

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 258.341 van 29 december 2023
in de zaak A. 240.666/XII-9433**

In zake: de NV THEVALUECHAIN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christiaan Lesaffer
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Meir 12-14 bus 301
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

Tussenkomende partij:

de NV FERRANTI COMPUTER SYSTEMS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Thomas Eyskens en Sebastiaan De Meue
kantoor houdend te 1000 Brussel
Bischoffsheimlaan 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 5 december 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van Fluvius System Operator cv van 21 november 2023 tot gunning van de overheidsopdracht (diensten) met referentie FLU22IT016 en als voorwerp ‘Oplossing voor de leveranciersrollen binnen Energieleveringen’ aan Ferranti Computer Systems”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 13 december 2023 heeft de nv Ferranti Computer Systems gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 december 2023.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christiaan Lesaffer, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Anne-Sofie Custers en Benjamin Gorrebeeck, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Sebastiaan De Meue, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena 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 cv Fluvius System Operator schrijft een overheidsopdracht voor diensten in de speciale sectoren uit met als voorwerp ‘Oplossing voor de leveranciersrollen binnen Energieleveringen’. Met de opdracht wordt beoogd “een informaticasysteem te introduceren dat voldoet aan de specifieke noden die samenhangen met de levering van energie aan klanten”.

De cv Fluvius System Operator treedt op in opdracht en voor rekening van Fluvius Antwerpen, Fluvius Limburg, Gaselwest, Imewo, Fluvius West, Intergem, Iveka, Iverlek, PBE, Riobra en Sibelgas.

Het betreft een opdracht met een looptijd van vier jaar, verlengbaar voor vier jaar.

Er wordt gekozen voor de plaatsing van de opdracht met een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging.

3.2. De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.3. Tien kandidaten dienen een aanvraag tot deelneming in, waaronder de verzoekende partij en de nv Ferranti Computer Systems. Alle kandidaten worden geselecteerd en uitgenodigd om een offerte in te dienen.

3.4. Luidens het op de opdracht toepasselijk bestek wordt de opdracht gegund op basis van twee gunningscriteria: enerzijds de 'Prijs in TCO' (Total Cost of Ownership) (40 punten) en anderzijds de 'kwaliteit van de oplossing' (60 punten). Het tweede criterium wordt nader opgedeeld in de subgunningscriteria 'Output en doelstellingen' (35 punten), 'Transitie — schaalbaarheid — team' (15 punten) en 'Beheer' (10 punten).

Wat het gunningscriterium 'Prijs in TCO' betreft, bepaalt het bestek het volgende:

- “• De score die aan de prijs wordt toegekend is berekend volgens het lineariteitsprincipe. Aan de laagste bieding met $TCO=P_0$ wordt het maximum van de score toegekend. Een bieding met een $TCO=P_0 + 50\%$ of meer, krijgt een score 0 toegekend. De score voor de biedingen tussen P_0 en $P_0 + 50\%$ bekomt men door lineaire interpolatie.
 - Indien een offerte meer dan 50% duurder is, zal deze offerte worden verworpen.
- TCO-elementen waarmee rekening gehouden wordt:
- De kosten die de inschrijver in zijn offerte opneemt;
 - De kosten voor de nodige hardware en software (éénmalig en recurrent) die de aanbesteder mogelijks dient te maken.
- [...].”

Omtrent de wijze van prijsopgave bepaalt het bestek:

“2.1.9 PRIJS

2.1.9.1 Prijsopgave

De inschrijver geeft in de prijstabel (BIJLAGE 3) de prijzen van de aangeboden dienstprestaties op in euro (€), tot 2 decimalen na de komma.

De prijzen zoals vermeld in de offerte gelden met betrekking tot het aanbod als vast en definitief. Zij worden aangeduid in euro, per eenheid.

Prijzen mogen enkel in de prijstabel worden opgegeven en dus in geen enkel ander document van de offerte.

In de prijstabel dient de inschrijver de prijs op te geven voor de uitvoering van de verschillende, door de aanbesteder opgegeven prijselementen.

