven van de bestreden beslissing niet blijkt of de verwerende partij[...] al dan niet een prijs- of kostenonderzoek voerde en of dit onderzoek ook afdoende was;

Terwijl, het zorgvuldigheidsbeginsel aan de aanbesteder de plicht oplegt om een deugdelijk prijs- of kostenonderzoek te voeren waarbij men ook rekening houdt met inlichtingen die niet afkomstig zijn van de inschrijver; En terwijl, het beginsel van de formele motiveringsplicht, zoals vervat in de geschonden geachte bepalingen, vereist dat de bestreden beslissing op een uitdrukkelijke en afdoende formele motivering berust; En terwijl, het beginsel van de materiële motivering inhoudt dat de bestreden beslissing moet steunen op juiste gegevens die zij correct heeft beoordeeld; Zodat, de bestreden beslissing in strijd is met de ingeroepen bepalingen en beginselen, en dienvolgens onwettig is.”

In de toelichting bij het middel zet de verzoekende partij uiteen dat uit een vergelijking van de prijzen in de initiële offertes met de prijzen uit de BAFO's blijkt dat de prijs/TCO van de verzoekende partij gestegen is met 2,5 % terwijl de prijs/TCO van de gekozen inschrijver gedaald is met 17 %.

De aanzienlijke prijsdaling in de BAFO van de gekozen inschrijver is volgens haar merkwaardig. Dit jaar kregen immers veel economische sectoren te kampen met stijgende grondstofprijzen die zich vertalen in stijgende afzetprijzen. De prijzen van de producten die het voorwerp zijn van de voorliggende overheidsopdracht, zijn volgens EUROSTAT tussen april 2021 (initiële offerte) en juli 2021 (BAFO) in Duitsland gestegen met 3,5 % en in Polen met 3,3 %.

De gekozen inschrijver diende aldus in zijn BAFO een prijs in die, geheel tegen de algemene economische conjunctuur in, 17 % lager lag dan de initiële offerteprijs, waardoor de voorlopige rangschikking werd omgegooid.

Deze aanzienlijke prijsdaling, zo vervolgt de verzoekende partij, in een context van steeds stijgende grondstofprijzen werd door de verwerende partij niet in vraag gesteld, laat staan dat zij een en ander heeft onderzocht. In de bestreden beslissing beperkt de verwerende partij zich tot een algemene nietszeggende passage die niet laat inzien waarom de prijs van de gekozen inschrijver niet nader moest worden onderzocht.

### *Beoordeling*

14. Overeenkomstig de artikelen 43 en 44 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 is de aanbestedende overheid ertoe gehouden om in het kader van het algemeen prijsonderzoek vastgestelde abnormale en niet verwaarloosbare prijzen in de ingediende offertes te bevragen. Zij beschikt hierbij over een aanzienlijke beoordelingsruimte om al dan niet een procedure naar de aanwezigheid van abnormale prijzen in te zetten.

In de gunningsbeslissing wordt onder punt 11.3 ‘Prijsonderzoek’ vermeld:

“De aanbesteder heeft in het kader van het prijs- en kostenonderzoek van de ingediende offertes een onderzoek gevoerd. De aanbesteder heeft in [het] kader van het prijs- en kostenonderzoek geen vermoeden van abnormale prijzen vastgesteld.”

Uit de gunningsbeslissing blijkt aldus dat het regelmatig karakter van de prijzen werd onderzocht door de aanbestedende overheid.

Voorts blijkt uit het administratief dossier op het eerste gezicht niet dat het prijsonderzoek van de verwerende partij onzorgvuldig is gevoerd.

Immers, uit de vertrouwelijk neergelegde stukken van het administratief dossier, die de Raad bij zijn beoordeling mag betrekken, blijkt dat de verwerende partij de BAFO-prijzen heeft onderzocht en geëvalueerd. Zij heeft daarbij op het eerste gezicht niet ten onrechte rekening gehouden met het belang van de diverse artikelen om de onderlinge prijsverschillen te waarderen maar ook met de samenstelling van de BOM (stuklijst of Bill of Materials)-componenten die afwijkingen kunnen verklaren. In dat onderzoek heeft zij ook de initiële offertes van de overige inschrijvers meegenomen, die blijken geven van sterk uiteenlopende prijzen. Uit de schriftelijke neerslag van de gevoerde onderhandelingen lijkt voorts te kunnen worden afgeleid dat de verwerende partij zich bewust is geweest van de bevoorradingsproblematiek en de mogelijke impact op de prijs. De conclusie van de verwerende partij dat de opgegeven

prijzen marktconform zijn, lijkt dan ook gedragen door een zorgvuldig onderzoek.

In die omstandigheden lijkt het de verwerende partij niet ten kwade te kunnen worden geduid dat zij de weergave van het prijsonderzoek in de bestreden beslissing heeft beperkt tot de vaststelling dat er geen abnormale prijzen zijn vastgesteld.

Het middel is niet ernstig.

## **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 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.**

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

Pierre Barra,  
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

**De griffier**

**Greta Scheveneels**

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

**De voorzitter**

**Pierre Barra**