Bij de offerte dient de inschrijver ook een oplijsting van alle door de aanbesteder aan te kopen en/of te beheren software in te leveren door middel van het invullen van een template (aangeleverd door de aanbesteder, zie BIJLAGE 9 en/of 10).”

Onder punt 2.1.3 ‘Beroep op draagkracht van andere entiteiten’ bepaalt het bestek:

“Indien de inschrijver een beroep heeft gedaan op de technische draagkracht van andere entiteiten in het kader van de kwalitatieve selectie, vermeldt hij welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is door te geven aan deze entiteiten.

De inschrijver is verplicht de andere entiteiten in te zetten waarop hij zich heeft beroepen in het kader van de kwalitatieve selectie. Het gebruik van andere entiteiten dan diegene op wiens draagkracht men zich heeft beroepen is wettelijk niet toegestaan.

Hiervan sowieso uitgesloten zijn deze die, omwille van zijn middelen of eigen ervaring, tot de specialiteit van de inschrijver behoren en niet aan een derde mogen gegeven worden en waarin hij zich dus ook niet kan beroepen op de draagkracht van een andere entiteit.”

Onder punt ‘2.1.4. Onderaanneming’ wordt in het bestek bepaald:

“Te melden zijn alle onderaannemers die instaan voor een substantieel deel van de aangeboden diensten. Op verzoek van de aanbesteder dient de inschrijver de volgende attesten te bezorgen betreffende de onderaannemer(s):

[...]

Hiervan uitgesloten zijn deze die, omwille van zijn middelen of eigen ervaring, tot de specialiteit van de inschrijver behoren en niet in onderaanneming mogen gegeven worden.

[...].”

3.5. Drie inschrijvers dienen een eerste offerte in, maar enkel de verzoekende partij en de nv Ferranti Computer Systems gaan over tot het indienen van een BAFO (best and final offer).

In de prijstabel gevoegd bij de BAFO van de verzoekende partij wordt een korting van 527.154,00 euro per jaar vermeld, met als omschrijving “Maintenance Fee Reduction – Cloud Extension”, die niet verrekend blijkt te worden in de totale kost van 15.984.565,10 euro.

3.6. Op 6 november 2023 stelt de verwerende partij hierover de volgende vraag tot verduidelijking aan de verzoekende partij:

“Klein vraagje rond jullie BAFO zodat we dit zeker duidelijk interpreteren. In de tweede tab van de prijstabel staat er een lijn (51): Maintenance Fee Reduction - Cloud Extension. Betekent dit dat als jullie offerte gegund wordt, er elk jaar 527K van ons huidig PSLE [Product Support for Large Enterprises] contract in mindering wordt gebracht? De volgende lijn is dan het verschil in wat we in dit contract betalen per jaar (lijn 49) voor [softwareontwikkelaar] SAP en de kosten reductie op het PSLE contract?”

Hierop wordt door de verzoekende partij diezelfde dag als volgt geantwoord:

“dat is correct.
Ik laat [A.] dit nog bevestigen hoe dit in de praktijk wordt verrekend bij gunning. Want het uitgangspunt is dat de licenties direct tussen Fluvius en SAP verlopen.”

3.7. In het gunningsverslag wordt inzake het rekenkundig nazicht opgemerkt dat de aanbesteder in het kader van het rekenkundig onderzoek geen rekenfouten en zuiver materiële fouten in de definitieve offertes heeft vastgesteld.

De toetsing van de definitieve offertes aan het eerste gunningscriterium 'Prijs in TCO' luidt als volgt:

Inschrijver	Ingediende prijs van de BAFO	Punten op 40
Ferranti Computer Systems	€ 13.639.313,37	40
The Value Chain	€ 15.984.565,10	26,24

Na de toetsing van de definitieve offertes aan het tweede gunningscriterium, worden de definitieve offertes in het gunningsverslag als volgt gerangschikt:

	Inschrijver	Score prijs	Score Output en doelstellingen	Score Transitie, schaalbaarheid en team	Score Beheer	Totaalscore
1	Ferranti Computer Systems	40	30	9	5	84
2	The Value Chain	26,24	20	12	5	63,24

Er wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Ferranti Computer Systems.

3.8. Op 21 november 2023 beslist de verwerende partij om de opdracht overeenkomstig het gunningsverslag te gunnen aan de nv Ferranti Computer Systems.

Dit is de bestreden beslissing.

3.9. Met een aangetekend schrijven van 21 november 2023 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de bestreden beslissing. Als bijlage bij deze brief wordt een kopie gevoegd van het gunningsverslag.

IV. Tussenkost

4. De nv Ferranti Computer Systems blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkost ingewilligd.

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: 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. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van punt 2.1.4, tweede lid, van het bestek, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, en de formele en de materiële motiveringsplicht die zij afleidt uit artikel 4, 9° (lees: 8°), van de rechtsbeschermingswet en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet).

Volgens de verzoekende partij schendt de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen “door in strijd hiermee en zonder afdoende motivering de opdracht te gunnen aan een inschrijver die in zijn offerte beroep deed op een onderaannemer terwijl diensten ‘... die omwille van zijn middelen of eigen ervaring, tot de specialiteit van de inschrijver behoren ... niet in onderaanneming mogen worden gegeven’ en [de tussenkomende partij] dat toch deed voor een (groot) deel van het samenstellen van haar team en de gevraagde profielen van medewerkers door beroep te doen op een onderaannemer”.

In de toelichting bij het middel stelt de verzoekende partij dat uit het gunningsverslag blijkt dat de tussenkomende partij een beroep zal doen op een onderaannemer voor bepaalde near-shoreprofielen (testers) en de afroepbare profielen.

Punt 2.1.4 van het bestek laat weliswaar toe dat een beroep wordt gedaan op onderaannemers, maar sluit dat deel van de diensten “die, omwille van zijn middelen of eigen ervaring, tot de specialiteit van de inschrijver behoren” van onderaanneming uit.

De verzoekende partij benadrukt dat het voorgestelde team en de ervaring ervan deel uitmaken van het tweede subcriterium van het tweede gunningscriterium. Ook uit de opdrachtschrijving blijkt volgens haar dat naast het leveren, installeren en onderhouden van software-applicaties, de inzet on site en vanop afstand van medewerkers (het team en hun ervaring) van de inschrijver een essentieel onderdeel van de opdracht betreft.

Waar de tussenkomende partij het gevraagde team deels uitbesteedt aan een derde via onderaanneming gaat het volgens de verzoekende partij om een deel van de opdracht dat niet in onderaanneming mag gegeven worden omdat dit net de specialiteit is op basis waarvan de tussenkomende partij inschreef. Er is volgens haar ook geen aantoonbare reden waarom de tussenkomende partij het team niet zelf kan invullen met de nodige eigen profielen om aan de besteisen te voldoen, waar de verzoekende partij wel in slaagt.

De verwerende partij had de offerte van de tussenkomende partij dan ook moeten weren in naleving van het bestek. Minstens wordt volgens de verzoekende partij niet afdoende gemotiveerd waarom de voormelde beperking inzake onderaanneming opgelegd in het bestek niet zou gelden ten aanzien van de offerte van de tussenkomende partij.

Beoordeling

7. In het op de opdracht toepasselijk bestek wordt onder punt ‘2.1.4. Onderaanneming’ het volgende bepaald:

“Te melden zijn alle onderaannemers die instaan voor een substantieel deel van de aangeboden diensten. Op verzoek van de aanbesteder dient de inschrijver de volgende attesten te bezorgen betreffende de onderaannemer(s):

[...]

Hiervan uitgesloten zijn deze die, omwille van zijn middelen of eigen ervaring, tot de specialiteit van de inschrijver behoren en niet in onderaanneming mogen gegeven worden.

[...].”

8. In het gunningsverslag, dat in de bestreden beslissing wordt bijgevalen, merkt de verwerende partij bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium, wat het aangeboden team betreft, onder meer het volgende op:

“Het ‘aangeboden team’ heeft meer dan voldoende ervaring en biedt voldoende garanties deze opdracht tot een goed einde te brengen. Ook heeft Ferranti samen met zijn subcontractor DXC ruimschoots voldoende profielen welke voor deze opdracht kunnen ingezet worden. Dit is echter geen onderscheidende factor.

Ferranti Computer Systems doet voor bepaalde profielen (meer bepaald testers) beroep op nearshore profielen uit Macedonië. Ook is dit [het] geval voor de door Fluvius gevraagde afroepbare profielen. Er is weliswaar een SPOC [Single Point of Contact] in de Belgische projectorganisatie welke zal zorgen voor de nodige coördinatie. Verder wordt er ook geen onderscheid gemaakt naar expertise niveau voor de verschillende gevraagde en aangeboden profielen wat ervoor kan zorgen dat er later mogelijks teveel wordt betaald voor het uitvoeren van taken waar een junior profiel zou voor moeten voldoen. Zoals boven vermeld wordt er ook beroep gedaan op een subcontractor voor het aanleveren van profielen. Op deze laatste zaken scoort bijgevolg Ferranti Computer Systems iets minder dan de andere inschrijver.”

Uit het gunningsverslag blijkt aldus dat de tussenkomende partij, in tegenstelling tot de verzoekende partij, voor bepaalde profielen in het aangeboden team een beroep doet op onderaanneming. De verwerende partij blijkt hiermee weliswaar rekening te hebben gehouden bij de beoordeling van het tweede

gunningscriterium, doch hierin geen schending te zien van de voormelde bestekbepaling inzake de beperking van onderaanneming.

Volgens de verzoekende partij vormt de inzet “on site” en vanop afstand van medewerkers, en dus ook het team en diens ervaring, echter een essentieel onderdeel van de opdracht dat in het licht van het voormelde punt 2.1.4, tweede lid, van het bestek niet in onderaanneming mocht worden gegeven, reden waarom de offerte van de tussenkomenende partij volgens haar had moeten worden geweerd.

9. Op het eerste gezicht kan de aldus door de verzoekende partij gegeven interpretatie aan de voormelde bestekbepaling en de conclusie die zij daaruit afleidt wat de verplichte wering van de offerte van de tussenkomenende partij betreft, niet worden bijgevalen.

10. Vastgesteld dient te worden dat het bestek niet nader bepaalt wat begrepen dient te worden onder een dienst die omwille van de middelen of eigen ervaring van de inschrijver, tot diens specialiteit behoren.

Het staat in de eerste plaats aan de aanbestedende entiteit om het bestek vast te stellen en te interpreteren. Het is immers zij die haar behoeften bepaalt. Evenzeer staat het in de eerste plaats aan de aanbestedende entiteit en niet aan de Raad van State om te beoordelen of een offerte beantwoordt aan de bestekbepalingen, zij het dat de Raad van State desgevraagd daarbij mag nagaan of die beoordeling steunt op in rechte aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek en of daarbij de perken van de redelijkheid niet zijn overschreden.

11. Het voormelde punt 2.1.4 van het bestek lijkt onderaanneming principieel toe te laten. Zo wordt immers bepaald dat wanneer een inschrijver een substantieel deel van de aangeboden diensten toevertrouwt aan onderaannemers, die onderaannemers moeten worden gemeld.

Als uitzondering op deze principiële toelating lijkt het in het bestek bepaalde verbod op onderaanneming voor diensten die omwille van de

middelen of eigen ervaring van de inschrijver tot diens specialiteit behoren, vervat in punt 2.1.4, tweede lid, van het bestek, dan ook beperkend te moeten worden uitgelegd.

Een beperkte uitlegging strookt ook met het doel van de regelgeving om overheidsopdrachten open te stellen voor een zo ruim mogelijke mededinging, zoals onder meer het Hof van Justitie van de Europese Unie bevestigde in het arrest van 26 september 2019, C-63/18, *Vitali SpA*. In dat arrest achtte het Hof een nationale regeling die het gedeelte van de opdracht dat een inschrijver aan derden in onderaanneming mag geven, beperkt tot 30 % niet verenigbaar met richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’.

12. Om een bestekbepaling te interpreteren lijkt het dat voorts rekening dient te worden gehouden met het geheel van de bestekbepalingen.

Dienaangaande dient te worden vastgesteld dat eenzelfde uitzondering als vervat in punt 2.1.4, tweede lid, van het bestek blijkt opgenomen te zijn onder punt 2.1.3 van het bestek dat betrekking heeft op de mogelijkheid om een beroep te doen op de draagkracht van andere entiteiten. De door de verzoekende partij voorgestane interpretatie dat het gevraagde team een essentieel onderdeel van de opdracht zou uitmaken waarvoor het voormelde verbod op onderaanneming zonder onderscheid zou gelden, lijkt in die optiek moeilijk verenigbaar met artikel 150, § 2, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’. Dit artikel bepaalt immers, wat het beroep op de draagkracht van andere entiteiten betreft, dat de aanbestedende entiteit, in het geval van overheidsopdrachten voor werken, diensten en plaatsings- of installatiewerkzaamheden in het kader van een opdracht voor diensten, bij wege van uitzondering kan eisen dat bepaalde kritieke taken rechtstreeks door de inschrijver zelf worden verricht of, wanneer de offerte door een combinatie van ondernemers als bedoeld in artikel 8, § 2, is ingediend, door een deelnemer aan die combinatie.

Met de verwerende partij en de tussenkomende partij kan voorts ook worden vastgesteld dat het bestek geen uitdrukkelijk verbod bevat op het inzetten van onderaannemers bij de samenstelling van het team. Voor zover de tussenkomende partij een beroep doet op een onderaannemer voor het inzetten van zogenaamde near-shoreprofielen, bepaalt het bestek dat dit wordt toegestaan, weliswaar slechts ten belope van een maximum van 20 % van het totaal aangeboden voltijdse equivalenten. Het toestaan van deze techniek lijkt dan ook de mogelijkheid in te sluiten om bij de samenstelling van het team een beroep te doen op een onderaannemer. Er wordt overigens niet betwist dat de offerte van de tussenkomende partij aan deze 20%-begrenzing voldoet.

13. Wat de stelling van de verzoekende partij betreft dat het voorgestelde team en ervaring als een essentieel deel van de opdracht moet worden beschouwd waarvoor de principiële mogelijkheid voor het gebruik van onderaannemers moet worden uitgesloten, wordt voorts ook vastgesteld dat de verzoekende partij deze stelling niet concreet onderbouwt met vermelding van de profielen waarvoor het niet mogelijk zou zijn om over te gaan tot onderaanneming op grond van de voormelde bestekbepaling. Evenmin maakt zij aannemelijk dat de tussenkomende partij voor zulke profielen een beroep zou doen op een onderaannemer.

14. Wat de aangevoerde schending van de formele motiveringsplicht betreft, valt op te merken dat het in de voorliggende zaak duidelijk is dat een regelmatigheidsonderzoek van de definitieve offertes heeft plaatsgevonden waarover in het gunningsverslag wordt opgemerkt dat er geen offertes substantieel onregelmatig zijn. Voor zover de verzoekende partij doet gelden dat de verwerende partij niet afdoende gemotiveerd heeft waarom de beperking inzake onderaanneming opgelegd in het bestek niet zou gelden ten aanzien van de offerte van de tussenkomende partij, valt op te merken dat indien uit het administratief dossier blijkt dat de regelmatigheid van de offertes wel degelijk werd onderzocht en dat er daarbij geen bijzondere problemen zijn gerezen, de formele motiveringsplicht niet lijkt te vereisen dat dit onderzoek *in extenso* wordt weergegeven in het gunningsverslag of in de bestreden beslissing.

Bovendien vermeldt het gunningsverslag bij de beoordeling van het criterium “Transitie, schaalbaarheid en team” uitdrukkelijk dat de tussenkomende partij voor het aanleveren van bepaalde profielen van het voorgestelde team een beroep doet op onderaannemers, hetgeen door de verwerende partij als een minder positief element in de evaluatie wordt betrokken.

15. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

16. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 42, § 2, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017), de formele en de materiële motiveringsplicht die zij afleidt uit artikel 4, 9° (lees: 8°), van de rechtsbeschermingswet en de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, punt 2.1.9 van het bestek en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het zorgvuldigheidsbeginsel.

Volgens de verzoekende partij schendt de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen “door een door verzoekende partij in de prijstabel gemaakte rekenfout en/of materiële vergissing bij het invullen van het veld ‘totale kost’ niet te verbeteren noch te motiveren waarom geen rekening werd gehouden met de korting waardoor verzoekende partij ten onrechte niet als eerste gerangschikt werd voor het eerste gunningscriterium (prijs) en ze dus niet 40/40 punten kreeg”.

De verzoekende partij licht toe dat de door haar ingevulde tabel, en meer bepaald het eindbedrag van de “totale kost”, een rekenfout bevatte aangezien de korting die onvoorwaardelijk in de tabel werd vermeld, niet werd afgetrokken. Dit kan volgens haar ook als een louter materiële vergissing aanzien worden in die zin dat de korting als cijfergegeven niet werd overgebracht van het ene veld naar het andere in de tabel.

Zij betoogt dat zij in het veld van de “totale kost” het bedrag van 15.984.565,10 euro invulde, maar daarbij vergat de korting die ze op haar prijzen gaf, in mindering te brengen. Deze korting, ter waarde van 4.217.232 euro op 8 jaar, werd volgens haar vermeld als “Maintenance Fee Reduction — Cloud Extension” onder de “wederkerende kosten”. De werkelijke totale kost van de offerte van de verzoekende partij was volgens haar dus slechts 11.767.333,10 euro, waarvan de verwerende partij goed op de hoogte was aangezien zij om bevestiging van de korting heeft gevraagd en die heeft gekregen.

Bijgevolg was de totale kost van de offerte van de verzoekende partij de laagste van beide offertes en had, volgens de gehanteerde beoordelingsmethode, de offerte van de verzoekende partij voor dit criterium een score van 40/40 dienen te behalen en de offerte van de tussenkomen de partij slechts 26/40. De verzoekende partij betoogt dat zij, zelfs bij een ongewijzigde beoordeling van het tweede gunningscriterium, dan ook als eerste diende te worden gerangschikt.

De verwerende partij heeft volgens de verzoekende partij nagelaten om bij het rekenkundig nazicht deze rekenfout of materiële vergissing te verbeteren. Ook ontbreekt volgens haar in het kader van het rekenkundig nazicht de formele en de materiële motivering waarom de offerte van de verzoekende partij geen reken- en/of zuiver materiële fouten zou bevatten, terwijl die zelfs bij een oppervlakkige lectuur van de prijstabel meteen opvalt en de verwerende partij wist dat de prijsopgave van de verzoekende partij een korting bevatte.

Volgens de verzoekende partij wordt evenmin afdoende gemotiveerd waarom er met de korting in de prijstabel geen rekening werd gehouden bij de beoordeling van het eerste gunningscriterium, welke beoordeling in het gunningsverslag enkel een motivering in punten bevat, hetgeen volgens de verzoekende partij niet volstaat. Volgens de verzoekende partij had de verwerende partij de opgegeven kostenposten kwalitatief moeten beoordelen, waarbij een negatieve kost, zoals een korting, in die beoordeling diende te worden betrokken.

Beoordeling

17. Op grond van artikel 42, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 verbetert de aanbestedende entiteit “rekenfouten en zuiver materiële fouten in de offertes”. Een rekenfout is niet meer dan een fout die gemaakt is bij het rekenen. Met een “zuiver materiële fout” wordt in principe een verschrijving of vergissing bedoeld, begaan bij de materiële verrichtingen die gepaard gaan met het opstellen van een offerte zoals het uitschrijven, invullen en overbrengen van cijfergegevens. Het betreft dus fouten waaromtrent er nauwelijks discussie is.

Omdat de verbetering van een ontdekte rekenfout of materiële fout een afwijking inhoudt van het beginsel van de onveranderlijkheid van de offertes na het indienen ervan, moeten de begrippen “rekenfout” en “zuiver materiële fout in de offerte” weliswaar strikt worden geïnterpreteerd, maar lijkt niet vereist dat de verschrijving of vergissing noodzakelijk moet blijken uit de offerte zelf. Essentieel lijkt dat de vergissing duidelijk tot gevolg heeft dat een resultaat in de offerte wordt bereikt dat in strijd is met de werkelijke bedoeling van de inschrijver.

Bij het beoordelen of er sprake is van een rekenfout of zuiver materiële fout in de zin van het voormelde artikel beschikt de aanbestedende entiteit over een beoordelingsruimte om uit te maken of, in het licht van de omstandigheden, het al dan niet aannemelijk is dat er sprake is van een dergelijke fout en of al dan niet duidelijk is wat de werkelijke bedoeling van de inschrijver was bij het begaan van de fout. Het komt daarbij niet aan de Raad van State toe om een eigen beoordeling in de plaats van deze van het bestuur te stellen. Hij mag desgevraagd wel nagaan of de beslissing op in rechte en in feite aanvaardbare motieven is gesteund en of deze voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek en of deze beoordeling de perken van de redelijkheid niet te buiten gaat.

18. Te dezen betoogt de verzoekende partij in essentie dat de bij haar BAFO gevoegde prijstabel, en meer bepaald het eindbedrag van de “totale kost”, een rekenfout bevat aangezien de korting, die hoger in de tabel als “Maintenance Fee Reduction - Cloud Extension” wordt vermeld, niet van de totale kost werd

afgetrokken. Ook kan dit volgens haar als een zuiver materiële vergissing worden beschouwd aangezien zij vergat de korting die ze op haar prijzen gaf, in mindering te brengen en de korting als cijfergegeven aldus niet werd overgebracht van het ene veld naar het andere in de tabel.

19. Het lijkt op het eerste gezicht niet te gaan om een “rekenfout”, nu de verzoekende partij zelf aangeeft dat zij vergat om de korting die ze op haar prijzen gaf in mindering te brengen. De beweerde fout blijkt dan ook niet het gevolg te zijn van een doorgevoerde rekenkundige bewerking.

20. Evenmin lijkt de verwerende partij de perken van de zorgvuldigheid en de redelijkheid te buiten te zijn gegaan door het niet in mindering brengen van de aangeboden korting op de totale kost van de BAFO niet aan te merken als een zuiver materiële fout.

Uit de BAFO van de verzoekende partij blijkt dat deze in haar prijstabel, na het totaalbedrag van de wederkerende kosten en vóór de opgave van de “totale kost”, een korting van 527.154,00 euro per jaar heeft vermeld, met als omschrijving “Maintenance Fee Reduction – Cloud Extension”. De totale kostprijs wordt vervolgens opgegeven, zonder dat de voormelde korting daarin wordt verrekend. Er blijkt op het eerste gezicht niet, en de verzoekende partij toont niet aan, dat deze korting elders in haar offerte wordt toegelicht op een wijze dat duidelijk blijkt dat zij diende te worden verrekend in de totaalkost van de voorliggende opdracht.

De verwerende partij heeft aangenomen dat deze korting geen deel uitmaakt van de in het geding zijnde overheidsopdracht maar betrekking heeft op een bestaande PSLE-overeenkomst die reeds in uitvoering is tussen de verwerende partij zelf en de softwareontwikkelaar SAP. Volgens de verwerende partij laat het bestek ook niet toe om een korting aan te bieden op de licenties die de verwerende partij in eigen beheer heeft. Op 6 november 2023 stelde de verwerende partij in dat verband dan ook een vraag tot verduidelijking aan de verzoekende partij, waarin zij vroeg of de korting in de BAFO begrepen diende te worden in de zin dat, indien de opdracht aan de verzoekende partij zou worden gegund, er elk

jaar 527.000 euro van het reeds bestaande PSLE-contract in mindering zou worden gebracht.

Anders dan de verzoekende partij het ziet, heeft de verwerende partij geen bevestiging gevraagd van de korting, maar wel van hoe zij de korting diende te begrijpen. Daarbij lijkt de verwerende partij in haar interpretatie te verwijzen naar een bedrag dat in mindering zal worden gebracht op een reeds bestaande overeenkomst en niet naar een korting op de totaalcost van de in het geding zijnde opdracht.

De verzoekende partij lijkt in haar antwoord van 6 november 2023 de zienswijze van de verwerende partij te bevestigen. Zij geeft tegelijkertijd aan dat bij gunning nog zal worden meegedeeld hoe het in mindering te brengen bedrag in de praktijk zal worden verrekend. De verzoekende partij geeft ook aan dat het uitgangspunt is dat de licenties rechtstreeks tussen de verwerende partij en SAP verlopen.

Uit het antwoord op de vraag tot verduidelijking lijkt dan ook te kunnen worden opgemaakt dat de korting die de verzoekende partij voorstelt geen betrekking heeft op de in het geding zijnde opdracht, maar op een reeds bestaande overeenkomst tussen de verwerende partij en SAP, een andere onderneming dan de verzoekende partij.

Hoewel zij uitdrukkelijk werd bevraagd over de litigieuze korting, geeft de verzoekende partij bovendien nergens in haar schrijven van 6 november 2023 aan dat het gaat over een rekenfout of een zuiver materiële fout in haar offerte en dat het totaalbedrag van haar offerte in werkelijkheid slechts 11.767.333,10 euro bedraagt.

21. Er is op het eerst gezicht dan ook niets dat erop wees dat de verzoekende partij de bedoeling had om de korting effectief te verrekenen in de totaalcost voor de voorliggende opdracht.

In elk geval lijkt, gelet op het voorgaande, niet aangenomen te kunnen worden dat het een fout betreft waaromtrent er nauwelijks discussie is.

Bijgevolg kan vooralsnog niet worden aangenomen dat de verwerende partij gehandeld heeft in strijd met de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen door niet over te gaan tot verbetering van de BAFO van de verzoekende partij.

22. Wat de aangevoerde schending van de formele motiveringsplicht betreft, valt op te merken dat het in de voorliggende zaak alvast duidelijk is dat een rekenkundig nazicht heeft plaatsgevonden waarover in het gunningsverslag wordt opgemerkt dat de aanbesteder in het kader daarvan geen rekenfouten of zuiver materiële fouten in de definitieve offertes heeft vastgesteld. Ook de in het kader van het prijs- en kostenonderzoek door de verwerende partij gestelde vraag tot verduidelijking en het antwoord hierop verstrekt door de verzoekende partij nopen op het eerste gezicht niet tot een meer omstandige motivering in het gunningsverslag of de bestreden beslissing, aangezien de verzoekende partij in dit schrijven de interpretatie van de verwerende partij lijkt te bevestigen en zij geenszins aangeeft dat er sprake zou zijn van een rekenfout of een zuiver materiële fout in haar offerte, noch vermeldt dat de totaalcost van haar BAFO voor de voorliggende opdracht in werkelijkheid slechts 11.767.333,10 euro zou bedragen.

23. Nu niet blijkt dat de verwerende partij diende over te gaan tot de verbetering van de BAFO van de verzoekende partij en de verrekening van de aangeboden korting in de totale kost voor de voorliggende opdracht, kan op het eerste gezicht evenmin worden aangenomen dat punt 2.1.9 van het bestek, dat betrekking heeft op de prijs, de materiële of de formele motiveringsplicht werd geschonden bij de beoordeling van het eerste gunningscriterium ‘Prijs in TCO’.

24. Het tweede middel is niet ernstig.

VII. Besluit

25. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot

schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Ferranti Computer Systems tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. 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.

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

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

Inge Vos,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

Greta Scheveneels

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Inge Vos